

## A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEONEL OHLWEILER

Promotor de Justiça

### 1. Introdução

Após o advento da Constituição Federal de 1988 têm surgido relevantes discussões em torno da interpretação do sentido e do alcance da normatização insculpida no art. 5.º, LXXIV, da Carta Magna, em específico quanto a necessidade, ou não, de comprovação da insuficiência de recursos. Foi oportuna a consignação de Mauro Cappelletti quando prelecionou que a primeira onda, em termos de facilitação do acesso à Justiça, seria a assistência judiciária para os pobres.<sup>1</sup>

Há muito que a assistência judiciária vem encontrando respaldo nas Constituições Federais, não havendo dúvidas de que os legisladores constituintes acertaram em colocá-la como garantia constitucional, dando assim, um amparo igual para todos no exercício do direito.<sup>2</sup> A concessão de assistência judiciária gratuita para os menos favorecidos constitui mera decorrência de preleção do princípio de que todos são iguais perante a lei (art. 5.º, *caput*, da CF).

### 2. Antecedentes legislativos

A assistência judiciária gratuita encontra-se disciplinada na Lei 1.060, de 5.2.50. Desde as Constituições Federais de 1891, passando pelas de

1. "O recente despertar de interesse em torno do acesso efetivo à Justiça levou a três posições básicas, pelo menos nos países do mundo Ocidental. Tendo início em 1965, estes posicionamentos emergiram mais ou menos em seqüência cronológica. Podemos afirmar que a primeira solução para o acesso — a primeira 'Onda' desse movimento novo — foi a assistência judiciária..." (*Acesso à Justiça*, p. 31).

2. O grande mestre Eduardo J. Couture entende que "el principio de la gratuidad de la justicia es principio constitucional porque tiende a asegurar el acceso de todos los ciudadanos a los estrados de los Tribunales y, en consecuencia a un amparo igual para todos en el ejercicio del derecho" (*Estudios de Derecho Procesal Civil*, p. 113).

1934, 1937, 1946 e 1967, até a Emenda Constitucional de 1969, a assistência judiciária sempre possuiu previsão legal.<sup>3</sup>

A anterior Carta Magna regulamentava-a no art. 153, § 32: "Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei".

A atual Constituição prevê a mencionada assistência no art. 5.º, LXXIV: "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

A regra que, atualmente, está originando a discussão repousa no art. 4.º da Lei 1.060/50, cuja nova redação lhe foi dada pela Lei 7.510/86.<sup>4</sup>

O problema consiste em saber se tal norma, que é anterior à Constituição Federal, é com ela compatível? Houve revogação de tal dispositivo?

### 3. Posições jurisprudenciais

O TJRS, em algumas ocasiões, assim tem se manifestado: "Justiça gratuita. A legislação ordinária anterior não foi revogada pela CF (art. 5.º, LXXIV). A norma da Lei Maior, exigindo provas da insuficiência de recursos, destina-se ao Executivo, através dos serviços de assistência jurídica, não ao Poder Judiciário" (*RJTJRS* 151/331).<sup>5</sup>

O entendimento de que a presunção instituída pela Lei 7.510/86 ainda prevalece encontra respaldo em outros Tribunais, conforme *RT* 676/88, 645/113, 640/153 e 649/79.

Inobstante, há julgados dos Tribunais de Justiça e Alçada do Rio Grande do Sul que acolheram a tese da revogação do artigo em debate: "Benefício da Gratuidade Judiciária — Direito de cidadania condicionado (CF de 1988, art. 5.º, LXXIV). Prova indispensável do estado de pobreza. Revogação indireta da legislação liberalizante anterior. Hoje, ninguém pode ser beneficiado pela gratuidade judiciária, ante mandamento constitucional, sem prova convincente do estado de pobreza" (*RJTJRS* 150/715). Outro acórdão de fundamento idêntico consta nos *JTARS* 71/113.

