

CAMILA DE CÁSSIA MÜLLER

ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

CURITIBA

2006

CAMILA DE CÁSSIA MÜLLER

ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA

Monografia apresentada no Curso de graduação em Direito, do Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Alvacir Alfredo Nicz.

Professor Co-orientador: Luiz Marlo de Barros Silva.

CURITIBA

2006

DEDICATÓRIA

Aos Meus pais, Arno e Neiva, pela vida digna e honrosa que me ofereceram, pelo amor e carinho que nunca me faltou, pelo incentivo nos estudos. Ao meu pai pelo seu esforço diário de me fazer feliz. A minha mãe pela preocupação e zelo imensuráveis. Ao meu irmão Marco Antonio por me acompanhar nos meus estudos na busca pelo nosso sonho de independência. Ao meu irmão Luis Gustavo pela pessoa que ele tem se tornado, esforçada e apegada à família, por isso desde já vitoriosa.

Às Meninas do Santa: Alessandra, Aline, Camila Calixto, Camila Moutinho, Carolina, Danielle, Eliza, Márcia, Maria Luíza, Michelle, Silvia, pelas risadas, muitas risadas, e brincadeiras, pelos momentos de apoio e superação, pela confiança, pelas viagens, pelo esforço que nos mantiveram unidas a ponto de nos transformarem em verdadeiras irmãs, pelo simples fato de existirem, por tornarem minha vida ainda mais feliz. Pela nossa LINDA AMIZADE.

DEDICO

AGRADECIMENTOS

Ao meu Professor Orientador, Alvacir Alfredo Nicz, pela a colaboração e dedicação dispensada na confecção desse estudo. Ao meu Co-orientador, Dr. Luiz Marlo de Barros Silva, cuja magnífica tese foi indispensável para esse desígnio, e mais, me ensinou na prática a importância da assistência jurídica integral e gratuita. À Dra. Suzete de Fátima Branco, Defensora Pública do Estado do Paraná, que exerce sua profissão com afinco e honradez.

Aos amigos da faculdade, Amanda, Carina, Christiane, Daniel, Ederlei, Edir, Fernando, Freddy, Leandro, Rene, pelos momentos de alegria, pelas palavras de incentivo e consolo, pelas comemorações, pelos trabalhos em grupo. Por me acompanharem nessa fase da minha vida.

AGRADEÇO

RESUMO

A assistência jurídica é um direito fundamental de eficácia plena que encontra abrigo no art. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988. Dispõe esse artigo que além de jurídica a assistência deve ser integral, superando o atendimento meramente casuísta, e deve ser gratuita, ou seja, todas as despesas decorrentes da assistência jurídica devem ser dispensadas. A Constituição inovou ao substituir o direito à assistência judiciária pelo de assistência jurídica. Esta é muito mais ampla do que aquela; esta é gênero aquela é espécie. Compreende o serviço de assistência judiciária, de informação sobre direitos, orientação jurídica, mediação e assistência extrajudicial. Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita são direitos que se complementam, contudo são direitos distintos que devem ser aplicados separadamente. Além dos necessitados econômicos, são destinatários da assistência jurídica os necessitados jurídicos porque o Estado lhes deve garantir o contraditório e a ampla defesa. Incumbe ao Estado através da Defensoria Pública organizada prestar assistência jurídica integral e gratuita, entretanto ele não detém o monopólio do serviço, órgãos não-estatais poderão fazê-lo supletivamente como o fazem os escritórios modelo das faculdades de direito, advogados particulares e a OAB. Infelizmente não são todos os Estados que possuem uma Defensoria Pública, violando por omissão a Constituição. A assistência jurídica é um direito viabilizador de outros direitos como o de acesso à justiça, pois elide alguns dos óbices, como a falta de recursos e a falta de informação, que inibem ou impedem a sua concretização enquanto ordem jurídica justa, enquanto direito amplo.

Palavras-chave: assistência jurídica; assistência judiciária; justiça gratuita; acesso à justiça; defensoria pública.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	1
2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DO SURGIMENTO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS HIPOSSUFICIENTES	3
3 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS HIPOSSUFICIENTES NO BRASIL: ORIGEM, EVOLUÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO	8
4 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUSTIÇA GRATUITA	17
4.1 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA: CONCEITOS E DISTINÇÕES	18
4.2 JUSTIÇA GRATUITA.....	21
4.3 ASSISTÊNCIA JURÍDICA	24
5 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	28
6 DESTINATÁRIOS	33
6.1 NACIONAIS E ESTRANGEIROS	33
6.2 NECESSITADO	33
6.3 PESSOAS JURÍDICAS	39
7 DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4.º DA LEI N.º 1.060/50 E DA CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA E DA JUSTIÇA GRATUITA	44
8 ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA	48
9 QUEM DEVE PRESTAR ASSISTÊNCIA JURÍDICA	53
9.1 DEFENSORIA PÚBLICA	54
9.1.1 Defensoria Pública no Estado do Paraná.....	58
9.1.2 Defensoria Pública Municipal.....	59
9.2 ÓRGÃOS NÃO-ESTATAIS	61
9.3 ADVOGADO PARTICULAR	63
9.4 OMISSÃO ESTATAL.....	66
10 CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	73
APENSO- A Defensoria Pública e o Inadimplemento Social do Estado.....	79

1 INTRODUÇÃO

A assistência jurídica integral e gratuita no Brasil é um direito fundamental de eficácia plena que tem como marco a Constituição Federal de 1988, a qual evoluiu ao substituir o direito à assistência judiciária pelo direito à assistência jurídica.

De importância inestimável, a assistência jurídica garante a viabilização de outros direitos, dentre eles o de acesso à justiça. Portanto, é imprescindível a sua efetivação, uma vez que ela garante que as pessoas desvalidas economicamente tenham acesso ao direito.

Todavia, infelizmente nem todos os Estados do Brasil possuem uma Defensoria Pública estruturada capaz de oferecer assistência jurídica nos termos do comando constitucional, o que revela total descaso para com as classes marginalizadas.

Nutrido pela sua indispensabilidade, o presente estudo terá como escopo principal discorrer sobre o tratamento da assistência jurídica no ordenamento jurídico brasileiro vigente, especialmente sob o viés constitucional.

Tal desiderato percorrerá um caminho que tem seu início na sessão que trata sobre a gênese da assistência judiciária no mundo, bem como a sua evolução, ainda que de maneira abreviada, desde a Idade Antiga até o início da Idade Contemporânea.

A posteriori adentrar-se-á na sessão que tratará sobre a origem, evolução e constitucionalização da assistência judiciária no Brasil. Nessa fase será indicado como esse direito foi incorporado no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as principais espécies legislativas que dispuseram sobre o assunto e o desenvolvimento constitucional da matéria. Tudo isso será feito de maneira a respeitar uma ordem cronológica que findará com a Constituição Federal de 1988, a qual terá, devido a sua proeminência, uma sessão destacada.

Posteriormente, fruto de intensa pesquisa doutrinária, traçar-se-á a distinção entre os direitos à assistência judiciária, à assistência jurídica e justiça gratuita e os seus significados. Sessão imprescindível para a compreensão das posteriores.

Mais à frente, com destaque nesse estudo, será analisada a assistência jurídica na Constituição vigente, abordando a sua extensão, a necessidade de regulamentação infraconstitucional e a sua localização na Constituição em vigor.

O próximo passo será estudar o direito de assistência jurídica integral e gratuita a partir de seus Destinatários. Nesse momento será apontado quem são os titulares desse direito, refletindo sobre a acepção jurídica do termo necessitado e a sua ampliação a partir da Constituição Federal de 1988. Será objeto de análise igualmente a celeuma que recai sobre a possibilidade ou não de concessão de assistência jurídica integral e gratuita às pessoas jurídicas, indicando para tanto a opinião doutrinária e jurisprudencial.

A sessão seguinte trará uma discussão relevante, qual seja, o significado da exigência constitucional de comprovação da insuficiência de recursos, uma vez que a lei de Assistência judiciária, Lei n.º 1.060/50, exige tão-somente a declaração da situação econômica.

Na sessão que se segue versar-se-á sobre a assistência jurídica como instrumento viabilizador do princípio do acesso à justiça. Para tanto será focado apenas o ponto de tangência entre esses dois direitos fundamentais, sem a pretensão de exaurir sobre o princípio mencionado.

Restou à última sessão indicar a quem incumbe o dever de prestar a assistência jurídica. Nela será abordado sobre a Defensoria Pública, inclusive sobre a Defensoria Pública do Estado do Paraná, e sobre a possibilidade da assistência jurídica integral e gratuita ser oferecida por órgãos não-estatais e por advogados particulares. Por fim, será trabalhada a questão da omissão estatal no fornecimento da assistência jurídica e a consequência dessa abstenção.

2 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO ACERCA DO SURGIMENTO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS HIPOSSUFICIENTES

Ainda que o princípio reinante nas sociedades antigas era o da não igualdade¹, a assistência judiciária já existia desde os tempos mais remotos e era abrangida pelo próprio conceito de “assistência social”².

Algumas sociedades, as mais desenvolvidas, já no seu nascedouro tinham consciência de que a desigualdade econômica entre as pessoas implicava necessariamente um tratamento desigual. Atentas a esse fato embutiam em seus ordenamentos jurídicos princípios de ordem pública que garantiam aos pobres igual possibilidade de provocar o poder jurisdicional.³

Portanto, desde a antiguidade mais longínqua as pessoas carentes recebiam um tratamento especial. Isso fica mais evidente quando se constata que algumas sociedades, notadamente as mais organizadas, desde priscas eras já incluíam em seu ordenamento jurídico princípios que asseguravam às pessoas pobres acesso à justiça buscando dessa forma uma isonomia de oportunidade.

