

A CONSTITUIÇÃO E A GRATUIDADE DA JUSTIÇA NO CPC DE 2015

Nagib Slaibi Filho¹

1. FONTE CONSTITUCIONAL DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E INTEGRAL



o novo Código de Processo Civil dispõe nos arts. 98 a 102 sobre o que denominou de *gratuidade de Justiça* e, no seu art. 1072, inciso III, revogou os arts. 2º a 4º, 6º e 7º, 11, 12 e 17 da velha Lei nº 1060, de 5 de fevereiro de 1950, que, embora atualizada algumas vezes em seus sessenta e cinco anos de vigência, diz ainda na sua ementa que pretende estabelecer normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados.

O art. 1º da Lei nº 1060/50 diz que a assistência judiciária aos necessitados será concedida *nos termos da presente Lei*.

O art. 98 do NCPC diz que o direito à gratuidade da justiça é exercido *na forma da lei*.

Há um grave equívoco do novel Código ao se referir à forma da lei como fundamento do que denominou de *gratuidade da Justiça*.

A Constituição de 1988, em seu art. 5º, § 1º, mandou que os direitos e garantias fundamentais tenham aplicabilidade imediata e, assim, dispensam a intervenção do legislador infraconstitucional, a *interpositio legislatoris*, para a vigência e eficácia em cada caso.

Quanto entrou em vigor a Lei nº 1060/50, na vigência da Constituição de 1946, dominava na doutrina e na prática constitucional a ideia de que a legislação infraconstitucional

¹ Doutor em Direito pela UGF. Professor da EMERJ e da UNIVERSO. Desembargador do TJ-RJ.

era necessária para fazer valer os direitos decorrentes da Lei Maior, assim na esteira do ensinamento que veio desde a Constituição estadunidense de 1787, promulgada somente com dispositivos regulando os Poderes e ganhando as famosas 10 Emendas, declarando os direitos individuais, nos dois anos seguintes.

A preocupação norte americana era regular o exercício dos Poderes do Estado e só supletivamente declarar os direitos do cidadão perante o Poder, mesmo porque lá o regime federativo enfatizava os poderes das antigas Colônias, as quais se viram limitadas no que as 10 Emendas trouxeram quanto à afirmação dos direitos e garantias individuais.

E foi a mesma ideia que gerou a Constituição de 1946, inicialmente prevendo as relações dos Poderes e, depois a declaração dos direitos, a despeito da diversidade de nossa formação histórica, pois a República Velha substituiu o regime unitário da época imperial.

E tanto era assim que dispunha o art. 141 da Carta de 1946, na declaração dos direitos individuais: § 35 - *O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados.*

Daí porque a vetusta Lei nº 1060/50, em seu art. 1º, mesmo com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7510/1986, em dispositivo ainda vigente em face do prefalado art. 1072, III, do NCPD, proclama, mas agora inutilmente, esquecido do Distrito Federal e das entidades sociais e governamentais que prestam o mesmo e relevante serviço:

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.

Note-se: da lei é que vem a fonte da garantia da assistência judiciária aos necessitados.

Nos regimes das revogadas Cartas Constitucionais ainda era a lei, ou a norma infraconstitucional, que deflagrava a

eficácia das normas constitucionais sobre direitos e garantias constitucionais, inclusive o que então se denominou de *assistência judiciária aos necessitados*.

A partir de 5 de outubro de 1988, e não só pela desconfiança com o legislador para a eficácia dos direitos constitucionais, mas porque assim tem sido considerado nesta Era dos Direitos como lembrada por Norberto Bobbio², grita a Constituição originária, logo após o Título I, que trata dos princípios fundamentais, no Título II, em seu art. 5º, dos direitos e garantias fundamentais:

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

.....

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

....

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

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

E no seguinte art. 6º, instituiu como direito social, entre a educação, a saúde, a previdência social, entre outros, também a *assistência aos desamparados*.

Certamente entre estes últimos, estão os desamparados de Justiça, aquele que foram lembrados no Sermão da Montanha: *bem aventurados os que têm fome e sede de justiça porque serão saciados*.³

Se tem fonte constitucional a garantia à assistência judiciária somos todos levados inexoravelmente a considerar que o

² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos; tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer. – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

³ Mateus, capítulo V, versículo 6.

texto legal, tanto o que sobrou da velha Lei nº 1060/50 como também o que temos nos arts. 98 a 102 do NCPC, instituem para o intérprete e para o aplicador do Direito que

1. Sua fonte normativa é a Constituição, assim dotada da supremacia que caracteriza os atos do poder constituinte, a vontade do legislador infraconstitucional;
2. Os textos legais constituem indicador poderoso, mas não exclusivo, pois de força normativa secundária e nunca obstativa da vontade constitucional, na formulação das políticas estatais e sociais, das decisões e da concretização da ora tratada garantia fundamental; e
3. É o valor da garantia fundamental o que inspira, ou deveria inspirar, não só todo o processo de elaboração do texto legal como, principalmente, a interpretação, a aplicação, a incidência da norma, inclusive levando, se necessário, à denominada interpretação conforme a Constituição, de forma a assegurar a esta a prevalência e a força que a caracterizam.

A fonte, o fundamento normativo, o valor ético, da ora dita gratuidade da Justiça é a Constituição, a norma supralegal; não o esforço do legislador resultando no texto infraconstitucional que é o NCPC.

Há vinculação dos órgãos estatais e das entidades sociais ao fundamento constitucional, vez que se trata de direito social, de segunda geração na classificação difundida por Karal Vlasak⁴.

Como se vê nos arts. 196 e 198 da Constituição quanto à saúde, no art. 206 quanto à educação, no art. 227 quanto à proteção da pessoa em formação, no art. 230 no atinente ao idoso, o direito social tem como objeto prestações diferenciadas de serviços públicos e privados de encargo não somente do Poder Público mas toda a sociedade, voltadas à maior igualdade.

⁴ SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro, Forense. 2009, 3ª ed., pp. 302/3.

de dos cidadãos, assim minudenciando os objetivos fundamentais ou tarefas da sociedade declarados solenemente no art. 3º da Constituição, visando a instituir uma sociedade livre, justa e solidária.

Como todo e qualquer direito social, a garantia da assistência judiciária integral e gratuita ao necessitado somente pode ser apurada em cada caso concreto, incumbindo a quem aplica as normas verificar se a pessoa física ou jurídica, ou mesmo ente despersonalizado, necessita do amparo para que possa não só acessar a Justiça mas também se ver tratada com paridade de armas em face do oponente, ainda que mais poderoso.

Por isso, foi revogado o art. 2º da Lei nº 1060/50, cujo § 2º tentava impor o conceito, para fins legais, de necessitado, restringindo-o àquela situação econômica que não permite pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Ainda hoje, desgraçadamente, há quem aplique pretensos critérios objetivos para a concessão da gratuidade de Justiça, geralmente de forma impeditiva do exercício da garantia fundamental, como, por exemplo, estabelecer que a ela não tem direito quem ganha mais de dois salários mínimos, ou quem reside em local considerado nobre da cidade ou, até mesmo, porque comprou a prazo um veículo que pretende usar nas atividades profissionais.

O conceito de necessitado, que consta do parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1060/50, foi melhorado no contexto do art. 98 do Código, acrescentando, no *caput*, a expressão *despesas processuais*, assim se referindo a toda e qualquer despesa referente ao processo, seja prévia, incidental ou até mesmo posterior, e dizendo no § 1º, embora implicitamente, que também são coobrigados à garantia fundamental pessoas e entidades que não só os integrantes da Justiça e da Advocacia, com também, por exemplo, o empregador privado da testemunha, a qual re-

ceberá salário integral, como se em serviço estivesse (inciso IV).

A garantia ora tratada tem fundo liberal, porque visa assegurar a igualdade de acesso à Justiça, mas está muito além de um direito liberal, de um direito da primeira geração.

Em 1979, Karal Vlasak divulgou uma classificação dos direitos fundamentais que se tornou emblemática, a demonstrar a evolução da consciência sobre o tema.

Tais fases ou gerações reintroduzem os momentos da *liberté, égalité et fraternité* que os revolucionários franceses⁵ introduziram na vida política e que rapidamente se alastrou como fundamento da vida social organizada e de respeito ao ser humano.

A 1ª geração diz respeito aos direitos da liberdade ou direitos liberais ou liberdades públicas: são os direitos do homem livre e isolado em face do Poder Público e da sociedade. São direitos considerados absolutos, que somente se relativizam em face da determinação constitucional de eficácia reduzida.

São direitos civis e políticos, têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante as forças políticas, sociais e econômicas.