3. Segundo Celso Ribeiro Bastos, em sua obra *Comentários à Constituição do Brasil*, v. 2.º/371, desde os povos mais antigos já havia a percepção de que a Justiça restaria letra morta sem o ideário da assistência judiciária gratuita, havendo reminiscências no Código de Hamurabi, normas vigorantes em Atenas e Roma e no Digesto; no Brasil a assistência judiciária tem suas raízes nas Ordenações Filipinas.

4. A Lei 1.060/50, após a última alteração (Lei 7.510/86) ficou com a seguinte redação: "Art. 4.º. A parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado sem prejuízo próprio ou de sua família. § 1.º. Presume-se pobre, até prova em contrário, sob pena de pagamento do décuplo das custas judiciais".

5. Basicamente, o argumento utilizado e que foi muito bem concatenado pelo ilustre Des. Talai Djalma Selistre, é de que "a declaração formal de pobreza foi afastada pela Lei 7.510/86 para ensejar a concessão da gratuidade e que a norma constitucional em questão não impõe que a parte comprove, perante o Poder Judiciário, a insuficiência de recursos para a defesa de seus interesses... Quando o preceito constitucional indigitado estabelece que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, evidentemente, não se dirige ao Judiciário, por isso que esse poder não presta o benefício. Quem o faz é o Estado, enquanto exercício do Poder Executivo, através dos serviços a este fim destinados" (voto proferido no AI 5.9008346).

Outros defensores da posição que a presunção do art. 4.º da Lei 1.060/50 está em vigor argumentam, também, que toda a evolução da legislação que versa sobre a matéria se deu no sentido de facilitar o acesso à Justiça e o espírito do legislador constituinte seria esse, não se podendo instituir a comprovação por ser obstáculo à concessão do benefício; ainda, em face do princípio da recepção, o artigo supracitado continuaria em vigor.<sup>6</sup>

#### 4. Análise crítica

Preliminarmente, saliento a lição do ilustre Eduardo J. Couture de que “o intérprete é um intermediário entre o texto e a realidade; a interpretação consiste em extrair o sentido, desenterrar o conteúdo, que o texto encerra com relação à realidade”.<sup>7</sup>

O intérprete deve saber, exatamente, qual o texto objeto de seu raciocínio, bem como a sua natureza frente ao ordenamento jurídico. A interpretação não é feita utilizando apenas um método, mas uma conjugação de processos de interpretação que podem fornecer uma melhor análise.

Bem andou o legislador ao modificar a redação do art. 5.º, LXXIV, da CF, caso comparada com a da anterior Carta Magna. Essa última, no seu art. 153, § 32, falava em “assistência judiciária”.<sup>8</sup>

A atual Constituição Federal, por óbvio, buscou resolver a questão, formulando um conceito bem mais abrangente e técnico.<sup>9</sup> A norma do art. 5.º, LXXIV, ao mencionar a assistência jurídica integral, passou a abranger a assistência judiciária e a justiça gratuita. O Estado não está obrigado, apenas, a propiciar a isenção de custas e honorários advocatícios para aquelas pessoas que comprovarem insuficiência de recursos, mas também se obriga ao fornecimento do corpo técnico, dos advogados necessários para a defesa dos direitos das pessoas menos favorecidas.

A norma em questão, assim, não pode se dirigir exclusivamente ao Estado, ao Poder Executivo, ao Estado-Administração, pois a incumbência deste reside na organização do corpo técnico supracitado; a assistência jurídica integral não se restringe a isso. Até porque não seria crível que o legislador constituinte tivesse a intenção de não incluir em seu texto a obrigação de o Estado, como ente jurídico, prestar Justiça Gratuita, através do Poder Judiciário.

6. Tais argumentos foram esposados no trabalho elaborado por Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, publicado na *RP* 62/268.

7. Sobre interpretação das leis processuais é interessante a leitura da obra *Interpretação das Leis Processuais*, de Eduardo J. Couture.

8. Asseverou Celso Ribeiro Bastos (ob. cit., p. 375) que a Lei 1.060/50 “acabou por confundir os conceitos técnicos-jurídicos de justiça gratuita e assistência judiciária, na feliz observação de Humberto Peña e José Fontenelle”.