Obviamente que o direito de acesso à justiça naquela época não possuía o sentido que ele nos revela hoje, mas, de qualquer sorte, já entendiam que esse também era um direito que deveria ser desfrutado pelas pessoas carentes de recursos econômicos.

Historicamente, atribui-se ao imperador romano Constantino⁴ (288-337) a vanguarda legislativa de indicar defensor à parte que não dispusesse de recursos econômicos para defender ou demandar seus direitos sem prejuízo de seu sustento.⁵

¹ Régulo da Cunha Peixoto, em conferência “Assistência Judiciária – Conceito – Situação Atual – Direito Imprescindível”, apud CASTRO, José Roberto de. *Manual de assistência judiciária*. Rio de Janeiro: AIDE Ed., 1987. p. 32. Assim também em SILVA, Luiz Marlo de Barros. *O escritório modelo como instrumento de efetivação da garantia constitucional da assistência jurídica gratuita*. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Paraná, 2000. p.27.

² VAINER, Bruno Zilberman. Assistência judiciária gratuita: um desafio de nosso tempo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 12, n. 48, p. 213-244, jul./set. 2004. p. 225.

³ PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e função protetiva do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1984. p. 19-20.

⁴ Sobreleva ressaltar que Constantino, em 313, baixou o Edito de Milão, reconhecendo o cristianismo em Roma.

⁵ PINTO, Robson Flores. *Assistência Jurídica aos hipossuficientes na Constituição*. São Paulo: LTr, 1997. p. 48.

Mais à frente, a iniciativa de Constantino foi incorporada na legislação de Justiniano⁶ (483-565) que, no *Digesto*, Livro I, Título XVI, “De officio Proconsulis et legati”, § 5.º, assim dispunha:

Dar-se-á advogado aos que o peçam, ordinariamente às mulheres, ou aos pupilos, ou aos que de outra maneira débeis, ou aos que estejam em juízo, se alguém os pedir; e ainda que não haja nenhum que os peça, deverá dá-lo de ofício. Mas, se alguém disser que, pelo grande poder de seu adversário, não encontrou advogado, igualmente providenciará para que lhe dê advogado. Demais, não convém que ninguém seja oprimido pelo poder e seu adversário, pois, também redundaria em desprestígio do que governa uma província, que alguém se conduza com tanta insolência que todos temam tomar a seu cargo advogado contra ele.⁷

Também previa o Código de Justiniano, em seu Livro III, Título XIV, único: “Quando o *Imperatur inter pupillus*, concedia-se aos pobres, viúvas e pupilos o direito de se dirigirem diretamente ao tribunal superior para pleitear o julgamento de todos os seus pedidos”⁸.

Entretanto, desde muito antes, o “Código de Hamurabi” (2067-2025 a.C.) já dispensava aos desvalidos economicamente proteção diferenciada, limitando os valores que lhes eram cobrados à título de serviços advocatícios ou de favor legal.⁹ Ademais, o rei da Babilônia edificou a seguinte norma jurídica: “Eu sou o governador guardião. Em meu seio trago o povo das terras de Sumer e Acad. Em minha sabedoria eu os refreio, para que o forte não oprima o fraco e para que seja feita a justiça à viúva e ao órfão. Que cada homem oprimido compareça diante de mim, como o rei que sou da justiça”.¹⁰

Como se vê é transparente o cuidado desses textos legais primitivos em proporcionar, aos mais fracos, acesso à jurisdição.

Contudo, é em Atenas é que são encontrados os indícios mais veementes acerca da existência da assistência jurídica em favor dos hipossuficientes.

Em decorrência do princípio de que “todo o direito ofendido deve encontrar defensor e meios de defesa”¹¹, anualmente era feita em Atenas uma nomeação de

⁶ Entre o ano de 533 e 565 Justiniano deu início a compilação do Direito Romano, dividindo-a em partes: Código, que compreenderia o conjunto de leis romanas desde o século II; Digesto, continha os comentários de grandes juristas as leis romanas; Institutas, que continham os princípios fundamentais do Direito Romano e as Novelas, compostas das novas leis instituídas no período de Justiniano.

⁷ In PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 48.

⁸ In SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 9.

⁹ PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 48-49.

¹⁰ In PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 20.

¹¹ In CASTRO, José Roberto de. Op. cit. p. 32.

dez advogados para defesa, perante tribunais cíveis e criminais, dos desafortunados.

Nesta época, bem como durante o reinado de Hamurabi, a prestação jurisdicional dependia do pagamento de taxas.¹²

No direito pós-clássico de Justiniano, com o auxílio da embrionária noção de igualdade¹³ acompanhada das ideologias do cristianismo, a assistência judiciária aos necessitados concretizou-se.¹⁴ Assim registrava o *Digesto*, Livro 3, Título I, “De Postulando”: “Disse o Pretor: se não tiver advogado, eu lho darei”¹⁵.

Por ter a caridade como um de seus postulados, o cristianismo determinou a necessidade de proteção dos pobres, criando para os advogados o dever de patrocinar causas gratuitamente bem como para os juízes o de julgar sem cobrar as custas. Tratava-se de um “dever de natureza ética e religiosa”¹⁶.

Na Idade Média, em decorrência do feudalismo, o sentimento filantrópico que impulsionava a concessão gratuita de advogados aos pobres, viúvas e órfãos enfraqueceu-se.¹⁷

Na França, século XIII, mais precisamente sob reinado de São Luiz IX (1214-1270), foi criada a seguinte regra jurídica: “o advogado seja, em caso de necessidade, encarregado *ex officio* da defesa dos indigentes, das viúvas e dos órfãos”¹⁸.

No século XIV, Carlos IV (1316-1378), num regulamento para os *Requêtes du Palais*, dispôs que: “todos os advogados e procuradores, na sede dos tribunais, ajudassem, gratuitamente, com seus ministérios, os pobres que tivessem, aí, qualquer processo”¹⁹.

Ainda no século XIV, os Estados Sardos determinaram a organização oficial de assistência judiciária que foi regulamentada por Amadeu VIII, em 1477, e por Maria Joana Baptista, em 1560. Tal assistência significava “instituir-se, junto a cada

¹² PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 21; SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 8.

¹³ “Em Roma, a idéia de igualdade perante a lei contribuiu para a efetiva tutela do advogado aos necessitados”. CASTRO, José Roberto de. Op. cit. p. 32.

¹⁴ PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 49-50.

¹⁵ *In ibidem*, p. 50.

¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito a assistência jurídica. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 122-137, fev., 1991. p. 124.

¹⁷ PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 22.

¹⁸ *In SILVA*, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 38.

¹⁹ *In PEÑA DE MORAES*, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 23.

jurisdição, um advogado e um solicitador dos pobres, incumbidos de defendê-los e fiscalizar as prisões, pagos pelo Estado e considerados funcionários públicos”²⁰.

Na Espanha, durante o reinado dos reis Fernando e Isabel, ao prisioneiro pobre era indicado advogado cujos honorários eram pagos pelo poder público. Nessa senda, o Código conhecido como *Líber Judiciorum* ou *Fuero Juzgo*, atendendo aos anseios da Península Ibérica, cristalizou a regra de acesso jurisdicional aos pobres.²¹

Ademais, o referido Código, imbuído de preocupação em equiparar as forças entre as partes no processo, estabeleceu “que o contendor rico não podia nomear para seu defensor pessoa de maior fortuna que seu adversário, e, inversamente, o litigante pobre podia escolher para seu defensor pessoa tão poderosa como seu adversário”²². Por essa legislação os pobres eram protegidos por bispos que desempenhavam, além das atividades religiosas, relevantes funções judiciais.

Em 1440, mesmo depois de independente da Espanha, Portugal continuou a aplicar o direito castelhano previsto na Lei das *Sietes Partidas*. Esse Código, que serviu de fonte para as Ordenações Afonsinas (1446), Manoelinas (1521) e Filipinas (1603), dispunha na Partida III, Título III, Lei V que “os pleitos demandados respondiam perante o Rei, destacando entre eles, o pleito que demandasse sozinho, ou aquele muito debilitado, contra outro poderoso de que não pudesse também alcançar o direito pelo foro da terra”²³.

Na Inglaterra, desde o reinado de Henrique VII (1457-1509), admitiu-se as denominadas *actiones in forma pauperis* onde: “toda pessoa pobre que tiver motivo de ação judicial poderá, de acordo com a natureza do seu caso, gozar do favor de não pagar o selo e escrita da mesma; e aos juízes cumpre então nomear o advogado e o procurador que, conjuntamente com os demais oficiais do Juízo, funcionarão gratuitamente”.²⁴

No início do século XVII, Henrique IV (1553-1610), na França decretou:

Que em todos os Tribunais fossem instituídos advogado e procuradores para os pobres, viúvas e órfãos, os quais seriam escolhidos entre os mais capazes e honestos, e exerceriam suas funções sem retribuição alguma, não podendo mesmo receber qualquer

²⁰ In SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op cit. p. 38.

²¹ Idem.

²² In idem.

²³ In ibidem, p. 40.

²⁴ In PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 24-

coisa dos seus constituintes, sob pena de concussão, tendo de contentar-se, apenas, com os salários, dons e prerrogativas que Sua Majestade houvesse por bem conceder-lhes.²⁵

A gênese constitucional da assistência judiciária se deu com a Declarações de Direitos de Virgínia (1776) e com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁶ (1789) na França cujos textos consagravam do princípio da igualdade de todos perante a lei.²⁷

Do princípio da igualdade decorre o princípio da justiça gratuita aos economicamente desvalidos que, por sua vez, embasa o princípio da assistência judiciária pública que deve significar um dever para o Poder Público e um direito líquido e certo para os cidadãos.²⁸

Após a divulgação pela Revolução Francesa (1789) do princípio da igualdade de todos perante a lei o Estado passou a “interferir na assistência judiciária dos pobres, e as nações civilizadas organizaram instituições oficiais”²⁹.