Geralmente se manifestam através de fórmulas que interditem a atuação do Poder e da sociedade em face da pessoa humana, como, por exemplo, *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; a casa é inviolável; todos têm o direito de entrar, permanecer e sair do país etc.*

Os direitos da primeira geração são tutelados em Juízo

⁵ Disse Emile Boutmy: *foi para ensinar ao mundo que os franceses escreveram; foi para o proveito e comodidade de seus concidadãos que os americanos redigiram suas Declarações.*

ou fora dele geralmente pelos próprios titulares, em legitimação ordinária, incumbindo ao titular, em nome próprio, a sua defesa, salvo exceções como no clássico exemplo do *habeas corpus*, em que predomina o seu caráter de indisponibilidade.

A 2ª geração de direitos compõe-se dos direitos à igualdade ou direitos sociais, que passaram por uma fase de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, porque são direitos que exigem do Estado e de entes sociais determinadas prestações materiais que dependem de meios e recursos para sua efetivação.

Foram direitos inicialmente declarados no início do século XX nas Constituições marxistas e no constitucionalismo da socialdemocracia, como a Constituição de Weimar.

Dos direitos sociais, e para garantir a produção dos bens por ele prometidos, nasceu a consciência de proteção da instituição e respectivas garantias: estatais, como o Ministério Público, sociais como a família, a escola etc.

Os direitos sociais, alguns deles declarados sob tal denominação na Constituição de 1988, no seu art. 6º, têm conteúdo múltiplo, de acordo com as necessidades em uma sociedade pluralista e diferenciada como a nossa: direito à educação, à saúde, ao lazer etc. Enquanto os direitos liberais alcançam dimensão subjetiva ampla, a todos os indivíduos, os direitos sociais somente alcançam aqueles que necessitam da prestação do serviço, pois visam, justamente, criar condições para que se alcance maior igualdade.

Porque visam a igualdade, geralmente são protegidos em Juízo ou fora dele através da denominada legitimação extraordinária ou substituição processual, quando a ordem jurídica defere a alguém a defesa, em nome próprio, do interesse alheio. E tal ocorre porque justamente há dificuldades do próprio titular defende-los, de suprir a própria necessidade, por sua hipossuficiência.

A 3ª geração diz respeito aos direitos da solidariedade e

têm por objeto a proteção do próprio gênero humano: o desenvolvimento, a paz, o meio ambiente, o patrimônio comum da humanidade, a comunicação.

O direito ao desenvolvimento refere-se tanto a Estados como a indivíduos, e quanto a este, traduz-se numa pretensão ao trabalho, à saúde e à alimentação adequada, como instrumento que possibilite o tratamento digno da pessoa dentro de sua comunidade.

Não poucos autores estendem a classificação originária e hoje vislumbram uma quarta geração de direitos.

Paulo Bonavides vê como direito da 4ª geração os direitos à democracia, cujo conteúdo é a garantia ao indivíduo de sua dignidade através da participação na sociedade e no poder, abrangendo as formas de democracia direta e indireta ou representativa.

Outros autores vislumbram na quarta geração os direitos do genoma.

Não se suspeite de alguma inconstitucionalidade pela previsão do art. 98, §1º, IV, do NCPD, de que empregadores e outros agentes não governamentais estejam sob o influxo da assistência judiciária a despeito de constar no art. 5º, LXXVIII, da Constituição, a expressão *Estado*.

Tal significa simplesmente que poderão empregadores e demais entes não governamentais pedir a indenização pelo que acaso despenderam com fundamento no art. 37, § 6º, pois a responsabilidade civil do Estado constitui garantia do Estado Democrático de Direito, de evidente cunho liberal, de proteção do patrimônio e da empresa:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Aliás, no inciso IV do art. 3º da Lei nº 1060/50 já constava o direito regressivo do empregador em face dos Poderes

Públicos pelo que se viu forçado a despende no pagamento de salários ao empregado convocado como testemunha.

Se a testemunha não pode ser descontada, certamente quem vai a Juízo não pode ser sancionado com o desconto dos dias e horas que dedicou à própria defesa de seus interesses.

Pelo mesmo fundamento jurídico pelo qual a testemunha não pode perder o dia de trabalho em que foi convocada, o NCPC deveria ter previsto um dispositivo proibindo ao empregador público e privado que desconte o dia ou as horas que o necessitado despendeu com a própria defesa, como, por exemplo, o dia em que esteve em Juízo ou na Defensoria Pública, esta ainda na fase préprocessual.

No entanto, mesmo sem tal dispositivo legal, os encarregados da Justiça, da Defensoria Pública e de entidades voltadas para a assistência judiciária já expedem, e continuarão certamente a expedir, declarações de presença do necessitado para que possa ser abonada a falta no seu serviço, o que desde logo se percebe como direito decorrente da garantia fundamental de acesso à jurisdição.

Note-se que o NCPC, repetindo os termos da Lei nº 1060/50, art. 3º, IV, esqueceu-se que testemunhas não são somente empregados que pertencem ao regime celetista.

Milhões de brasileiros são também servidores públicos federais, estaduais, distritais, municipais, autárquicos e de fundações públicas, civis e militares, e assim ocupantes de cargos efetivos ou de cargos em comissão, regidos por leis de cada ente federativo e que não mais estão vinculadas ao princípio federal extensível decorrente do disposto no art. 13, V, da Constituição anterior, em que a legislação federal era o paradigma para as leis funcionais dos Estados e Municípios.

A regra do art. 98, § 1º, IV, embora norma federal processual, por si só adentra no regime celetista instituindo obrigação para os empregadores.

Mas por extensão ou analogia, em atenção ao princípio

da inafastabilidade da jurisdição, também alcança os servidores públicos civis e militares, instituindo para os chamados como testemunhas que não possam ser descontados, mesmo porque a testemunha não é convidada, mas intimada e, se não for, pode ser conduzida.

Ressalte-se, ainda, que não poucos magistrados concedem interpretação literal draconiana ao art. 51, I, na Lei nº 9099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências:

Art. 51. Extingue-se o processo, além dos casos previstos em lei:

I - quando o autor deixar de comparecer a qualquer das audiências do processo;

....

§ 1º A extinção do processo independará, em qualquer hipótese, de prévia intimação pessoal das partes.

§ 2º No caso do inciso I deste artigo, quando comprovar que a ausência decorre de força maior, a parte poderá ser isentada, pelo Juiz, do pagamento das custas.

Então o autor deixou de comparecer a qualquer das audiências do processo no Juizado Especial Cível e por esse simples fato processual a sua demanda é extinta, denegando-se a Justiça e até mesmo dizendo o § 2º que *poderá* ser isento do pagamento das custas se comprovar que a sua ausência decorre de força maior!

Parodiando o saudoso mestre baiano, J. J. Calmon de Passos, quem não comparece ao ato processual não é necessariamente um delinquente, mas pode ser um simples ausente, que pode ter, até mesmo, deixado de comparecer por justa causa, como está no art. 223, § 1º, do NCPC, repetindo o art. 183, § 1º, do CPC/73: *considera-se justa causa o evento alheio à vontade da parte, e que a impediu de praticar o ato por si ou por mandatário.*

Enfim, a Constituição erigiu o que o NCPC denominou de *gratuidade da Justiça* como garantia fundamental para a amplitude do direito de acesso à Justiça que se exige no Estado

Democrático de Direito.

2. A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, O ACESSO À JUSTIÇA E AS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS.

Examina-se o direito de acesso do cidadão aos tribunais nacionais, e conseqüentemente, da exigência da garantia da assistência jurídica gratuita e integral, perquirindo, através dos atos internacionais de declaração de direitos e garantias, sobre uma das garantias fundamentais consideradas imprescindíveis ao reconhecimento de uma sociedade civilizada.

O que aqui se destaca não é o direito-poder do Estado de se socorrer da jurisdição internacional, mas o direito da pessoa humana de procurar amparo nos tribunais nacionais, contrapondo-se a quaisquer forças econômicas, sociais, políticas, religiosas e até mesmo em face do seu Estado de origem.

E não basta que se garanta o direito de acesso aos tribunais, o de ajuizar as demandas, o de formular as reclamações que são cabíveis em cada sociedade, o de comparecer em Juízo como demandante.

O mínimo que se garante é que tal acesso à jurisdição seja dado de forma a assegurar a todos e a qualquer um, não só o caminho mas também que em Juízo, seja tratado tanto quanto possível em igualdade de condições, em paridade de armas, com meios que possa se manifestar, defender, exigir os direitos.

Não há Justiça sem tratamento igualitário das partes no processo em que se digladiam.

E assim é porque a garantia de acesso aos tribunais corresponde, nos tempos atuais, à constatação da evolução da consciência coletiva sobre o tema como elemento essencial à realização do Direito, independentemente das limitações que existam nos diversos países.

Percebe-se, desde logo, que finalmente restou ultrapassado o longo período nas relações internacionais em que somente se reconhecia o Estado e as associações estatais como os protagonistas e únicos sujeitos de direitos.

A pessoa humana é o sujeito e o objeto do Direito e a razão, a causa, o instrumento e o destinatário do Poder Público e das instituições sociais e econômicas.