9. No entanto, permanece de relevo a distinção feita por Pontes de Miranda: “Assistência Judiciária e benefício de justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pré-processual. A Assistência Judiciária é organização estatal ou paraestatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo” (*Comentários ao Código de Processo Civil*, t. 1/460, apud Celso Ribeiro Bastos, ob. cit., p. 376).

A primeira conclusão, desta forma, é de que a norma constitucional possui um duplo direcionamento: o Poder Judiciário e o Poder Executivo.

Sob a ótica de uma análise gramatical,<sup>10</sup> analisando o termo "Estado", a princípio poder-se-ia concluir de que se trata, apenas, do Poder Executivo, a exemplo do que acontece em outros dispositivos legais. No entanto, o vocábulo deve ser analisado em conjunto com os outros.<sup>11</sup>

Ora, tomando o conceito abrangente de "assistência jurídica", vê-se que a normatização não pode se restringir somente à assistência judiciária. Como corolário, não pode abranger apenas o Poder Executivo, o mencionado artigo constitucional.

No que tange à necessidade de comprovação da insuficiência de recursos, o art. 5.º, LXXIV, CF, disciplina de forma clara a necessidade de haver a comprovação.

A comprovação mencionada deve ser tomada no sentido técnico.<sup>12</sup> Exsurge, assim, que houve a instituição do ônus da prova para aquele que pleitear o benefício. Quando se fala em ônus da prova deve-se, primeiro, delimitar o conceito de prova, sendo que aqui tomo a prova como a demonstração da verdade legal de um fato, segundo linguagem de Francesco Carnelutti.<sup>13</sup>

A norma constitucional em epígrafe faz menção à necessidade de comprovação da insuficiência de recursos, seguindo, desta forma, o princípio geral de que ao autor cabe a prova dos fatos constitutivos do seu direito.<sup>14</sup>

O fato constitutivo do direito de assistência jurídica integral é a insuficiência de recursos. O ônus da prova de tal fato constitutivo incumbe à parte que requer o benefício, ao menos, essa é a interpretação do preceito constitucional. Já, nos termos do art. 4.º da Lei 1.060/50, para que a parte se beneficie basta a afirmação, na própria petição, de que não possui condições de pagar as custas e honorários. O § 1.º explicita que se trata de presunção. Em relação às presunções legais (aquelas estabelecidas pela lei) elas "vinculam o Juiz, porque tratam-se de verdade legal, que não admite prova em contrário", conforme Cesar Antônio da Silva, *Ônus e Qualidade da Prova Cível*, p. 103.<sup>15</sup>

10. O processo gramatical é um dos primeiros mencionados pelo ilustre Carlos Maximiliano, sendo que esse se preocupa mais com a letra do dispositivo (*Hermenêutica e Aplicação do Direito*, p. 109).

11. Bem referiu Carlos Maximiliano que para contornar o problema de um vocábulo possuir mais de um sentido, ele deve ser examinado em conjunto, em conexão com os outros (ob. cit., p. 109).

12. "Em geral no Direito Público se emprega, de preferência a linguagem técnica, o dizer jurídico, de sorte que se houver diversidade de significado do mesmo vocábulo, entre a expressão científica e a vulgar, inclinar-se-á o hermeneuta no sentido da primeira" (Carlos Maximiliano, ob. cit., p. 306).

13. O mestre italiano em sua obra *La Prueba Civil*, p. 38, definiu prova no sentido jurídico como "demonstración de la verdad de un hecho realizada por los medios legales (por modos legítimos) o, mas brevemente demonstración de la verdad legal de un hecho" (p. 44).

14. Art. 333. O ônus da prova incumbe: I — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito.

15. É claro que não admitem prova em contrário quando *juris et de jure*, mas a presunção do art. 4.º, § 1.º, da Lei 1.060/50, é *juris tantum*.