A Holanda, atenta aos novos reclamos sociais formulados pela Revolução Francesa, com o Decreto de 1814, foi o primeiro país a instituir a assistência aos pobres, cujos processos eram denominados *Pro Deo*.³⁰

A França, desde a Revolução Francesa, já havia transformado a assistência, tida como caridade, em direito. Entretanto, só em 22 de janeiro de 1851, com o *Code de L' Assistance Judiciaire* que a França editou a sua primeira lei sobre a nova instituição denominando-a “Assistência Judiciária”, nomenclatura adotada posteriormente pelos demais países contemporâneos.

Adiante, com a passagem do Estado Liberal para o Estado Social³¹, a assistência judiciária erigiu-se à categoria de dever-função do Estado.

²⁵ In PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 25.

²⁶ A Constituição Francesa, de 1791, em seu preâmbulo, reproduziu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op cit. p. 40.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ José Cândido de Albuquerque Mello Mattos apud PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 25-26.

³⁰ SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op cit. p. 40.

³¹ “O Estado Social de Direito, o Estado prestador de serviços, o Estado intervencionista, titular, portanto, de obrigações positivas, consistentes num *dare*, num *facere* e num *prestare*, às quais correspondem os direitos econômico-sociais”. GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência judiciária e acesso à justiça. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.º 22, p. 17-26, jan./dez. 1984. p. 18.

3 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA AOS HIPOSSUFICIENTES NO BRASIL: ORIGEM, EVOLUÇÃO E CONSTITUCIONALIZAÇÃO

No Brasil a preocupação com a assistência judiciária aos necessitados teve origem nas Ordenações Filipinas (1603).³²

A administração da justiça no Brasil, assim como na Metrópole era onerosa.³³ Em razão disso, as pessoas pobres que quisessem acesso gratuito à justiça deviam, em audiência, declarar sua situação de pobreza e rezar um Padre Nosso pela alma do rei D. Diniz. Assim dispunha o mencionado diploma legal em seu Livro III, Título LXXXIV, § 10, *in verbis*: “§ 10 - Em sendo o agravante tão pobre que jure não ter bens móveis, nem de raiz, nem por onde pague o agravo, e dizendo na audiência uma vez o Pater Noster pela alma del Rey Don Diniz, ser-lhe-á havido, como que pagasse os novecentos reis, contanto que tire de tudo certidão dentro do tempo, em que havia de pagar o agravo”.³⁴

Disponham ainda as Ordenações Filipinas: “o juiz deve sempre preferir o advogado de mais idade e de melhor fama ao mais moço e principiante, a fim de que não seja mais perito o da parte contrária” (Ordenações Filipinas, Livro III, Título 20, § 14)³⁵.

Influenciado pelo direito português, o Brasil incorporou o patrocínio gratuito pelo advogado nas causas cíveis e criminais das pessoas economicamente carentes e das destituídas de advogado.³⁶

Também as Ordenações Filipinas, em seu Livro III, Título XII, § 2º, dispensavam o depósito da caução, em caso de ser argüida a suspensão, desde que o necessitado provasse sua pobreza com testemunhas. Em seu Livro I, Título XXIV, § 43, isentava ainda o réu criminal de pagar os feitos, enquanto não tivesse condições de fazê-lo.

A nossa primeira Constituição Imperial, de 25 de março de 1824, não fez qualquer referência à assistência judiciária. Entretanto, ela já proclamava direitos essenciais à pessoa humana como direito à liberdade, à propriedade e à igualdade.

³² PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 72.

³³ Idem.

³⁴ In PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 82.

³⁵ In SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 126.

³⁶ Idem.

Além disso, seu texto demonstrava alguma preocupação com a condição econômica diversificada entre as pessoas quando dispunha “na proporção dos seus haveres” em seu artigo 179, incisos 13 e 15, *in verbis*:

a inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte:... 13) A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um... 15) Ninguém será isento de contribuir para as despesas do Estado na proporção dos seus haveres.³⁷

Em 1841, a Lei n.º 261, de 03 de dezembro, reformulou o Código de Processo Criminal de 1832 e regulou sobre as custas processuais penais. Muito embora não tratasse pontualmente sobre a proteção jurídica dos pobres, em seu artigo 99 dispensava o réu pobre de pagar integralmente as custas.

Possuía o mencionado artigo a seguinte redação: “Sendo o réu tão pobre, que não possa pagar as custas, perceberá o Escrivão a metade dellas do Cofre da Camara Municipal da Cabeça do Termo, guardando o seu direito contra o réu quanto à outra metade”³⁸.

Insta destacar que não havia uma isenção plena aos desafortunados por parte deste dispositivo, ela era apenas parcial.

O regulamento n.º 120, de 31 de janeiro de 1842, que instrumentalizou as partes Policial e Criminal da Lei n.º 261, igualmente beneficiou os réus pobres quanto tratou das custas processuais.

Em seu artigo 469 dispunha que se o réu condenado não pudesse arcar com as custas, o escrivão teria direito à metade delas do Cofre da Câmara Municipal da Cabeça do Termo e a outra metade receberia quando o réu melhorasse sua situação econômica. Além deste, outro artigo seu, o de número 471, isentava os presos pobres de custear as apelações e recursos.

Assim, diverso da Lei n.º 261, de 03 de dezembro de 1841, o réu que não pudesse arcar com as custas ficaria dispensado de pagá-las até que lhe houvesse

³⁷ In ZANON, Artemio. *Da assistência jurídica integral e gratuita: comentários à Lei da Assistência Judiciária* (lei n. 1.060, de 5-2-1950, à luz da CF de 5-10-88, art. 5.º, LXXIV e direito comparado). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 17.

³⁸ In PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 82-83.

uma melhora econômica. Em outras palavras, se a sua situação econômica não alterasse com o decorrer dos anos, não precisaria pagar as custas.³⁹

A seguir a Lei n.º 150, de 09 de abril de 1842, dispondo sobre as custas no processo civil, isentou a parte pobre de pagar o dízimo de Chancelaria (artigo 10).

Em 1870, Joaquim Nabuco de Araújo, nessa época Presidente do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros, propôs que a OAB desse orientação às pessoas carentes, bem como as amparasse nas causas cíveis e criminais. Além disso, defendeu que o Legislativo deveria elaborar uma lei que assegurasse de maneira efetiva o acesso do pobre ao Judiciário, com isenção de custas. Joaquim Nabuco é considerado o responsável pela introdução da assistência judiciária no Brasil.⁴⁰

A bem da verdade, Joaquim Nabuco de Araújo reconhecia que o direito era pensado para as elites e que o direito a igualdade era letra morta:

se não se pode tudo, faz-se o que é possível. No estado atual da nossa legislação, e atendendo-se às despesas que um demanda custa, pode-se dizer, sem medo de errar, que a igualdade perante a lei não é senão uma palavra vã. Que importa ter direito, se não é possível mantê-lo? Se um outro pode vir privar-nos dele? Que importa ter uma reclamação justa, se não podemos apresentá-la e segui-la por falta de dinheiro? A lei é, pois, para quem tem dinheiro, para quem pode suportar as despesas das demandas. É assim que, confiados na impotência dos reclamantes, muita gente há que atrevidamente usurpa direitos alheios. É assim que muitos infelizes transigem, por ínfimo preço, sobre direitos importantes. (...) As nações mais civilizadas, como a França, Bélgica, Holanda e Itália, já têm estabelecida a assistência judiciária. Porque o Brasil não há também de atender a esta necessidade, que tanto interessa à moral, como à liberdade individual e ao direito de propriedade?⁴¹

Note-se que diverso das legislações anteriores que apenas previam isenções de custas, taxas processuais. Joaquim Nabuco foi mais adiante, ao lado da dispensa das despesas processuais, entendia ser necessário que o órgão de classe dos advogados ofertasse causídicos às pessoas mais desfavorecidas em processos civis e criminais bem como orientação judicial, o que, como veremos, é uns dos serviços ofertados pela assistência jurídica. Para época, no Brasil, a simples assistência judiciária já era um pensamento de vanguarda.

³⁹ Situação semelhante vem esculpida no art. 12 da Lei de Assistência Judiciária, Lei n.º 1.060/50, onde encontra-se o regramento sobre a sucumbência do destinatário da justiça gratuita. A partir desse dispositivo, o sucumbente que perder a condição de necessitado no prazo de cinco anos deverá arcar com as custas e despesas processuais.

⁴⁰ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica integral e gratuita*. São Paulo: Método, 2003. p. 98; ZANON, Artemio. Op. cit. p. 12.

⁴¹ Joaquim Nabuco de Araújo apud ZANON, Artemio. Op. cit. p. 12-13.

Ademais, com brilhantismo enfatiza a isenção das despesas processuais para as pessoas carentes como instrumento de realização do efetivo acesso à justiça bem como da igualdade material. Por tudo isso, Joaquim Nabuco deve ser considerado um marco nesse assunto no direito brasileiro.

Nesse período⁴², no Rio de Janeiro, a Câmara Municipal da Corte criou o cargo de Advogado dos Pobres, que remunerado pelo Município, tinha a incumbência de defender os réus miseráveis em processos criminais. Essa é considerada a origem no Brasil do cargo do Defensor Público⁴³.

Pela primeira vez o Estado brasileiro chamou para si o encargo de oferecer, as suas expensas, profissional encarregado de defender os desafortunados. Contudo, o cargo foi extinto em 1884.⁴⁴

Proclamada a República, já no Governo Provisório do Marechal Deodoro da Fonseca, editou-se o Decreto n.º 1.030, de 14 de novembro de 1890, que dispunha a respeito da organização da justiça no Distrito Federal.