Cada vez mais se reconhece ao indivíduo, simplesmente por sua qualidade de ser vivo nascido de mulher, o direito de atuar no Direito Internacional, exercendo direitos e impondo deveres, não como súdito e nacional de um país, mas como o titular do poder e da indisponível faculdade de afirmar a identidade e dignidade inerentes à pessoa humana, até mesmo confrontando o próprio Estado nacional nos tribunais próprios e internacionais, em igualdade de condições processuais e em procedimento público perante juízes isentos.

A teoria da soberania nacional, como fundamento de instituição do Estados modernos, a contar do final do século XV, desde então serviu de princípio invencível para o menosprezo da individualidade e de rejeição da pessoa humana como titular de direito na área internacional.

Decorrente da ideia que levou à criação dos grandes Estados nacionais, a soberania nacional era um dogma que levou Immanuel Kant, em sua *A paz perpétua*, a propor que nenhum Estado deve imiscuir-se com emprego de força na constituição e no governo de outro Estado⁶ e, mais, adiante:

Povos, como Estados, podem ser considerados como homens individuais que, em seu estado de natureza (isto é, na independência de leis exteriores) já se lesam por estar um ao lado do outro no qual cada um, em vista de sua segurança, pode e deve exigir do outro entrar com ele em uma constituição similar à civil, em que cada um pode ficar seguro de seu direito.

A soberania nacional foi o fundamento ideológico de

⁶ IMMANUEL Kant. *A paz perpétua*, tradução e prefácio de Marco Zingano, Porto Alegre, L&PM, 2088, p. 18.

instituição dos grandes Estados que decorreram de caracteres como a herança comum, a ascendência derivada de um determinado herói ou tribo, respeito aos ancestrais comuns, língua e religião comuns decorrentes da ideia de nação.

Constituiu um verdadeiro dogma nos séculos XVIII e XIX, a assegurar, no plano interno, a atuação do Governo e respectivas aristocracias ou oligarquias que empolgavam o Poder Público e, no plano externo, o estado de natureza referido por Kant.

Consta na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, em seu art. 3º, que

o princípio de toda soberania reside essencialmente na nação e nenhum órgão ou indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente (Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation. Nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément).

Os mais fortes Estados poderiam dominar os mais fracos, os povos menos evoluídos ficavam sob a tutela dos que se consideram mais civilizados, assim cristalizando o imperativo de que *o homem é o lobo do homem*, e que este está submetido ao Estado supremo no exercício de seu poder para regular a vida de homens que no estado natural se apresentam como egoístas – é o Leviatã de que nos fala Hobbes.⁷

Lembrando a frase de Hegel, tão difundida entre nós por Luiz Pinto Ferreira: *a História é a consciência progressiva da Liberdade*,⁸ com a conscientização da sociedade sobre a dignidade da pessoa humana, a sua proteção se tornou exigência geral no final do século XX e início deste século XXI, com o consenso quase universal da ideia de que o valor da dignidade da pessoa humana é o que deve prevalecer sobre os demais interesses, ainda que em confronto com o Poder Público e com

⁷ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, Forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. São Paulo, 1984. 419 páginas. Editora Abril Cultural. Coleção Os Pensadores.

⁸ Kainz, Howard P., 1996. *G. W. F. Hegel*. Ohio University Press.

os grupos sociais e econômicos ainda que mais poderosos.

3. ACESSO AOS TRIBUNAIS E IGUALDADE DE TRATAMENTO DAS PARTES NAS DECLARAÇÕES INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS

O acesso à Justiça está entre os mais poderosos instrumentos de garantia dos direitos humanos, assegurado nos mais solenes atos normativos, como as declarações internacionais e as Constituições.

Tais atos normativos conferem aos tribunais, como órgãos de poder estatal e social, imparciais e acessíveis a todos, a capacidade de conformar, limitar ou corrigir o abuso de poder do Estado e também, e das forças econômicas, sociais e políticas que nem sempre se submetem à autoridade dos órgãos e entidades do Poder Político estatal.

A Justiça tem competência para abrigar não só as reclamações do indivíduo mas também de todos os entes sociais ameaçados em seu direito fundamental de existência e de desenvolvimento.

Também no plano internacional, em cumprimento aos atos internacionais que os instituíram, os tribunais passam a admitir, cada vez mais, os pleitos das pessoas individuais, ampliando o leque dos legitimados ativos que antes ficava restrito aos Estados e às organizações internacionais.

O assegurar à pessoa o direito do *Day in Court*, o direito de acesso aos tribunais na expressiva dicção estadunidense, constitui tema comum das declarações de direitos, e está proclamado em diversos atos internacionais e, pode-se dizer, até mesmo, na vida cotidiana da maioria dos países civilizados, evidentemente com maior ou menor dificuldade de acesso e de desenvolvimento do processo, dependendo do sistema legal.

Na Suprema Corte dos Estados Unidos, por exemplo, nos casos *Boumediene v. Bush* e *Al Odah v. United States* foi

assegurado o direito ao julgamento de pessoas que se encontravam detidas em instalações militares em Guantánamo e submetidas durante longos anos a investigações por supostos atos de terrorismo.

O *Justice Kennedy* escreveu a última decisão pela maioria, historiando os casos em que os tribunais consideraram casos de estrangeiros aprisionados em julgamento.

Reconhecendo a originalidade do caso em julgamento, pois nenhum precedente foi encontrado, a *Supreme Court* reafirmou o seu papel de atuar como um freio aos abusos do ramo Executivo do governo, enfatizando que as regras constitucionais de suspensão dos direitos foram afirmadas, pelos fundadores da Pátria, como proteção contra os abusos cíclicos do Poder Executivo.

Os franceses proclamaram ao mundo a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, instituindo garantias que somente podem ser efetivadas perante um tribunal imparcial e acessível, como se vê nos dispositivos a seguir transcritos e que mereceram reprodução, ainda que parcial, na Constituição brasileira de 1988, art. 5º:

Article 7. Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance. (Art. 7o. Nenhum homem pode ser acusado, preso ou detido senão nos casos previstos na lei e segundo as formas que elas prescrevem. Aqueles que solicitam, expeçam, executem ou façam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão preso ou punido em virtude da lei deve obedecer de pronto para não ser considerado culpado por resistência)

Article 8. - La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. (art. 8o. A lei não deve estabelecer senão as penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode

ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito, e legalmente aplicada).

Article 9. Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi. (Todo homem se presume inocente até que seja declarado culpado; se a sua prisão for considerada indispensável, será severamente punido pela lei todo rigor que não seja necessário para se assegurar sua pessoa).

Na mesma linha liberal, mesmo porque elaborada pelos traumatizados vencedores da grande convulsão mundial que foi a II Grande Guerra, dispõe a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948:

Artigo VIII - Toda pessoa tem direito a receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela constituição ou pela lei.

Artigo IX - Ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado.

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Artigo XI - Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

1. Ninguém poderá ser culpado por qualquer ação ou omissão que, no momento, não constituíam delito perante o direito nacional ou internacional. Tampouco será imposta pena mais forte do que aquela que, no momento da prática, era aplicável ao ato delituoso.

Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.

Mais extensamente, certamente porque é mais moderna, declara a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos,

o Pacto de San José da Costa Rica, assinada em 22 de novembro de 1969:

Artigo 7. Direito à liberdade pessoal

- 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.*
- 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.*
- 3. Ninguém pode ser submetido à detenção ou encarceramento arbitrário.*
- 4. Toda pessoa detida ou retida deve ser informada das razões da sua detenção e notificada, sem demora, da acusação ou acusações formuladas contra ela.*
- 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.*
- 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados Partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.*
- 7. Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplemento de obrigação alimentar.*

Artigo 8. Garantias judiciais

- 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direi-*

tos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas;

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou interprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b) comunicação previa e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem se declarar culpada; e

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

Artigo 9. Princípio da legalidade e da retroatividade

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito. Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso bene-

ficiado.

Artigo 10. Direito à indenização

Toda pessoa tem direito de ser indenizada conforme a lei, no caso de haver sido condenada em sentença passada em julgado, por erro judiciário.

Um grupo de juristas muçulmanos organizou a Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos, em que se destacam os seguintes direitos:

IV – Direito à Justiça

Toda a pessoa tem o direito de ser tratada de acordo com a Lei e somente na conformidade dela. Toda a pessoa tem não só o direito, mas também a obrigação de protestar contra a injustiça, de recorrer a solução prevista em Lei, com relação a qualquer dano pessoal ou perda injustificada; para a auto-defesa contra quaisquer ataques contra ela e para obter apreciação perante um tribunal jurídico independente em qualquer disputa com as autoridades públicas ou outra pessoa qualquer. É direito e obrigação de todos defender os direitos de qualquer pessoa e da comunidade em geral (hisbah). Ninguém será discriminado por buscar defender seus direitos públicos e privados. É direito e obrigação de todo muçulmano recusar-se a obedecer a qualquer ordem que seja contrária à Lei, não importa de onde ela venha.