Aplica-se o art. 334, IV, do CPC.<sup>16</sup>

Absorvo aqui a lição do insigne Eduardo J. Couture, segundo a qual uma presunção legal é uma proposição normativa acerca da verdade de um fato e não é um meio de prova.<sup>17</sup>

Não há como conciliar uma presunção legal com a necessidade de comprovação do fato sobre o qual tal presunção incide. Tal argumento, também, conduz a revogação do art. 4.º da Lei 1.060/50. Uma das consequências das presunções legais é dispensar do ônus da prova aquele que a tem a seu favor. Não poderiam conviver duas normas jurídicas: uma dizendo que há necessidade de comprovação da insuficiência de recursos, ou seja, atribuindo-lhe, expressamente, o ônus da prova, e outra dispensando-lhe de provar (art. 334, IV, do CPC), em razão de em seu favor militar uma presunção de veracidade.

Outrossim, sob a ótica do processo lógico de interpretação da norma constitucional, a conclusão é a mesma.

É indubitável que o legislador constituinte, com a normatização da assistência jurídica integral, está dentro dos parâmetros da primeira onda de facilitação do acesso à Justiça e que predomina em diversos países. No entanto, é pacífica a utilização de mecanismos de controle para a concessão do benefício, seja por um órgão administrativo ou pelo próprio Poder Judiciário, até mesmo para evitar um abuso de direito.<sup>18</sup> Inclusive, conforme Mauro Cappelletti, na Inglaterra para a concessão do benefício há um exame da viabilidade financeira da causa.<sup>19</sup> É claro que em um país em desenvolvimento como o Brasil não deve ser utilizado o critério da viabilidade financeira da causa, mas são imprescindíveis mecanismos de controle preventivo.<sup>20</sup>

A Constituição Federal de 1988 reza pela grande enumeração de direitos e garantias o que, por si, acarreta a instituição de um controle maior sobre os abusos de direitos.

Como dito anteriormente a palavra “assistência jurídica integral” abrange a assistência judiciária e a justiça gratuita. Entender que o art. 5.º,

16. O art. 334, IV, do CPC, diz que não dependem de prova os fatos em cujo favor milita presunção legal de veracidade. Assim se não depende de prova não há que se falar em meio de prova para provar tal fato, pois a sua fixação no processo ocorre através de presunção e que não é meio de prova *stricto sensu*, pois não há demonstração de verdade legal a que se referiu F. Carnelutti e sim uma determinação legal de veracidade, é claro, sujeita a prova em contrário.

17. “No necesitan prueba los hechos sobre los cuales recae una presunción legal. Una presunción legal es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho. Si admite prueba en contrario se dice que es relativa; si no admite prueba en contrario se denomina absoluta. Como creemos haberlo demostrado en otra oportunidad, ni las presunciones legales ni las judiciales son medios de prueba” (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*).

18. Sobre o tema ver interessantes colocações de Eduardo J. Couture sobre “El ejercicio abusivo de la auxilioria de pobreza” em sua obra *Estudios de Derecho Procesal Civil*, p. 111.

19. “No moderno programa Británico, p. ex., um requerente, verificada a viabilidade financeira e de mérito de sua causa, pode escolher seu advogado em uma lista de profissionais que concordam em prestar serviços” (ob. cit., p. 35).

20. Outro interessante estudo sobre a organização da assistência jurídica consta na *RePro* 54, de autoria de Roberto O. Berizonce.

LXXIV, da CF, dirige-se, apenas, ao Poder Executivo importa em criar distinção e “ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus” — onde a lei não distingue, não pode o intérprete distinguir.

## **5. Conclusão**

Desta forma, espero, de alguma forma, ter contribuído para a discussão do tema enfocado, afirmando mais uma vez que o legislador constituinte ao erigir como norma constitucional a necessidade de comprovação da insuficiência de recursos, de modo algum, criou obstáculos para o acesso à Justiça, mas fortaleceu o instituto da assistência jurídica gratuita compatibilizando-a com as possibilidades de um país em desenvolvimento e com a garantia fundamental de acesso à Justiça.

Novo Hamburgo, 25 de fevereiro de 1993.