Nele ficou estabelecido que o Ministro da Justiça tinha autorização para organizar uma comissão que ajudasse gratuitamente os pobres nos processos cíveis e criminais (artigo 176).

Mas foi só com o Decreto Federal n.º 2.457, de 08 de fevereiro de 1897 que houve a organização da Assistência Judiciária no Distrito Federal, que nessa época localizava-se no Rio de Janeiro.

Além de conceituar seus destinatários, esse decreto exigia como pré-requisito para o deferimento da assistência judiciária em juízo a probabilidade de sucesso da causa, visando assim coibir lides judiciais temerárias.⁴⁵

O Decreto que instituiu a Assistência Judiciária no Distrito Federal, “para o patrocínio gratuito dos pobres que forem litigantes no cível ou no crime, como autores ou réus, ou em qualquer outra qualidade” considerava beneficiário “toda pessoa que, tendo direitos a fazer valer em juízo, estiver impossibilitada de pagar ou adiantar as custas e despesas do processo, sem privar-se de recursos pecuniários indispensáveis para as necessidades ordinárias da própria manutenção ou da família”.⁴⁶

⁴² Registre-se que já em 31/10/1871 o Doutor José Oliveira Fagundes foi nomeado, pela Alçada Régia, advogado dativo de Joaquim José da Silva Xavier, o Tiradentes, encabeçador da Inconfidência Mineira, e dos demais “Heróis Inconfidentes”. PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 73.

⁴³ SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 127-128.

⁴⁴ PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 86.

⁴⁵ SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 128.

⁴⁶ In PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 88.

Nos termos desse Decreto a assistência judiciária no Distrito Federal era exercida por uma Comissão Central e várias comissões seccionais que defendiam em juízo pessoas carentes independente do pagamento de selos, taxas judiciárias, custas e despesas de qualquer natureza.⁴⁷

Assim como a Constituição de 1824, a Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, não abordou expressamente sobre a assistência judiciária. Entretanto, ela já demonstrava sinais de preocupação com o direito a defesa das pessoas que de certa forma relaciona-se com a assistência judiciária na medida em que ela proporciona um defesa técnica àqueles que não tem condições de custear um advogado sem sacrifício do seu próprio sustento ou da sua família.

Nesse sentido o artigo 72, § 16 da Constituição Federal de 1891, *in verbis*: “Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciaes a ella, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assignada pela autoridade competente, com os nomes do accusador e das testemunhas”⁴⁸.

Em 1930, o Decreto n.º 19.408, de 18 de novembro, criou, pelo seu artigo 17, a Ordem dos Advogados Brasileiros, posteriormente regulada pelo Decreto n.º 20.784, de 14 de dezembro de 1931, que dispunha nos artigos 91 a 93 sobre a assistência judiciária.

Excetuando a vanguarda da Câmara Municipal da Corte, o Estado brasileiro não concebia a assistência judiciária como dever público. Ainda na década de 30 a prestação da assistência judiciária tinha cunho filantrópico.⁴⁹

Com a regulamentação da Ordem dos Advogados Brasileiros a assistência judiciária passou a ser um dever dos advogados⁵⁰ e disso tirava proveito o Poder Público, eis que a incumbência deveria ser do Estado.⁵¹

o Estado, como pessoa jurídica de direito público, ainda não se havia dado conta de que encargo do patrocínio gratuito das causas dos deserdados era dever seu, dever-função, *emergente de sua própria essência*. A prestação do patrocínio gratuito, no Brasil, perseverava, ainda, com conotações caritativas e, afinal, era uma imposição legal aos

⁴⁷ Idem.

⁴⁸ In SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 99.

⁴⁹ PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 89-90.

⁵⁰ Para Luiz Marlo de Barros Silva a assistência jurídica é também um dever do profissional do direito, pois quando ele se forma tem plena ciência do ônus da profissão e dele não pode se escusar, especialmente quando voltado para diminuir a desigualdade social. SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 132 e 170.

⁵¹ Ibidem, p. 130.

advogados fiscalizada pela Ordem, que transformava uma recomendação em dever. Era caridade prestada pela Ordem, através de seus associados que tinham o seu ministério privado, inexplicavelmente, explorado pelo Estado.⁵²

Em 16 de julho de 1934, a assistência judiciária atingiu no Brasil pela primeira vez *status* constitucional, e mais, também pela primeira vez o Estado assumiu o dever de promovê-la.

Influenciada pela Constituição mexicana⁵³ (1917) e pela Constituição de Weimar (1919), que consagraram constitucionalmente direitos sociais, a Constituição de 1934 foi a primeira a fazer expressamente referência ao instituto no Brasil. “O Estado brasileiro reconhecia, assim, pela primeira vez, a ‘assistência judiciária’ como uma de suas polifunções sociais”.⁵⁴ Dispunha seu artigo 113, inciso 32, *in verbis*:

A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:... 32) A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais, e assegurando a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.⁵⁵

Acerca deste dispositivo constitucional Araújo Castro consciente da importância do acesso à justiça para as pessoas carentes escreveu: “Nada mais justo do que a assistência judiciária aos necessitados, porque, se é no Poder Judiciário que todos vão encontrar a maior garantia de seus direitos individuais, é bem de ver que sem tal assistência as classes pobres estariam impossibilitadas de fazer valer tais direitos”.⁵⁶

Insta observar que a Constituição de 1934 reuniu no conceito de assistência judiciária dois institutos distintos conforme será visto na sessão posterior: a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos e a criação, pela União e os Estados, de órgãos especiais para prestação da assistência judiciária aos necessitados.

⁵² PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 89-90.

⁵³ A Constituição mexicana (1917) foi a primeira a garantir constitucionalmente os novos direitos sociais do início do século XX. Assim também a Constituição de Weimar de 1919. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 7ª ed. ver. e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 252.

⁵⁴ PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 74.

⁵⁵ In MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 124-134, jul./set. 1992, p. 124.

⁵⁶ Araújo Castro apud ZANON, Artemio. Op. cit. p. 18.

Depois dessa Constituição, a União e especialmente os estados membros se inclinaram a criar estruturas que dessem suporte ao oferecimento da assistência judiciária.⁵⁷

Na Constituição de 10 de novembro de 1937, por influência do autoritarismo e da ditadura fascista⁵⁸, o direito à assistência judiciária foi suprimido, sendo resgatado apenas infraconstitucionalmente pelo Decreto-Lei n.º 1.608, de 18 de setembro de 1939, Código de Processo Civil, sob a denominação de “Do benefício da justiça gratuita”, nos artigos 68 a 79.

Aduz José Carlos Barbosa Moreira⁵⁹ que a assistência judiciária apresentava-se no CPC de 1939 como “dever honorífico” dos advogados nomeados, que, em princípio, deveriam prestar auxílio jurídico às pessoas desafortunadas sem qualquer contraprestação.

O Código de Processo Penal, inserido pelo Decreto-Lei n.º 3.689 de 3 de outubro de 1941, abordou sobre a assistência judiciária no processo penal. O artigo 32 desse diploma estabelecia que a própria parte poderia requerer ao juiz advogado para instaurar ação penal. Além disso, o dispositivo supra mencionado também conceituava pessoa pobre e determinava em que moldes a comprovação da pobreza deveria ser feita.

Ademais, seu artigo 263 impunha ao magistrado o dever de nomear defensor ao acusado que não possuísse, independente da sua condição econômica. Por fim, seu artigo 264 salientava o dever do advogado nomeado de patrocinar a causa do advogado sob pena de multa.

Com a Constituição de 18 de setembro de 1946⁶⁰ o direito à assistência judiciária reassumiu seu *status* constitucional. Dispunha seu artigo 141, § 35, *in verbis*: “O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”.⁶¹

Como pode ser visto, seu texto é bem mais conciso do que o da Constituição de 1934, que previa a isenção de despesas e a criação de órgão encarregados de prestar assistência judiciária.

⁵⁷ SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op.cit. p. 131.

⁵⁸ Idem.

⁵⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 125.

⁶⁰ Informada por princípios sociais que asseguram os princípios democráticos da isonomia de direitos e liberdade individual, limitados pelo interesse público e pela ordem pública. SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 141.

⁶¹ In ZANON, Artemio. Op. cit. p. 19.

Mesmo com o advento da Constituição Federal de 1946 a assistência judiciária continuou a ser regulada pelo CPC de 1939 até que em 1950 foi criada a Lei n.º 1.060 que, especificamente, regulou sobre assistência judiciária aos necessitados.

Esse novo diploma não alterou substancialmente os requisitos até então exigidos pelo CPC para concessão da assistência judiciária, nem a sua aplicação.⁶²

Muito embora tenha representado um avanço no que tange a matéria de assistência judiciária aos necessitados, essa lei possui algumas impropriedades técnicas jurídicas, confunde os conceitos de assistência judiciária e justiça gratuita que são direitos distintos conforme mais adiante será explanado. Somado a isso, sua redação é obscura e possibilita interpretações dúbias na doutrina e na jurisprudência.

Em 05 de fevereiro de 1950, a Lei Federal 1.060, Lei de Assistência Judiciária, veio regular o instituto e vige até os dias de hoje, com as devidas alterações.

Em 27 de abril de 1963, a Lei n.º 4.215 entrou em vigor. Conhecida como Estatuto da OAB, determinava que o advogado nomeado pelo órgão de Assistência judiciária, pela OAB ou pelo Juiz, deveria⁶³ auxiliar o necessitado, gratuitamente, no processo até sua extinção, sob pena de censura e multa.⁶⁴

É interessante observar que nesse período ainda vigorava a Constituição Federal de 1946 e em seus termos incumbia ao Poder Público prestar assistência judiciária aos necessitados. Mesmo assim, o Estatuto da OAB impunha ao advogado nomeado o dever de prestá-la sob pena de censura e multa.