V – Direito a Julgamento Justo

Ninguém será considerado culpado de ofensa e sujeito à punição, exceto após a prova de sua culpa perante um tribunal jurídico independente. Ninguém será considerado culpado, senão após um julgamento justo e depois que tenha sido dada ampla oportunidade de defesa. A punição será estabelecida de acordo com a Lei, na medida da gravidade da ofensa e levadas em conta as circunstâncias sob as quais ela aconteceu. Nenhum ato será considerado crime, a menos que esteja estipulado como tal, nos termos da Lei. Todo indivíduo é responsável por seus atos. A responsabilidade por um crime não pode ser estendida a outros membros da família ou grupo, que, de outra maneira, não estejam direta ou indiretamente envolvidos no cometimento do crime em questão.

A Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos baseia-se no Alcorão e na Sunnah e foi compilada por eminentes estudiosos, juristas e representantes muçulmanos dos mo-

vimentos e pensamento islâmicos.

Consta no fecho da declaração que é o segundo documento fundamental proclamado pelo Conselho Islâmico para marcar o início do 15º século da Era Islâmica, sendo o primeiro a Declaração Islâmica Universal, proclamada na Conferência Internacional sobre o Profeta Muhammad (que a Paz e a Bênção de Deus estejam sobre ele), e sua Mensagem, ocorrida em Londres, no período de 12 a 15 de abril de 1980.

Todos os Estados-Membros da União Europeia, com exceção da Alemanha, são partes no Acordo Europeu sobre a Transmissão de Pedidos de Assistência Judiciária, assinado em 1977 em Estrasburgo.

Este acordo institui um mecanismo que permite a qualquer pessoa residente habitualmente no território de um dos Estados, que pretenda solicitar assistência judiciária no território de outro Estado, de apresentar o seu pedido no Estado da sua residência habitual. Este último deve transmitir gratuitamente o pedido ao outro Estado, desde que sejam respeitadas algumas condições.

O NCPC dispõe sobre a cooperação jurídica internacional e o seu art. 26 diz que a mesma será regida por tratado de que o Brasil faça parte, observando:

I - o respeito às garantias do devido processo legal no Estado requerente;

II - a igualdade de tratamento entre nacionais e estrangeiros, residentes ou não no Brasil, em relação ao acesso à justiça e à tramitação dos processos, assegurando-se assistência judiciária aos necessitados;

Vê-se em todos os atos internacionais antes transcritos a preocupação comum de garantir os direitos humanos através do acesso aos tribunais, com plena igualdade de tratamento das partes.

Concluindo este item, repita-se que não existe direito de acesso aos tribunais sem se dar ao comparecente o mesmo tratamento dado aos seus oponentes, como, aliás, emblemática-

mente decorre da Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela ONU em 10 de dezembro de 1948:

Artigo X - Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

4. LEGALIDADE E EQUIDADE, JURISDIÇÃO CONTENCIOSA E JURISDIÇÃO VOLUNTÁRIA

A velha Lei 1060, vigente desde 1950, bem como o art. 98 do NCPC, incorreram em equívoco que se mostra grave e atentatório à garantia fundamental, mas que pode ser perfeitamente remediado em cada caso pelo aplicador do Direito.

Disponha o art. 3º da Lei nº 1060/50 um rol do que denominou de *isenções à assistência judiciária*, que teve a redação alterada algumas vezes nos seus mais de sessenta anos de vigência, por força, até mesmo, de inovações tecnológicas, que não poderiam ser suspeitadas nos meados do século XX, quando foi redigida a Lei da Assistência Judiciária.

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

Vem agora o § 1º do art. 98, e em nove incisos, aferrando-se na esperança de aplicação somente do critério da legalidade estrita e de que não seriam cabíveis outras isenções, tenta na verdade limitar o conteúdo das providências em favor do assistido e, o que é pior, sem uma prudente norma de encerramento, qual seja aquela disposição legal que, no clássico ensinamento de Giuseppe Chiovenda, estipula que casos não previstos sejam também compreendidos nas previsões legais.

De fato, antes se justificava ao legislador comum a pre-

visão de cada isenção, pois estávamos nos meados do século XX e a ordem jurídica considerava que a lei deveria regulamentar os direitos e garantias da Lei Maior, pois ela os considerava na perspectiva de defesa do indivíduo em face do Poder Público, como era a essência do antigo regime liberal herdado do século XIX.

Até então, a Constituição tinha a sua autoridade dependente do legislador, salvo raras exceções, pois vivíamos em épocas de ascendência do Parlamento e da lei que expressava a vontade das maiorias legislativas.

Agora estamos no século XXI, na plena vigência de Constituição que se espera perene e suficientemente aberta para as exigências da sociedade pluralista e multifária, e que no seu art. 5º, §§ 1º e 2º, impõe que os direitos e garantias fundamentais têm aplicabilidade imediata, dispensando a elaboração de leis para a sua eficácia.

Mais, que os direitos e garantias não são somente aqueles expressos ou escritos no texto constitucional, mas também todos aqueles que decorrem dos princípios da Constituição, do regime democrático de Poder e dos atos internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil, o nome de nosso país.

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

Se nem mais os direitos e garantias fundamentais têm taxatividade expressa na Constituição, certamente o simples legislador não pode esperar que tenha força de enumerá-los de forma precisa e inexorável...

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

1973, a dispor:

O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

De tal dispositivo decorre o reconhecimento do legislador que não tem a capacidade de dispor sobre fatos que não pode prever. Aí, e mais uma vez, os fatos derrotam a lei pois esta é humana e assim somente atua com a previsibilidade limitada e possível no momento de sua elaboração.

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

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

Dispõe o seu art. 1º:

O processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais⁹ estabelecidos na Constituição da República Federativa do Brasil, observando-se as disposições deste Código.

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

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

Note-se: assegura-se às partes a paridade de tratamento em relação não só aos direitos e faculdades processuais, como aos meios de defesa, aos ônus processuais, aos deveres e à aplicação de sanções processuais.

No plano da aplicação das normas regentes do processo, havendo-se este como a relação entre partes e órgão jurisdicio-

⁹ Sobre texto ou dispositivo, norma e valor, ver, entre outros, SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 3ª. ed., notadamente o capítulo III, sobre a norma constitucional.

nal, o juiz aplicará as normas e valores constitucionais, quase todos eles a introduzir normas de conceito indeterminado, normas em branco ou normas que não são mais fechadas, como aquelas que tentavam esgotar, nunca com sucesso, as possibilidades fáticas de isenção da gratuidade de Justiça, como ora tratamos.

Nem a mais descabelada interpretação poderá extrair do disposto no art. 7º do NCPC a ideia de que o mesmo somente visa proteger o princípio da igualdade formal: a paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais certamente só pode ser vista em cada situação concreta, em cada caso, nunca em tese!, em altaneira aplicação do Direito que despreze os fatos em julgamento.

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

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

Mais à frente, dispõe o NCPC sobre os poderes, os deveres e a responsabilidade do Juiz, todos levando em conta o que denominou de *tutela do direito material*¹⁰, principalmente o que se contem nos incisos I, II, IV e VI:

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

I - assegurar às partes igualdade de tratamento;

II - velar pela duração razoável do processo;

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

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

¹⁰ Sobre as relações de direito material e direito processual, ver GUTIERREZ, Cristina. *Dever judicial do julgamento do mérito*. Rio de Janeiro, GZ Editora. 2012.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Não existe mais a imprescindibilidade da norma infraconstitucional na realização do Direito, como era no sistema anterior à Constituição de 1988, pois o processo civil moderno é ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e as normas fundamentais, em primeiro lugar, e, secundariamente, conforme as disposições do NCPC.

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

E quanto à aplicação das normas materiais, de direito material, na resolução dos conflitos de interesse, não há dispositivo no NCPC similar ao do princípio da legalidade do ante-

rior art. 126 da revogada Lei de Ritos, mas agora impõe o novo *Codex* de forma mais abrangente:

Art. 8o Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

Compare-se tal dispositivo com os arts. 4º e 5º da Lei de Introdução:

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

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

A legalidade estrita é a aplicação da norma que resulta do processo de interpretação literal ou gramatical ou semiológica, a apreensão do sentido da norma pelos símbolos gráficos contidos no texto da lei, critério hermenêutico que predominou até os meados do século passado.

Já a aplicação de norma que resulta de processo de interpretação histórica, atualizando o sentido do texto legal, de conceitos jurídicos indeterminados, que dependem do caso para se concretizar, ou da interpretação axiológica, decorrente do interesse ou do valor, da objetividade jurídica da elaboração do texto, resulta no julgamento por equidade, isto é, dar ao caso a solução mais adequada.