Nem a Constituição de 24 de janeiro de 1967 (artigo 150, § 32), nem a Emenda Constitucional n.º 1 de 17 de outubro de 1969 (artigo 153, § 32) inovaram em relação a assistência judiciária. De uma pra outra, tampouco houve alteração do

⁶² MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 126.

⁶³ O art. 92 do referido estatuto trazia quatro hipóteses de escusa do advogado nomeado: caso o advogado já tivesse sido constituído pela parte contrária ou tenha relações profissionais atuais com ele; já tivesse dado a parte contrária parecer oral ou escrito sobre a lide; tenha opinião contrária à pretensão do necessitado, desde que declarada por escrito; ou tenha que se deslocar para atender mandato anterior ou para defender interesses próprios inadiáveis. SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 158-159.

⁶⁴ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 98-99.

dispositivo que a previa: “Será concedida assistência judiciária aos necessitados, na forma da lei”⁶⁵.

Segundo os ensinamentos de José Afonso Da Silva⁶⁶ essa é uma norma constitucional de eficácia contida, pois depende de uma lei complementar que a regulamente. Conquanto, não coaduna com esse entendimento Pontes De Miranda. Para esse autor essa regra constitucional era “regra bastante em si, *self-executing*”⁶⁷ ainda que ela fizesse referência à lei infraconstitucional.

Em 25 de julho de 1968 passou a vigor a Lei 5.478 que regulava sobre a ação de alimentos. Essa lei foi de vital importância para a justiça gratuita, eis que a partir dela houve uma simplificação do seu pedido.⁶⁸

O Código de Processo Civil de 1973, Lei n.º 5.869, em seu artigo 19 dispõe sobre as despesas processuais com a devida ressalva da justiça gratuita.⁶⁹

O atual Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil, Lei 8.906 de 04 de julho de 1994, estabelece que o advogado não pode escusar-se de prestar assistência jurídica quando indicado tendo em vista a impossibilidade da Defensoria Pública.⁷⁰

⁶⁵ In PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 78.

⁶⁶ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 1999. p. 103.

⁶⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda n.1, de 1969*. Tomo V (arts. 153, §2.º - 159), 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971. p. 641.

⁶⁸ SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 161.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 162.

⁷⁰ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 99.

4 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, ASSISTÊNCIA JURÍDICA E JUSTIÇA GRATUITA

Antes de tecer os conceitos de assistência judiciária, justiça gratuita e assistência jurídica é importante apresentar preliminarmente o significado da palavra assistência: “Assistência (...) 4. Proteção, amparo, arrimo. 5. Auxílio, ajuda”⁷¹.

Conforme De Plácido E Silva: “Assistência. Nos vários sentidos em que é aplicada na linguagem jurídica, tem sempre a acepção de auxílio ou apoio prestado a alguém em várias circunstâncias, seja em caráter obrigatório, seja em caráter facultativo”.⁷²

A assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita são direitos distintos para maior parte da doutrina. Alguns desses doutrinadores sustentam que esses direitos⁷³ têm apenas em comum os seus destinatários, ou seja, pessoas necessitadas financeiramente.⁷⁴

Para José Roberto de Castro⁷⁵, ainda que não cause nenhuma lesão ao interessado, a utilização dessas expressões como sinônimas não está correto.

Explica Augusto Tavares Rosa Marcacini que uso inadequado das expressões decorre da própria⁷⁶ Lei de assistência judiciária n.º 1.060/50 que “utiliza diversas vezes a expressão assistência judiciária ao referir-se, na verdade à justiça gratuita”. Assim o faz em seu artigo 3º, 4º § 2º, 6º, 7º e no artigo 9º.⁷⁷

“Para Pontes de Miranda, festejado por Humberto Pena de Moraes/José Fontenelle T. da Silva, Celso Ribeiro Bastos/Ives Gandra Martins Yussef Said Cahali e Ada Pellegrini Grinover, a Lei 1.060/50, com suas posteriores alterações, mesmo

⁷¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999. p. 215.

⁷² SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 88.

⁷³ A assistência jurídica deve ser entendida como um direito porque realiza o princípio de acesso a ordem jurídica justa. ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 42-58, ago. 2000. p. 56. Nesse mesmo sentido quando afirma que mais do que simples benefícios ou caridade, a assistência jurídica, a assistência judiciária e a justiça gratuita são direitos. CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita: assistência judiciária e gratuidade judiciária*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 63; PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. Op. cit. p. 143; SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 55, 66.

⁷⁴ CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit. p. 54, 119-120, 122; MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 29-30-31, 33-34; SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 55.

⁷⁵ CASTRO, José Roberto de. Op. cit. p. 25.

⁷⁶ Esta também é a opinião de BUAZAR, Daisy. Assistência Judiciária e direito à informação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.36, p. 113-127, dez 1991. p. 120.

⁷⁷ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 29-30.

constituindo uma evolução, confundiu, todavia, os conceitos técnico-jurídicos de justiça gratuita e assistência judiciária”.⁷⁸

Também para Celso Ribeiro Bastos⁷⁹ a Lei de Assistência Judiciária, Lei n.º 1.060/50, confundiu os conceitos técnico-jurídicos de justiça gratuita e assistência judiciária.

4.1 ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA: CONCEITOS E DISTINÇÕES

Leciona Augusto Tavares Rosa Marcacini⁸⁰ que assistência judiciária significa oferecer gratuitamente a uma pessoa carente um advogado que a represente em processo judicial. Nesse sentido, trata-se de um serviço público ofertado pelo Estado, mas que também pode ser desempenhado por entidades não-estatais que tenham ou não convênio com o Poder Público.

Sustenta também que a assistência judiciária, mediante linguagem figurada, pode ser entendida não como serviço público, propriamente dito, mas sim como entidade prestadora deste serviço, tal como se dá no artigo 14, § 1º, e 18 da Lei n.º 1.060/50.

Neste sentido, para o referido autor, a assistência judiciária não é apenas o órgão estatal, mas todo agente que exclusivamente, ou ao menos freqüentemente preste o serviço em razão de determinação judicial ou de convênio com o Poder Público. Assim, até mesmo advogados particulares, que por determinação judicial ou por convênio com o Poder Público, prestem o serviço com habitualidade podem ser considerados assistência judiciária.⁸¹

Ensina ainda que, diverso do conceito de assistência judiciária, justiça gratuita significa a isenção de quaisquer despesas processuais seja judicial ou

⁷⁸ PINHEIRO, Eduardo Bezerra de Medeiros. Breves Observações Acerca da Lei 1.060/50. *Revista dos Tribunais*, v. 733, ano 85, p. 94-108, nov. 1996. p. 97.

⁷⁹ BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo: Saraiva, 1988-1989, vol 2. p. 375-376.

⁸⁰ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 31- 32- 33.

⁸¹ *Ibidem*, p. 31. Segundo esse autor para ser entendido como assistência judiciária o serviço deve ser prestado a pessoas indeterminadas. Assim, não é assistência judiciária o oferecimento gratuito de advogado a um grupo certo, determinado de pessoas, pois aí se pressupõe um vínculo entre aqueles que do serviço se valem e aquele que desempenha o serviço e “... tal relação pode assumir características ou de um seguro em grupo ou de uma remuneração indireta em forma de benefício. E tal atividade não deve ser confundida com a assistência judiciária, que é um serviço público”. Ademais, na relação entre o assistido e o prestador de assistência judiciária está ausente a escolha: o assistido não escolhe seu patrono, e o profissional, por sua vez, deve atender o carente porque é sua a incumbência. *Ibidem*, p. 32.

extrajudicial; deve abarcar todas as custas e despesas necessárias para realização de todos os atos processuais e à defesa do assistido em juízo não importando se são devidas ao Estado ou a terceiros. Deve, pois, garantir uma efetiva partição do beneficiário no processo sem que isso lhe implique qualquer dispêndio pecuniário.

A palavra *assistência* tem o sentido de auxílio, ajuda. *Assistir* significa, auxiliar, acompanhar, estar presente. *Assistência* nos traz a idéia de uma atividade que está sendo desempenhada, de uma prestação positiva. E, neste sentido, por assistência judiciária deve ser entendida a atividade de patrocínio da causa, em juízo, por um profissional habilitado. A gratuidade processual é uma concessão do Estado, mediante a qual este *deixa de exigir* o recolhimento das custas e das despesas, tanto as que lhe são devidas como as que constituem crédito de terceiros. A isenção de custas não pode ser incluída no conceito de assistência, pois não há a prestação de um serviço, nem desempenho de qualquer atividade, trata-se de uma postura passiva assumida pelo Estado.⁸²

No entender de Pontes De Miranda a assistência judiciária é instituto de direito administrativo e significa uma organização estatal, ou paraestatal, cuja finalidade é oferecer advogado bem como dispensar provisoriamente o assistido das despesas processuais. Por sua vez, a justiça gratuita é um instituto de direito pré-processual e significa a dispensa temporária das despesas em processo judicial, devendo ser requerida ao juiz da causa.

A Assistência Judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da justiça gratuita é direito à dispensa provisória das 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. Para o deferimento ou indeferimento do benefício da justiça gratuita é competente o juiz da própria causa. Para a assistência judiciária a lei de organização judiciária é que determina qual o juiz competente.⁸³

Note-se que muito embora reconheça que assistência judiciária e justiça gratuita não são sinônimos, Pontes de Miranda embute no conceito de assistência judiciária o conceito de justiça gratuita o que para Augusto Tavares Rosa Marcacini é inconcebível, pois, a justiça gratuita não compõe o conceito de assistência judiciária. A assistência judiciária exige uma postura ativa do Estado, um *facere*, enquanto a justiça gratuita requer uma postura passiva dele. São, portanto, para esse autor, institutos diversos que não se confundem.