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

Julga por equidade o juiz quando, cumprindo autorização expressa ou implícita de norma jurídica, decide a questão adotando em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna.

O art. 127 do Código anterior foi repetido no parágrafo único do art. 139 do NCPC, pois *o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei*.

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

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

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

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

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

Contudo, o governo de Justiniano dependia de meios rudimentares e lentos de comunicação como navios e cavalos e o seu vasto império compreendia reis, povos e costumes das mais diversas culturas, embora todos pudessem ser considerados como cidadãos iguais em direitos civis, como decorria do Édito de Caracala de 212 d.C., concedendo a todos os estrangeiros (peregrinos) livres a condição de cidadãos romanos.

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

Daí a genial obra *Corpus Juris Civilis* (Corpo de Direito Civil) que Justiniano mandou organizar, composto por quatro partes:

- o Código, que pretendia conter todos os textos genéricos e abstratos da legislação romana, revisada desde o século II;

- o *Digesto* ou *Pandectas*, composto pelo ensinamento dos doutrinadores romanos;

- as *Institutas*, de conteúdo pedagógico com os princípios fundamentais do Direito, e

- as Novelas ou as Autênticas, as leis formuladas na gestão de Justiniano.

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

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

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

A criação dos grandes Estados nacionais, dos quais Portugal foi o primeiro no século XV, e a conseqüente institucionalização de línguas nacionais como o português, o espanhol, o inglês e o francês, ao lado da criação da imprensa no século XVI, permitiu a divulgação das leis escritas, de forma a chegar ao que o Código Civil francês de 1804 colocou como presunção adotada até hoje pelo nossa antiga Lei de Introdução ao Código Civil, e atual Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro no art. 3º, de que *ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece*.

Tal é preceito de evidente conteúdo ficcional, como se pode hoje constatar nos grossos volumes de vade-mécum que os estudantes de Direito portam, se não preferem a facilidade da pesquisa na Internet através de *tablets* ou *smartphones*...

Justiniano nos legou o sistema jurídico denominado de Direito Romanico-Germanico, ou a família jurídica do *Civil Law*, sistema jurídico difundido na Europa Continental, em que a fonte primeira da norma jurídica é o texto legislado, posto pela Autoridade pública, como ainda está hoje no art. 126 do Código de Processo Civil de 1973: *o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais, não as havendo a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito.*

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

De regra, a norma decorre do símbolo gráfico, do artigo, do dispositivo, com fonte em poder de governante acima da sociedade.

Inexistente ou obscura a lei, aplica-se a analogia, isto é, a situação prevista em outro dispositivo legal como solução mais próxima para o caso em julgamento.

Ainda se não couber a analogia, adota-se a norma decorrente do costume, ou seja, a regra de conduta adotada pelo grupo social e, finalmente, subsidiariamente, os princípios gerais do Direito.

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

No terreno constitucional os norte-americanos optaram

pela Constituição escrita, embora tenham interpretado e atualizado os textos supremos pela hermenêutica dada pelos Juízes, principalmente os da Corte Suprema, que se irrogaram o poder de controlar a constitucionalidade dos atos do Congresso desde o célebre caso *Marbury vs Madison*, de 1803, como se vê no brilhante voto redigido por John Marshall.

A *Common Law* tem no precedente judicial (*case law*) a sua fonte principal. Caracteriza-se por reservar à lei papel secundário, provocada por situações excepcionais ou para solucionar conflito insuperável entre direitos jurisprudenciais, regionais ou estaduais (*statute Law*). Por isso, nesse sistema é comum ser a lei interpretada restritivamente.

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

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

Quanto ao conteúdo, diferenciam-se os sistemas jurídicos europeu continental e britânico quanto à fonte das normas:

- o *Civil Law* pretende impor as condutas através de lei ou ato normativo e da decisão judicial, impostas pelo governante ou por órgãos legislativos eleitos. Enfim, adota-se a razão ou o critério racionalista dos que exercem o poder, na vertente da corrente filosófica do racionalismo que predominou no

Iluminismo francês. Aliás, nessa linha de raciocínio, Luis Recasens Siches chegou a dizer que *a lógica do Direito é a razão, el logos del razonable*;

- o *Common Law* busca a norma que vai prevalecer na própria sociedade, nos costumes, no fato em julgamento, devendo os juízes se vincular aos precedentes das decisões próprias ou dos tribunais superiores pelo denominado princípio *stare decisis et non quita movere*, o que se pode livremente traduzir como *mantenha como já foi decidido*. Enfim, adota-se como fonte normativa a experiência dos casos anteriormente julgados, na vertente do empirismo que caracteriza ainda hoje o pensamento britânico. Por isso, atribui-se a Oliver Wendell Holmes a resposta aos racionalistas: *a lógica do Direito é a vida, a experiência*.

O art. 98 do NCPC, com seus incisos e parágrafos, não consegue conter nos símbolos gráficos todas as hipóteses para as isenções em favor do assistido, pois tal decorre não do texto legal, mas da situação fática em que o assistido está inserido, para que possa não só pleitear em Juízo como se defender em igualdade de armas com oponentes muito mais poderosos.

E também quanto aos arts. 99 a 102, em disposições a maioria de conteúdo processual, também não se restringe ao princípio da legalidade estrita, insuficiente para compreender todos os casos que pretende regular.

Desde logo, destaque-se que os procedimentos de concessão ou de cassação ou de revogação da gratuidade de Justiça têm evidente conteúdo de jurisdição voluntária ou jurisdição graciosa e não de jurisdição contenciosa.¹¹

A jurisdição contenciosa, no ensinamento também clássico de Giuseppe Chiovenda, é a atividade jurisdicional que se caracteriza pela substituição da vontade da parte, como se vê, por exemplo, na ação consignatória quando a sentença substitui

¹¹ Sobre jurisdição contenciosa e jurisdição voluntária, ver, entre outros, Slaibi Filho, Nagib. Sentença cível – fundamentos e técnica. Rio de Janeiro, Ed. Forense

o recibo negado pela parte, na ação condenatória em que a sentença substitui o título de crédito negado pelo devedor etc.

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

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

Já na jurisdição voluntária a regra é a equidade, como decorre dos antes transcritos arts. 1109 do Código de Processo Civil de 1973 e art. 723 do NCPC.

Daí se vê que se mostram ontologicamente inglórias as tentativas do NCPC em regular mais extensamente a gratuidade de Justiça, como se aplicável o princípio da legalidade estrita.

A gratuidade da Justiça é apreciada e julgada, em todos os casos, pelo critério da equidade, a depender a solução de cada caso, mediante, é claro, a suficiente e densa fundamentação que exige a norma decorrente do disposto no art. 93, IX, da Constituição.

Neste aspecto, da apreciação de cada caso, veja-se o disposto no art. 98, § 5º, do NCPC:

A gratuidade poderá ser concedida em relação a algum ou a todos os atos processuais, ou consistir na redução percentual de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.

No mesmo sentido o seguinte § 6º, em comando de evidente equidade, pois francamente autoriza: *Conforme o caso, o juiz poderá conceder direito ao parcelamento de despesas processuais que o beneficiário tiver de adiantar no curso do procedimento.*

O critério da legalidade estrita leva em conta o comando hipotético posto pelo legislador querendo condutas e prevenindo sanções.

O critério da equidade leva em conta o caso concreto, que deve ser apreciado de acordo com os valores que preponderaram naquela situação.

Na Lei nº 1060/50 não existiram dispositivos similares, mesmo porque na época de sua edição todos consideravam que a gratuidade dos serviços judiciários era uma excepcional benevolência do legislador ordinário ao necessitado.

Somente agora, mais de sessenta anos após, pode-se compreender que a assistência jurídica ao necessitado constitui garantia fundamental no Estado Democrático de Direito, ensejando instrumentos para que a pessoa possa enfrentar em Juízo forças muito mais poderosas.

Ainda assombrado com os resquícios do critério da legalidade estrita e a impossibilidade de manter tal pressuposto neste início do século XXI, o legislador certamente se perdeu ao dispor no art. 98:

Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

.....

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 7º Aplica-se o disposto no art. 95, §§ 3º a 5º, ao custeio dos emolumentos previstos no § 1º, inciso IX, do presente artigo, observada a tabela e as condições da lei estadual ou distrital respectiva.

§ 8º Na hipótese do § 1º, inciso IX, havendo dúvida fundada quanto ao preenchimento atual dos pressupostos para a concessão de gratuidade, o notário ou registrador, após praticar o ato, pode requerer, ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrares, a revogação total ou parcial do benefício ou a sua substituição pelo parcelamento de que trata o § 6º deste artigo, caso em que o beneficiário será citado

para, em 15 (quinze) dias, manifestar-se sobre esse requerimento.

E o precedente art. 95:

Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes.

§ 1º O juiz poderá determinar que a parte responsável pelo pagamento dos honorários do perito deposite em juízo o valor correspondente.