⁸² *Ibidem*, p. 33.

⁸³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Op. cit. p. 642.

Acerca dessa discussão, recorda José Carlos Barbosa Moreira⁸⁴ que a própria Constituição Federal de 1934 (artigo 113, inciso 32), fazia a distinção ao tratar separadamente da “isenção de emolumentos, custas, taxas e selos” e a criação de “órgãos especiais” que desempenhariam assistência judiciária aos hipossuficientes.

Afirma o supracitado autor que uma coisa é isentar os necessitados do custeio de despesas processuais; outra é oferecer-lhes serviços, que normalmente prestados por terceiros que são remunerados por isso. Naquele caso deixa-se de obter receita e neste há um aumento de despesa. Encerra esse louvável doutrinador dizendo que embora o ideal seja conjugar esses dois institutos, eles devem ser aplicados independentemente.

Entende José Roberto De Castro⁸⁵ que a assistência judiciária é num primeiro plano uma faculdade legal que tem o necessitado de ver direito seu violado apreciado pelo Poder Judiciário, a fim de ser ressarcido, sem que para isso tenha que pagar as despesas processuais. Num segundo plano a assistência judiciária é o órgão estatal ou não estatal encarregado de oferecer advogado ao necessitado para que ele demande em juízo seu direito. Ensina ainda que a justiça gratuita é consequência da assistência judiciária e significa a dispensa do pagamento de todas as despesas processuais.

Observe-se que para o referido autor num primeiro plano a assistência judiciária significa basicamente acesso gratuito à justiça. Num segundo plano é o que Augusto Tavares Rosa Marcacini chama de linguagem figurada da assistência judiciária, ou seja, assistência judiciária não como serviço público, mas sim o órgão prestador desse serviço.

Kazuo Watanabe⁸⁶ assevera que a expressão assistência judiciária admite diversas acepções e de acordo com elas será a abrangência do serviço prestado.

A acepção restrita significa assistência profissional prestada em juízo por advogado devidamente inscrito na OAB. Pode ser prestada na fase pré-processual, contudo, nesse caso, necessariamente deve anteceder uma demanda contra pessoa certa e com conflito de interesses determinado.

⁸⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 124-125.

⁸⁵ CASTRO, José Roberto de. Op. cit. p. 27.

⁸⁶ WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem jurídica justa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, 22, p. 87-89, jan./dez. 1984. p. 87.

Já a acepção ampla significa assistência jurídica judicial ou extrajudicial, sendo indiferente a existência de conflito determinado, incluindo o “serviço de informação e orientação, e até mesmo de estudo crítico, por especialistas de várias áreas do saber humano, do ordenamento jurídico existente, buscando soluções para sua aplicação mais justa e, eventualmente, sua modificação e inclusive revogação”⁸⁷. O estudo crítico a que se refere o autor deve recair, especialmente, sobre as legislações que atinjam pessoas em massa, que uma vez violadas gerarão conflitos coletivos.⁸⁸

Propõe o ilustre autor que quando apresentar essa magnitude o serviço seja denominado assistência jurídica no lugar de assistência judiciária.

Antes mesmo da Constituição Federal de 1988 inaugurar a expressão assistência jurídica, Kazuo Watanabe já concebia a sua existência e o seu significado. Contudo, o autor aduz que a assistência judiciária em sentido amplo deve ser entendida como assistência jurídica.

Na verdade, a assistência jurídica em sentido estrito é que deve ser entendida como assistência judiciária porque a assistência jurídica, conforme será visto, é mais ampla e abarca a assistência judiciária a orientação jurídica e assistência pré-processual.

4.2 JUSTIÇA GRATUITA

Ao contrário de Moacyr Amaral dos Santos⁸⁹, para o qual o direito a assistência judiciária se confunde com direito à justiça gratuita, Silvana Cristina Bonifácio Souza⁹⁰ defende que a justiça gratuita é consequência da assistência judiciária e abarca as isenções previstas no artigo 3.º da Lei n.º 1.060/50. Assim reza o referido artigo:

Art. 3º - a assistência judiciária compreende as seguintes isenções:
I – das taxas judiciárias e dos selos;

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Ibidem, p. 89.

⁸⁹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989-1990. p. 312. Além deste doutrinador outros estabeleceram como sinônimas as expressões assistência judiciária e justiça gratuita. Assim o fez Humberto Theodoro Jr, Antônio José de Souza Levenhagem, Pedro Batista Martins, Alcides de Mendonça Lima, Eliézer Rosa in CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit. p. 54, 119, nota de rodapé n.º 83 e 204.

⁹⁰ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 55-56.

- II – dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;
 - III – das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;
 - IV – das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;
 - V – dos honorários de advogado e peritos;
 - VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.
- Parágrafo único: A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal.

Como dito anteriormente, a justiça gratuita e assistência judiciária são institutos diversos. Embora um possa complementar o outro, não é adequado confundir os institutos, eles devem ser aplicados separadamente.

Por isso, a afirmativa que a justiça gratuita decorre da assistência judiciária, com a devida vênia, é errônea, pois existem casos em que uma pessoa pode ser destinatária da justiça gratuita e não o ser da assistência judiciária, como nos casos em que um advogado, atuando em causa própria, pleiteia justiça gratuita.

Cabe aqui ressaltar que não é objeto desse trabalho comentar pontualmente a Lei de assistência judiciária, mas sim abordar seus pontos mais relevantes tendo como parâmetro a Constituição Federal. Por isso, não será conceituada nenhuma das isenções no artigo acima mencionadas. Apenas faz-se a consideração de que para Artemio Zanon, ao comentar o artigo supracitado, “temos duas categorias de isenções: as *custas* alinhadas nos incisos I a IV, e os *honorários*, especialmente de advogado e perito, incisos V”⁹¹.

Conforme visto na sessão anterior, a justiça gratuita em breves linhas significa a dispensa das despesas processuais, judiciais e extrajudiciais, quer sejam devidas ao Estado quer sejam devidas à terceiros.

Destarte, a justiça gratuita não abrange apenas os serviços prestados pelo Estado, mas também, aqueles prestados por terceiros na qualidade de delegados do Poder Público (vide artigo 236 *caput* da CF).

Ao delegado cabem as mesmas incumbências que caberiam ao Estado no exercício daquela atividade, sendo a gratuidade uma delas. Isso acontece, por exemplo, com os serviços de registro e serviços notariais, que são serviços

⁹¹ ZANON, Artemio. Op. cit. p. 51.

exercidos por particulares, mas que serão gratuitos para os titulares da justiça gratuita.⁹²

Se até os profissionais liberais são abarcados pela isenção do artigo 3º da Lei n.º 1.060/50, não poderão dela se esquivar os escrivães que são delegados do Estado. Trata-se do sacrifício do interesse de um particular em prol do interesse da Justiça e, por conseqüência, da coletividade.⁹³

Aduz Maurício Vidigal⁹⁴ que a jurisprudência tem previsto a isenção dos emolumentos devidos por serviços extrajudiciais nos casos de registro de sentença de ação de usucapião, de averbação de sentença de separação judicial e de averbação de nome em registro de nascimento decorrente de ação de investigação de paternidade.

Quanto aos particulares, como os peritos, seus créditos deverão ser pagos pelo Estado, quando o beneficiário for sucumbente na causa.

Assim, se, num primeiro momento, tais particulares tiveram o dever de colaborar gratuitamente com a Justiça, tal não exclui o direito de reembolso contra o Estado, que é o obrigado principal pela concessão da gratuidade processual. Igualmente, pelos mesmos motivos, os honorários do advogado que patrocinou o necessitado devem ser pagos pelo Estado, se aquele não for funcionário seu, ou já não esteja recebendo alguma remuneração mediante convênio com o Poder Público.⁹⁵

Qualquer gasto que decorra da participação de pessoa carente na acepção jurídica do termo (art. 2º, parágrafo único da Lei n.º 1060/50) no processo deve ser dispensado, sob pena de estar-se violando o princípio da igualdade, de acesso à justiça e do princípio do contraditório.⁹⁶

“Pois, se todos são iguais perante a lei, e, por conseqüência, perante o processo, devem ter as mesmas oportunidades, independente de poder ou não pagar pela prestação da atividade jurisdicional”.⁹⁷

Por isso, as isenções previstas no artigo 3.º da Lei n.º 1.060/50 para Augusto Tavares Rosa Marcacini⁹⁸ devem ser interpretadas como um rol meramente exemplificativo, jamais taxativo.

⁹² Rui Pereira Barbosa apud SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 62.

⁹³ Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em Agravo de Instrumento 247978-1, Relator Desembargador Pinheiro Franco in SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit, p. 63.

⁹⁴ VIDIGAL, Maurício. *Lei de assistência judiciária interpretada*: lei n. 1.060, de 5/2/1950. São Paulo: J. de Oliveira, 2000, p. 28-29.

⁹⁵ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 52.

⁹⁶ *Ibidem*, p. 35.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 34.

Nessa esteira, entende José Carlos Barbosa Moreira⁹⁹ que o titular da justiça gratuita está isento do depósito exigido pelo artigo 488, II do CPC para propositura de ação rescisória em que pese a dispensa não venha prevista no artigo 3º da Lei supracitada.

A justiça gratuita deve afastar toda e qualquer despesa processual porque ela torna possível um direito maior, qual seja, o acesso à justiça. Destarte, qualquer regra que a limite deve ser entendida como ineficaz porque, por via de consequência, restringiria o próprio direito fundamental de acesso à justiça que deve ser amplo e efetivo.