§ 2º A quantia recolhida em depósito bancário à ordem do juízo será corrigida monetariamente e paga de acordo com o art. 465, § 4º.

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

§ 4º Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no art. 98, § 2º.

§ 5º Para fins de aplicação do § 3º, é vedada a utilização de recursos do fundo de custeio da Defensoria Pública.

O art. 95 trata do custeio das perícias que, no caso de ser de encargo da parte que tem direito à gratuidade da Justiça, será custeado por verbas públicas, como explicitado no § 3º, incidindo o § 4º que institui executivo fiscal, ora regulamentado pela Lei 6.830/80, em face do sucumbente no processo que deu causa ao gasto público.

Ocorre que a parte final do § 4º do art. 95 se reporta ao sucumbente que seja o responsável pelo pagamento das despesas que, sendo assistido, faz incidir o art. 98, § 2º: *A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.*

Então, o assistido sucumbente fica obrigado a arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.

Note-se: só estará obrigado se e quando ficar sucumbente. E sucumbente só se saberá no dia do trânsito em julgado da sentença que não acolheu a sua ação ou a sua defesa.

Quanto as custas, permitia o art. 13 da Lei nº 1060/50 que, se o assistido pudesse atender em parte as despesas do processo, seriam rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento.

Mas do que trata o art. 98, § 2º, é das despesas da sucumbência que será de responsabilidade do assistido, inclusive quanto aos emolumentos do notário ou registrador.

E como cobrá-las?

Se houver crédito de entidade pública, através de execução fiscal, mesmo porque o NCPC não pode por si só afastar o sistema da execução fiscal implantado pela Lei nº 6830/80.

Se não for crédito público, será caso de execução nos próprios autos, na forma de cumprimento da sentença, inclusive quanto à competência funcional originária do Juízo do conhecimento, pois o juiz da condenação é o juiz da execução, pela regra do art. 575 do velho CPC e que não foi repetida no NCPC.

Claro que a execução fica sob a condição suspensiva de exigibilidade referida no art. 98, § 3º, por cinco anos, decorridos os quais fica extinta as obrigações do assistido sucumbente.

Mas o § 8º do art. 98 absurdamente cinde a competência funcional do Juízo em que tramitou a causa, pois permite ao

notário ou registrar se dirigir ao Juiz competente para as questões registrais notariais ou registrais, pedir a revogação total ou parcial da gratuidade ou o parcelamento referido no § 6º, e, pasme-se!, com a abertura de novo procedimento de jurisdição voluntária com a citação do sucumbente!

Então o Juízo de idêntica hierarquia do Juízo em que tramitou a causa ganha competência funcional para cindir a cognição e decidir sem que se vincule ao que foi anteriormente deferido!

E o § 8º simplesmente ignora a regra do § 3º do art. 55 do NCPC:

Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.

Bem mais afrontoso à garantia fundamental é o disposto no art. 102 do NCPC que simplesmente ignora os valores e as normas fundamentais estabelecidas na Constituição, como diz o art. 1º:

Art. 102. Sobrevindo o trânsito em julgado de decisão que revoga a gratuidade, a parte deverá efetuar o recolhimento de todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensada, inclusive as relativas ao recurso interposto, se houver, no prazo fixado pelo juiz, sem prejuízo de aplicação das sanções previstas em lei.

Parágrafo único. Não efetuado o recolhimento, o processo será extinto sem resolução de mérito, tratando-se do autor, e, nos demais casos, não poderá ser deferida a realização de nenhum ato ou diligência requerida pela parte enquanto não efetuado o depósito.

Então com a revogação ou a cassação da gratuidade da Justiça temos consequências que se mostram desproporcionais pela gravosidade draconiana que decorreria da simples interpretação literal do dispositivo – repita-se, se aplicada a interpretação literal do mencionado art. 102:

- de pronto, perderá a assistência pela Defensoria Pública pois deixa de ser considerado necessitado e se não for ne-

cessitado não tem como ser defendido pelo órgão estatal com atribuição específica;

- o devedor deve recolher todas as despesas de cujo adiantamento foi dispensado, inclusive as do recurso, em prazo dado pelo juiz. Se não houver prazo, vale o de cinco dias previsto na regra geral do art. 218 do NCPC, reproduzindo o art. 185 do Código anterior;

- ele deverá cumprir a ordem judicial sem sequer sofrer execução fiscal como previsto na Lei nº 6830/80 e no art. 95, § 4º do novo NCPC;

- se não efetuar o pagamento, simplesmente o processo será extinto, em se tratando do autor; e

- se não for autor, não terá deferido ato ou diligência enquanto não efetuado o depósito.

A interpretação literal do art. 102 conduzirá a injustiças e a inconstitucionalidade e merece, ao menos, uma interpretação conforme que leve em conta sobre o que se está digladiando na demanda com os valores em cobrança.

Não basta o simples fato da preclusão da decisão que revogou ou cassou a gratuidade de Justiça para, simplesmente, impor ao necessitado todos os males, inclusive a extinção do feito sem julgamento do mérito, ou a perda da prova!

5. GRATUIDADE DE JUSTIÇA, ASSISTENCIA JURÍDICA AOS NECESSITADOS E DEFENSORIA PÚBLICA

Desde logo, observa-se que não é adequada a expressão *gratuidade da Justiça*, nem o teor do art. 98, ao dizer que tem direito à gratuidade de Justiça, na forma da lei, quem tem insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios.

Certamente indevida a expressão *gratuidade de Justiça*, pois a Justiça é, ou ao menos deveria ser, não dispendiosa para o vencedor da causa, assim na clássica linha preconizada por

Giuseppe Chiovenda no sentido de que a parte deve obter com a decisão judicial tudo aquilo a que tem direito. O vencedor da causa não pode sofrer prejuízo pelo fato de ter ingressado em Juízo e de ser o vencedor da causa.

Neste sentido, o direito de acesso à função jurisdicional, como decorre da Constituição, no art. 5º, XXXV, e das Declarações de Direitos Humanos, não pode constituir insuportável gravame e nem pode representar a certeza da parte de que não obterá o ressarcimento integral da lesão que sofreu.

A expressão *Justiça Gratuita* é antiga no nosso jargão forense e vem da época, ainda não distante, em que as serventias judiciais eram privadas e os serventuários não eram remunerados pelos cofres públicos, e obtinham a retribuição dos seus serviços pelos atos que praticavam, pagos pelas partes interessadas a cada ato.

Nessa época é que se editou a Lei nº 1060/50, cujo art. 3º dizia que a assistência judiciária compreendia os *emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça*.

Aliás, até 1967 as Constituições permitiam aos Estados-membros legislar no sentido de que até a remuneração de Juízes e membros do Ministério Público decorressem das custas pelos atos por eles praticados.

De tal época veio a praxe cartorária de identificar os autos com a expressão *JG* escrita na capa dos autos o que, por si só, impunha uma visível discriminação àquele que obtinha o acesso à Justiça sem adiantar as custas.

Na década de 80 do século passado, respeitosa mas com certa irritação, dizia antigo Escrivão, de saudosa memória, que recebia as custas em cada processo, a este magistrado: *Doutor, sabe o que significa JG?* E sem esperar resposta, foi logo dizendo: *JG significa Jesus gratificará!*

Nos modernos sistemas informatizados utilizados no processamento judiciário ainda hoje se utiliza em cada registro

de feito a sigla *JG*...

A utilização de tal expressão neste início do século XXI indica que seu fundamento lógico, a deturpar a sua compreensão racional ou científica, é o patrimônio, havendo-se este, no conhecido conceito de Roberto de Ruggiero, como *o conjunto de relações jurídicas, imputáveis a um titular, e susceptíveis de avaliação econômica.*

Nem toda causa pode ser reduzida graficamente a moedas, suscetível de avaliação econômica, pois nem sempre tem repercussão imediata no patrimônio, como bem reconhece o NCPC no art. 85, § 8º:

Nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo, o juiz fixará o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do § 2o.

No mesmo art. 85 tenta o NCPC aplicar o critério da legalidade estrita para o arbitramento de honorários nas causas que possam ser traduzidas em valores pecuniários, conformando-se, sem outra opção, em aplicar o critério da equidade nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico, ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo.

Muito ao contrário de tal perspectiva, o que está na Constituição da República, a despeito de seu evidente caráter liberal, não se limita pelo caráter patrimonialista pois o art. 5º, LXXIV, diz que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, sem qualificar a última expressão nem tentar traduzi-la em valores pecuniários.

E cabe discutir quais os recursos, pois o legislador constituinte quisesse restringir a assistência jurídica a quem não tiver recursos financeiros certamente teria colocado tal expressão no Texto Magno.

Mas não o fez, como, aliás, se pode perceber que não há a discriminação por questões financeiras, pois se trata de prestação de Justiça como serviço essencial ao Estado Democrático

de Direito prometido no art. 1º da Constituição de 1988:

LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

LXXVI - são gratuitos para os reconhecidamente pobres, na forma da lei:

a) o registro civil de nascimento;

b) a certidão de óbito;

LXXVII - são gratuitas as ações de habeas corpus e habeas data, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A Constituição diz no seu art. 5º, § 1º, que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, a dispensar a atuação do legislador para que as normas constitucionais de direitos e garantias tem aplicabilidade imediata, sem auto executáveis.

E daí decorre que a Justiça é gratuita até para quem tem recursos, nos casos que se apontam das ações de *habeas corpus* e *habeas data* e os atos necessários ao exercício da cidadania, que podem ser explicitados na lei infraconstitucional mas não podem por ela ser restritos ou contidos.

No mesmo sentido, da gratuidade dos serviços públicos quanto à defesa dos direitos proclama o art. 5º:

XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal;

Além do mais, a redação original da Constituição, no Ato das Disposições Constitucionais e Transitórias, estatizou as serventias judiciais no art. 32 e são raríssimos os titulares de cartórios judiciais que mais de um quarto de século depois podem alegar direito adquirido ao recebimento das custas das

partes.

As disposições do NCPC em comento mantiveram anacronicamente o caráter de patrimonialismo que regeu a vigência da Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, surgida logo após a Segunda Guerra Mundial, quando os povos sentiram a necessidade de afirmação dos direitos liberais ou das liberdades públicas, e também dos direitos sociais, entre eles, e principalmente, o acesso aos tribunais, este como o mínimo essencial à paz social, pois fora dos tribunais o que existe é a barbárie, a lei do mais forte, a truculência ou a selvageria no trato social.

Veja-se no art. 97 do NCPC que a União e os Estados poderão criar fundos de modernização do Poder Judiciário, aos quais serão revertidos os valores das sanções pecuniárias processuais destinadas à União e aos Estados, e outras verbas previstas em lei.

Tal disposição confirma leis já existentes em alguns Estados, como o Rio de Janeiro, onde o Fundo do Tribunal de Justiça abrange as custas, taxa judiciárias, parte dos emolumentos das serventias registrais e notariais, multas processuais e outras verbas.

Então o que importa é a Justiça, a prestação jurisdicional, o direito do homem de receber dos tribunais nacionais remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei.

Dos termos constitucionais, vê-se que é dever do Estado a prestação da assistência jurídica e integral aos necessitados, a qual constitui direito social fundamental.

Deveria o legislador ao elaborar o NCPC ter mantido a expressão constante da Lei nº 1060/50 *assistência judiciária aos necessitados*.

Neste aspecto, sequer foi revogada a mencionada Lei pelo disposto no art. 1072, III, do NCPC, revogando 8 de seus 19 artigos, mantendo o art. 1º, que se refere à assistência judiciária aos necessitados, 5º, 8º, 9º, 10, 14, 15, 16, 18, que muitos

consideram revogados pelo Estatuto do Advogado, a Lei nº 8906, de 4 de julho de 1994, 17, que ainda se refere ao agravo de petição que existia pelo Código de Processo Civil de 1939, e finalmente o art. 19, que é o fecho da lei.

Enfim, o que sobra da antiga Lei nº 1060/50 é que ela ainda regula a assistência judiciária aos necessitados, com o seu art. 1º, praticamente inútil, o art. 5º, que dispõe sobre matéria tratada no art. 99, 2º, do NCPC, os arts. 8º a 10 sobre matéria regulada também nos arts. 100 e 101...

Pode-se desconfiar que a vontade do legislador em retirar da ordem jurídica a antiga Lei nº 1060/50 foi impedida pela constatação de que a regulamentação da assistência jurídica aos necessitados não poderia ficar no NCPC, o qual, embora importante, é limitado ao processo civil, e somente pode ser aplicado, por extensão, aos demais campos do Direito.

Enfim, *legem habemus...*

Resta ao aplicador do Direito, em esforço hermenêutico notável, cumprir o que o legislador ordinário pretende, aplicando a Lei nº 1060/50 por seu art. 1º, inclusive no processo penal, administrativo, fiscal, trabalhista, e as disposições dos arts. 98 a 102 do NCPC por analogia ou extensão nos casos que não for de processo civil...

E se ainda não conseguir uma aplicação justa do Direito, lembre-se que a gratuidade da Justiça constitui incidente processual de jurisdição voluntária, em que se resolve por equidade, dando-se ao caso a solução mais adequada e conveniente, sempre com suficiente fundamentação.

Sobre a Defensoria Pública, dispõe a Constituição no seu art. 134, na redação que lhe deu a Emenda Constitucional nº 80, de 2014:

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos

direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.

Vejam-se os termos constitucionais: aos necessitados, de forma integral e gratuita, dá-se orientação jurídica, de promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos.

E pelo texto constitucional não há o nefasto caráter patrimonialista, pois não se restringe a atuação da Defensoria Pública à defesa dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, mas também a orientação jurídica e a promoção dos direitos humanos.

Repita-se e insista-se: a Constituição diz no seu art. 5º, § 1º, que os direitos e garantias fundamentais tem aplicabilidade imediata, a dispensar a atuação do legislador para que as normas constitucionais de direitos e garantias tem aplicabilidade imediata, sem auto executáveis.

E daí decorre que a Justiça é gratuita até para quem tem recursos, nos casos que se apontam das ações de *habeas corpus* e *habeas data* e os atos necessários ao exercício da cidadania, que podem ser explicitados na lei infraconstitucional mas não podem por ela ser restritos ou contidos.

Dos termos constitucionais, vê-se que é dever do Estado a prestação da assistência jurídica e integral aos necessitados, a qual constitui direito social fundamental.

Tal função não é exercida tão-somente pela Defensoria Pública, instituição que sequer foi eficientemente implementada na União e em muitos Estados, a despeito do comando contido no art. 24, XIII e do que pretendem os termos da Emenda Constitucional nº 80/2014.

No que está disposto no art. 24, XIII, da Constituição, decorre a distinção entre assistência judiciária e defensoria pública, aquela compreendendo as funções estatais e sociais voltadas a tal mister e esta a denominação do conjunto de órgãos estatais com tais atribuições.

Quer através dos órgãos da Defensoria Pública, quer através de entidades não governamentais (em que se destacam os escritórios de assistência judiciária das universidades, os sindicatos e associações de classe, as associações assistenciais e até mesmo organismos voltados para a defesa de minorias), através do dever do Advogado de atender às designações para o exercício gratuito da sua função cabe ao Poder Público, a obrigação da assistência jurídica integral e gratuita para os necessitados.

Constitui infração disciplinar do advogado recusar-se a prestar, sem justo motivo, assistência jurídica quando nomeado em virtude de impossibilidade da Defensoria Pública, de acordo com a Lei nº 8.906/94, art. 34, XII. Tal impossibilidade da Defensoria Pública pode ser permanente ou eventual, total ou parcial, quer nas Comarcas que não disponham de Defensores Públicos do quadro, quer em casos de sua insuficiência ou mesmo impossibilidade de atuação, como no clássico exemplo de defesa de interesses colidentes.

Assim, na aplicação prática, não se pode considerar a Defensoria Pública somente no sentido estrito, como o conjunto de órgãos dos Poderes Públicos que receberam da legislação infraconstitucional a atribuição específica.

A defesa em Juízo, como expressão de direito a uma prestação de serviço que constitui garantia fundamental, merece interpretação ampla, como direito nitidamente social, de conteúdo de prestação de serviço.

A orientação e a defesa em judicial também obrigam as entidades sociais como as universidades privadas, as entidades sindicais e religiosas e todas as outras de proteção de direitos individuais e sociais até mesmo de caráter disponível, garantir a satisfação do direito fundamental de assistência integral gratuita, tanto através dos órgãos administrativos, nos processos que perante ele tramitam, como através da determinação judicial, com os poderes de direção do processo, para garantir o

contraditório e a ampla defesa a que se refere o art. 5º, LV, da Carta da República, como garantia fundamental do Estado Democrático de Direito.

Diferentemente do Ministério Público, cujo pivô de atuação é a defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, como grita o art. 127 da Constituição, as funções da Defensoria Pública podem ser substituídas pela Advocacia e por órgãos públicos e entidades sociais voltadas para tão nobre mister.

Em normas ainda vigentes, a despeito de entendimentos de que não se aplicam aos advogados, dispõe os arts. 14 e 15 da velha Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, ainda em vigor em face do que está no art. 1072, III, do Código de Processo Civil de 2015, que estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados:

Art. 14. Os profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de defensor ou de perito, conforme o caso, salvo justo motivo previsto em lei ou, na sua omissão, a critério da autoridade judiciária competente, são obrigados ao respectivo cumprimento, sob pena de multa de Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), sujeita ao reajustamento estabelecido na Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, sem prejuízo de sanção disciplinar cabível.