4.3 ASSISTÊNCIA JURÍDICA

A partir da Constituição Federal de 1988 a expressão assistência judiciária deixou de ser utilizada pelo Constituinte, sendo substituída pela expressão assistência jurídica, reforçada pelos termos “integral” e “gratuita”.

Por essa razão Artemio Zanon¹⁰⁰ defende que se tornaram irrelevantes as discussões sobre os conceitos de assistência judiciária, pois atualmente existe tão-somente “assistência jurídica integral gratuita”, e dela será titular aquele que comprovar insuficiência de recursos.

Segundo o autor supracitado a assistência jurídica significa auxílio jurídico “pré-judicial”, “judicial” e “extrajudicial”, por isso difere-se da assistência judiciária porque esta oferece apenas auxílio judicial.¹⁰¹

“Isto porque, *máxima venia*, a intenção é ampla e não se concentra nos atos da lide, da demanda, do litígio, da pretensão posta em juízo à apreciação do Judiciário, buscando-se a prestação jurisdicional ou a inocência reconhecida”.¹⁰²

Nessa linha Augusto Tavares Rosa Marcacini¹⁰³ ensina que assistência jurídica abarca a assistência judiciária, sendo mais vasta do que esta porque oferece além dela serviços jurídicos independentes da existência de um processo, como

⁹⁸ Ibidem, p. 36. Assim também José Roberto de Castro op. cit. p. 96.

⁹⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 126.

¹⁰⁰ ZANON, Artemio. Op. cit. p. 30.

¹⁰¹ Sobre a amplitude da assistência jurídica integral também em VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 5.

¹⁰² ZANON, Artemio. Op. cit. p. 30.

¹⁰³ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 33.

orientação individual ou coletiva, esclarecimento de dúvidas, e informação sobre direitos a toda coletividade.

Para Silvana Cristina Bonifácio Souza¹⁰⁴ a assistência jurídica deve oferecer assistência judiciária, extrajudicial, pré-judiciária¹⁰⁵ e preventiva. Significa para essa autora:

todo e qualquer auxílio jurídico voltado para o necessitado, principalmente no que diz respeito ao aconselhamento preventivo, procurando eliminar o germe do conflito de interesses que, se não resolvido, chegará aos Tribunais. É, acima de tudo, um serviço jurídico consultivo ao hipossuficiente, com ampla orientação, assegurando a cidadania, a dignidade, o respeito à pessoa humana, bem como garantindo que a desigualdade social não seja fator de opressão. O Estado, ao garantir a assistência jurídica, propõe, acima de tudo, a promoção da proteção social do necessitado.¹⁰⁶

Assistência pré-processual é para Ada Pellegrini Grinover¹⁰⁷ “orientação que o Estado deve propiciar, intervindo como mediador na solução pacífica dos conflitos e assim oferecendo alternativas ao processo”, revelando, portanto, a idéia de amplo acesso à Justiça que pode prescindir, em determinadas hipóteses, do acesso ao Judiciário. Segundo Edson Mendonça Junqueira¹⁰⁸ assistência pré-processual é fundamental eis que pode evitar lides e o surgimento de demandas desnecessárias.

Já a assistência preventiva é aquela que tem o intuito informar a população carente sobre seus direitos bem como a maneira de alcançá-los.¹⁰⁹

Aduz Anselmo Pietro Alvarez que assistência jurídica gratuita não significa apenas “assistência processual” e sim acesso à “ordem jurídica justa” que inclui: “(a) ser informado e informar-se acerca dos seus direitos e a real amplitude dos mesmos; (b) poder utilizar-se de profissional habilitado para patrocinar seus interesses em Juízo ou fora dele; e (c) isentar-se do pagamento de quaisquer ônus processuais ou extraprocessuais na salvaguarda de seus interesses”.¹¹⁰

¹⁰⁴ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 60.

¹⁰⁵ Muito raramente, poderá a assistência judiciária ser prestada na fase pré-processual, “mas sempre com vistas a uma demanda e à pessoa com conflitos de interesses determinado”. WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 87.

¹⁰⁶ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 56.

¹⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência judiciária e acesso à justiça. Op. cit. p. 20.

¹⁰⁸ JUNQUEIRA, Edson Mendonça. Assistência jurídica X assistência judiciária: antagonismo. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, Ano 7, n. 12, p. 43-58, 1.º semestre, 2004. p. 43.

¹⁰⁹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 71.

¹¹⁰ ALVAREZ, Anselmo Prieto. Op. cit. p. 51.

Igualmente oportuno é o entendimento de Robson Flores Pinto¹¹¹. Segundo esse autor a assistência jurídica compreende: ajuda em Juízo; a propositura e acompanhamento de processos administrativos¹¹² perante todas as esferas administrativas, quer da administração pública direta, quer da indireta; os atos notoriais como “lavratura de escrituras públicas, procurações, expedições de certidões”; e demais atos revestidos pelo direito, ainda que praticados extrajudicialmente, como orientação jurídica, informação jurídica, com vistas a salvaguardar direitos daqueles carentes financeiramente ou evitar litigiosidades futuras.

Portanto, a assistência jurídica é mais ampla do que a judiciária. Aquela é gênero, esta espécie; aquela pode se dar extrajudicialmente e esta se dá sempre judicialmente. A assistência jurídica realiza-se onde estiver o direito e não apenas em processos judiciais, por isso não podemos limitá-la a existência de um processo.

Nessa senda, Price Waterhouse¹¹³ entende que “A assistência jurídica é mais abrangente, não se limitando unicamente à defesa em Juízo, mas a todo e qualquer ato do interessado que possa vir a ter consequência jurídica”.

Nas palavras de vanguarda de Kazuo Watanabe¹¹⁴ assistência jurídica é “um instrumento de acesso à “ordem jurídica justa”, e não apenas como defesa técnica processual ou pré-processual”.

Por tudo isso, para Pedro Armando Egydio De Carvalho¹¹⁵ a entidade que presta assistência jurídica deve orientar os hipossuficientes informando-os de seus direitos bem como a maneira de efetivá-los; deve abandonar o protótipo puramente defensivo para auxiliar juridicamente as pessoas necessitadas “antes, durante e além do Juízo” assumindo “uma postura dialógica” entre ela e aquele que orienta. Deve ainda, por se tratar de assistência jurídica integral conforme a Constituição Federal art. 5.º, LXXIV, superar o atendimento individualista, voltada para casos, e contribuir para inserir na sociedade os diversos grupos marginalizados dela

¹¹¹ PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 82.

¹¹² Pela simples razão de ser processo, ainda que extrajudicial, em processo administrativo também tem a parte direito à uma defesa técnica. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: acadêmica, 1994. p. 50.

¹¹³ WATERHOUSE, Price. *A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada*, Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial, São Paulo, 1989, p. 193.

¹¹⁴ WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 89.

¹¹⁵ CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. Defensoria Pública: um novo conceito de assistência Judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, v. 689, p. 302-304, março de 1993. p. 303-304.

A assistência jurídica, pois, não está adstrita a nenhuma fase, pode se dar antes, durante e depois de um processo. Ela pode e deve continuar após o término de um processo para dessa forma garantir a efetividade da decisão nele proferida.

Assim, conforme explanado, a assistência jurídica é prestada independente da existência de um processo judicial. Inclui ainda os serviços de informação sobre direitos à pessoas carentes bem como o procedimento para efetivá-los; orientação jurídica; assistência pré-processual, o que contribui indiscutivelmente para a redução de demandas temerárias e desnecessárias; oferecimento de paliativos ao processo, como auxiliar em transações cíveis e criminais; assistência em processos extrajudiciais, em processos administrativos por exemplo.

Fica fácil perceber que além de beneficiar diretamente o necessitado, a assistência jurídica beneficia indiretamente o Estado e os outros jurisdicionados. Pois, ao fornecer orientações jurídicas e informar às pessoas carentes sobre seus direitos evita-se que ações desnecessárias sejam ajuizadas, desafogado, por isso, a Justiça e contribuindo para sua celeridade e eficácia. Também se Beneficia indiretamente aquele que não recebe assistência jurídica, porque, através de uma eficiente e eficaz prestação jurisdicional ele terá uma solução mais justa e célere para sua demanda.

5 A ASSISTÊNCIA JURÍDICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O direito à assistência jurídica vem esculpido na Constituição Federal de 1988 dentre os “Direitos e Garantias Fundamentais da Pessoa Humana” (título II), sob a assinatura específica dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (capítulo I), previstos no extenso rol do artigo 5º, cujo inciso LXXIV abriga: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A Constituição de 1988 inovou ao substituir a expressão “assistência judiciária”, prevista em algumas das constituições anteriores, por “assistência jurídica”, que, reforçada pelo acréscimo “integral”, significou uma visível ampliação da sua área de atuação.¹¹⁶

A partir dela a assistência no Brasil passou a abranger tudo que é jurídico, vale dizer, a assistência não se esgota mais no âmbito judiciário, deve ser “jurídica”, ou seja, “efetiva-se onde estiver o Direito”¹¹⁷. A assistência jurídica não pode ser rotulada como uma assistência judicial, porque ela vai existir onde estiver o direito.

Como dito, a assistência torna-se “integral”. Até então, a assistência se restringia à defesa em Juízo do cidadão economicamente carente. Ela era apenas judicial e individual, não afetava o grupo das pessoas hipossuficientes como um todo. Com o advento da Constituição Federal de 1988 a assistência passou a ser “integral”.

Assistência “integral” significa para Pedro Armando Egidio De Carvalho¹¹⁸ que a assistência não se limita mais à parte, extravasa o “atendimento casuísta”, individual, unitário, é voltada para todo o grupo e tem como finalidade “coordenar os diversos grupos sociais desintegrados do conjunto por sua marginalização”. Ela Vai atuar na defesa de interesses individuais e, especialmente, de interesses difusos e coletivos.¹¹⁹

Por isso, para o referido autor não apenas os desvalidos economicamente são destinatários da assistência jurídica, mas também os consumidores, os sem-

¹¹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 130.