§ 1º Na falta de indicação pela assistência ou pela própria parte, o juiz solicitará a do órgão de classe respectivo.

§ 2º A multa prevista neste artigo reverterá em benefício do profissional que assumir o encargo na causa.

Art. 15. São motivos para a recusa do mandato pelo advogado designado ou nomeado:

§ 1º - estar impedido de exercer a advocacia.

§ 2º - ser procurador constituído pela parte contrária ou ter com ela relações profissionais de interesse atual;

§ 3º - ter necessidade de se ausentar da sede do juízo para atender a outro mandato anteriormente outorgado ou para defender interesses próprios inadiáveis;

§ 4º - já haver manifestado por escrito sua opinião contrária ao direito que o necessitado pretende pleitear;

§ 5º - haver dado à parte contrária parecer escrito sobre a

contenda.

Parágrafo único. A recusa será solicitada ao juiz, que, de plano a concederá, temporária ou definitivamente, ou a denegará.

A organização da Defensoria Pública também é dada por lei, assim atendendo ao princípio da legalidade administrativa exigido no *caput* do art. 37 da Constituição, mas depende da organização judiciária, principalmente quanto à atuação dos Defensores em Juízo, e esta é influenciada pela própria organização que se der à Defensoria Pública, mesmo porque a atuação processual do defensor público é vital em país de tanta diversidade social e a Justiça não pode ficar acessível somente aos mais aquinhoados.

Determinadas situações de urgência exigem do juiz até mesmo a prestação jurisdicional sem atender ao princípio da demanda (este a que exigir o requerimento do interessado) ou mesmo o princípio da representação pelo advogado ou defensor. Por exemplo, o habeas corpus pode ser requerido por qualquer pessoa e até mesmo deferido *ex officio*.

Aliás, o art. 35, IV, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional exige que o juiz atenda a todos os que o procurarem em situações de urgência, independentemente do requerimento de advogado ou defensor:

Art. 35 - São deveres do magistrado:

...

IV - tratar com urbanidade as partes, os membros do Ministério Público, os advogados, as testemunhas, os funcionários e auxiliares da Justiça, e atender aos que o procurarem, a qualquer momento, quanto se trate de providência que reclame e possibilite solução de urgência.

A assistência jurídica integral e gratuita prevista na Carta Política, no art. 5º, LXXIV, desdobra-se na consulta e orientação extrajudicial, representação em juízo e gratuidade do serviço judicial, que será prestado exclusivamente pelo Estado, através da Defensoria Pública.

Já a assistência judiciária corresponde ao serviço públi-

co organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, podendo ser prestado pelo Estado, por entidades não estatais e até por particular.

Por fim, a gratuidade de justiça que tem previsão na Lei 1060/50 e compreende o não pagamento de todas as custas e despesas judiciais, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. Assim, verifica-se que é um instituto de natureza processual.

Prestados os esclarecimentos acima, surge para o debate outra questão de extrema relevância para o julgamento, qual seja, a necessidade ou não de comprovação da hipossuficiência pelo autor.

A gratuidade de justiça tem previsão na Lei nº 1.060/50 e compreende a gratuidade de todas as custas e despesas judiciais relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. Assim, verifica-se que é um instituto de natureza processual.

A Constituição da República em seu artigo 5º, LXXIV, condiciona o deferimento da assistência jurídica integral e gratuita à comprovação da condição de hipossuficiência econômica: *o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.*

Diante do dispositivo constitucional, alguns Tribunais passaram a exigir daquele que requer o benefício, não apenas a afirmação de hipossuficiência, mas também a prova documental de tal condição.

A título de exemplo podemos citar a súmula 39 do TJERJ:

É facultado ao Juiz exigir que a parte comprove a insuficiência de recursos, para obter concessão do benefício da gratuidade de Justiça (art. 5º, inciso LXXIV, da CF/88), visto que a afirmação de pobreza goza apenas de presunção relativa de veracidade.

Parece que esta não é a melhor interpretação ao texto

constitucional.

Em que pese a Carta Política dispor que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita àqueles que comprovarem a hipossuficiência econômica, tal norma não se aplica ao Estado-Juiz, mas sim ao Estado-Administrador.

A norma do art. 5º, LXXXIV, se refere exclusivamente ao Estado, visto que a assistência jurídica integral e gratuita é um serviço público prestado pela Defensoria Pública, extraindo-se tal afirmação do texto do art. 134, da Carta Política.

Portanto, a comprovação da hipossuficiência econômica deverá ser realizada perante a Defensoria Pública, e não ao Poder Judiciário, pois este não defere a assistência jurídica integral e gratuita, mas tão somente a gratuidade de justiça.

Na verdade o que o Poder Judiciário se encarrega é de analisar o direito à justiça gratuita que depende apenas de simples afirmação da parte que não possui condições de pagamento das custas e demais despesas processuais, isentando-a, inicialmente, destes pagamentos.

Assim, é forçoso reconhecer que basta a afirmação para o deferimento da gratuidade dos serviços judiciários pelo juiz e, caso a parte possua patrimônio incompatível com a afirmação, deverá ser impugnado pela parte contrária, e, em caso de revogação do benefício, aplicar-se-ão as sanções processuais, bem como criminais.

Ademais, deve o Julgador evitar, tanto se admita a inerente racionalidade que se espera dos atos judiciais, a extinção do processo sem resolução do mérito, a que somente deve chegar se for absolutamente necessário.

Assim, na medida do possível, deve julgar o mérito da ação, evitando-se novo ajuizamento da demanda, o que implica movimentação da máquina judiciária e despesas desnecessárias para as partes e para o Estado.

A respeito do tema, manifestou-se Maria Cristina Bar-

ros Gutiérrez Slaibi,¹²

Extinguir um processo sem julgamento do mérito, por mera inobservância de um dos denominados vícios formais ou procedimentais, sem dúvida, não pode ser o que se espera do Poder Judiciário neste século XXI. Deve o julgador valer-se de todos os meios constitucionais e infraconstitucionais, sem jamais esquecer-se da hermenêutica, para aproveitar o processo, tanto quanto possível, a fim de efetivamente julgar a lide, o conflito de interesses que lhe for submetido à apreciação.

No julgamento da lide deve o julgador buscar a verdade real, material, através de uma profunda e responsável investigação dos fatos para aplicação ao caso concreto, não apenas da lei, mas do Direito, este que abrange também as normas, os princípios, o uso da analogia, dos costumes, da equidade e, precipuamente, a hermenêutica constitucional. Sem jamais se olvidar dos valores presentes, no momento histórico e suas repercussões sociais, são deveres daqueles que têm na toga o seu compromisso com a Justiça.

(Dever judicial de julgamento do mérito. Niterói: [s. ed.], 2012, p. 139-140).

Entre outros, vê-se o seguinte precedente:

0062274-78.2012.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO DES. NAGIB SLAIBI - Julgamento: 05/11/2012 - SEXTA CÂMARA CÍVEL

Direito Constitucional. Acesso à Justiça. Interposição de apelação. Inadmissão pela falta de preparo com base em indeferimento da gratuidade no início da tramitação do feito. Reconhecimento da deserção. Gratuidade de justiça indeferida. Recurso. Provimento. Afirmação por simples petição e apresentação de declaração de isenção no imposto de renda. Corolário do princípio constitucional que garante o acesso à justiça. Art. 5º, XXXV e LXXIV, da Constituição da República. O agravante informa que não possui disponibilidade de recursos para custear as despesas relativas aos serviços judiciais, sem causar prejuízo para o próprio sustento e o de sua família. Recebimento da apelação como forma de dar efetividade ao princípio do acesso à justiça. "O acesso à justiça

¹² Barros Gutierrez Slaibi, Maria Cristina. "Dever judicial de julgamento do mérito", Niterói: [s. ed.], 2012, p. 139-140.

no século XXI não é apenas um princípio, mas um verdadeiro valor constitucional de superlativa importância na vida do cidadão, como assentado nas declarações internacionais e nas Constituições. Aludidos atos normativos atribuem aos tribunais, como órgão de poder isentos e acessíveis a todos, a capacidade de adequar, limitar ou corrigir o abuso de poder do Estado e das demais forças sociais e econômicas que possam injustamente dominar o indivíduo e lhes suprimir ou restringir o direito fundamental de afirmação da própria personalidade" (Dever Judicial de Julgamento do Mérito, autora Maria Cristina Gutierrez Slaibi, [s.ed.], 2012, pg. 85/86). Provimento de plano do recurso.

Em conclusão, a gratuidade da Justiça, como prevista no novo Código de Processo Civil, exige muito mais que a mera disposição do intérprete de considerá-la um simples benefício ao necessitado.

A assistência jurídica integral e gratuita ao necessitado constitui direito social e dever da sociedade e do Estado como exigem a Constituição de 1988 e as Declarações Internacionais de Direitos Humanos.