¹¹⁷ CARVALHO, Pedro Armando Egidio de. Op. cit. p. 303.

¹¹⁸ Idem. Para Silva Cristina Bonifácio Souza, o termo “integral” é apenas um reforço do termo “assistência jurídica”, uma vez que para ser integral a assistência deve abarcar a assistência judicial, pré-judicial, extrajudicial e a preventiva. SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 60

¹¹⁹ BUAZAR, Daisy. Op. cit. p. 115.

terra, os sem-casa, os favelados, os presos, os negros, as prostitutas, os homossexuais, os menores infratores, os menores abandonados, os índios, os idosos, os desempregados, os aposentados, as vítimas, ou seja, todos os grupos desfavorecidos e marginalizados.

Ao agir dessa maneira mais próximo estar-se-ia de realizar os objetivos fundamentais da República do Brasil previsto na Constituição Federal, dentre eles o de: “Erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III da CF).

A assistência jurídica na Constituição de 1988 deve também ser “gratuita”, significa dizer, o seu beneficiário estará dispensado de qualquer encargo pecuniário decorrente da assistência jurídica, quer no âmbito judicial, quer no âmbito extrajudicial.¹²⁰

Ao estabelecer o Constituinte de 1988 que o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita não tinha ele a pretensão de tão-somente escusar o pagamento dos serviços prestados pela Defensoria Pública, nos termos do artigo 134 da CF, porque de nada resolveria uma orientação jurídica gratuita sem a correlata dispensa das despesas processuais.¹²¹

Desse modo, o destinatário da assistência jurídica estará isento do pagamento dos honorários advocatícios do seu patrono ou consultor jurídico e das despesas judiciais e extrajudiciais, sejam elas decorrentes do auxílio jurídico judicial ou do auxílio jurídico extrajudicial.

Aduz Luiz Marlo De Barros Silva¹²² que isenção decorrente da assistência jurídica integral e gratuita abarca qualquer despesa oriunda de qualquer “ato jurídico”, pois todos eles estão abrangidos pelo instituto em tela devendo o Estado suportar com esse ônus.

Os necessitados fazem jus agora à dispensa de pagamentos e à prestação de serviços não apenas na esfera judicial, mas em todo o campo dos atos jurídicos. Incluem-se também na franquia: a instauração e movimentação de processos administrativos, perante quaisquer órgãos públicos, em todos os níveis; os atos notariais e quaisquer outros de

¹²⁰ PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 81.

¹²¹ Acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em Agravo de Instrumento 247978-1, Relator Desembargador Pinheiro Franco *in* SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 63.

¹²² SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 185.

natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos.¹²³

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu artigo 236 *caput* que os serviços notoriais são exercidos por particulares, na qualidade de delegados do Poder Público. Isso, todavia, não implica que tais delegados se eximam da franquia albergada pela assistência jurídica integral gratuita, pois ao delegado cabem as mesmas incumbências que caberiam ao Estado no exercício daquela atividade, sendo a gratuidade uma delas. Isso é válido para registro de nascimento, certidão de óbito, como para quaisquer outros atos notoriais.¹²⁴

Neste diapasão a respeitável decisão proferida no Egrégio Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro: “cabe pedido de alvará para isenção de custas extrajudiciais relativas as escrituras e registro de imóvel, diante da norma fundamental de assistência jurídica integral aos carentes de recursos”.¹²⁵

Assim, para José Carlos Barbosa Moreira¹²⁶ a lei federal que determinar as regras gerais para o estabelecimento dos emolumentos decorrentes dos atos notoriais e de registro (artigo 236, § 2º) deverá atender a gratuidade devida aos carentes de recursos financeiros, sob pena de tornar-se inconstitucional.

Evidente, pois, que a gratuidade prevista pela Constituição Federal de 1988 é muito mais larga que a gratuidade prevista nas constituições anteriores, qual seja, apenas a franquia das despesas processuais e dos honorários do causídico em processo judicial.

Diferente das constituições pretéritas, a Constituição vigente não limitou sua aplicação à lei infraconstitucional. A assistência jurídica na Constituição Federal de 1988 é um direito fundamental de eficácia plena que segundo José Afonso Da

¹²³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 130.

¹²⁴ A Constituição Federal de 1988 prevê no seu art. 5º, LXXVI, a isenção de pagamento de registro civil de nascimento e certidão de óbito para as pessoas “reconhecidamente pobres”. Contudo, para José Carlos Barbosa Moreira essas isenções são meramente exemplificativas, eis que, são apenas dois casos de franquia específica albergados igualmente pela franquia genérica, corolário da assistência jurídica integral e gratuita. *Ibidem*, p. 131.

¹²⁵ Decisão proferida no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - por maioria da 6ª Câmara Civil. Em 30.08.1989 – Ap. 177 – rel. desig. Des. João Carlos Pestana de Aguiar Silva – Elizabete da Silva Batista *in* PINHEIRO, Eduardo Bezerra de Medeiros. Op. cit. p. 101.

¹²⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 131.

Silva¹²⁷, vale dizer, de aplicabilidade imediata, não necessitando de norma reguladora para ser exercido.

Ademais, a assistência jurídica está inserida no rol das cláusulas pétreas (art. 60, §4, IV da CF), portanto o legislador não poderá removê-la da Constituição Federal.¹²⁸

Manuel Gonçalves Ferreira Filho¹²⁹ censurou a localização do direito à assistência jurídica na Constituição de 1988. Assevera que “colocando-se no mesmo artigo, lado a lado, direitos como o da expressão do pensamento e o da assistência judiciária, corre-se o risco de desvalorizar o primeiro supervalorizando-se o segundo”.

Em defesa do direito à assistência jurídica, pois consciente da sua importância, José Carlos Barbosa Moreira¹³⁰ propõe a seguinte reflexão: uma pessoa desvalida financeiramente que tenha o direito à expressão do pensamento lesado e queira defender seu direito, “se não puder contar com a franquia de que estamos cuidando, a que, ficará, na prática, reduzido aquele direito?”.

Na mesma senda que José Carlos Barbosa Moreira, Anselmo Prieto Alvarez aduz que o Constituinte de 1998 andou bem quando inseriu o direito a assistência jurídica no artigo 5º da Carta Magna brasileira. Alega inclusive que a ela é um arrimo do Estado Social Democrático de Direito e continua: “num país onde temos como regra a pobreza de sua população, poderíamos afirmar que a assistência jurídica gratuita, em sua real acepção, é por certo tão importante quanto a liberdade de expressão, vez que do que adiantaria termos assegurada tal liberdade se, caso violada, o lesado, sendo hipossuficiente, nada pudesse fazer para rechaçá-la?”¹³¹.

Segundo Miguel Cid Cebrian¹³² a assistência jurídica é um direito que viabiliza outros direitos, dentre eles o direito de acesso à justiça. Essa é a razão pela qual a assistência jurídica é resguardada legalmente e constitucionalmente, afirma

¹²⁷ SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. Op. cit. p. 101-102.

¹²⁸ RAMOS, Glauco Gumerato. *Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil*. Cadernos de Adenauer, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, n. 3, Acesso à Justiça e cidadania, p. 31-52, maio de 2000. p. 32; VAINER, Bruno Zilberman. Op. cit. p. 219.

¹²⁹ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. I, São Paulo: Saraiva, 1990. p. 85

¹³⁰ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 129.

¹³¹ ALVAREZ, Anselmo Prieto. Op. cit. p. 49.

¹³² Miguel Cid Cebrian apud ALVAREZ, Anselmo Prieto. Op. cit. p. 55.

Anselmo Prieto Alvarez¹³³, pois ela promove o acesso à justiça. Além disso, é um remédio para a “disparidade social e jurídica”¹³⁴.

Com a adoção de tal diploma legal, os representantes do povo pretenderam socializar e humanizar o acesso dos milhões de brasileiros completamente alijados do processo de produção e decisão deste País, a alguma forma de tutela e proteção dos seus direitos mais elementares, dos quais restaram absolutamente despojados pelo abismo de miséria e pobreza que segrega um enorme contingente da nossa gente, da posição relativamente confortável em que se encontram a classe média alta e os ricos no Brasil.¹³⁵

O direito a assistência jurídica é um instrumento de efetivação de outros direitos, pois de nada resolve ser titular de direitos se as pessoas ignoram sua existência ou não tem condições financeiras de exigir o seu cumprimento. Por isso entender a assistência jurídica integral e gratuita como um direito fundamental do cidadão que deve sempre ocupar lugar de destaque em nosso ordenamento jurídico.

Entretanto, infelizmente, em que pese a existência de norma constitucional, a assistência jurídica integral e gratuita no Brasil é apenas uma “solene promessa, cumprida em casos que ainda são muito poucos”¹³⁶. No Brasil, ainda persiste a diferença entre o “país legal e o país real”¹³⁷.

¹³³ *Ibidem*, p. 56.

¹³⁴ JUNQUEIRA, Edson Mendonça. *Op. cit.* p. 43.

¹³⁵ LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Da concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas e aos entes beneficentes. *Revista dos Tribunais*, ano 8, v. 674, p. 63-69, dez. de 1991. p. 68.

¹³⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. ver. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990. p. 394.

¹³⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 60.

6 DESTINATÁRIOS

6.1 NACIONAIS E ESTRANGEIROS

A Lei n.º 1.060/50 em seu art. segundo *caput* dispõe que terá direito à assistência judiciária os nacionais e os estrangeiros residentes no Brasil: Art. 2.º - “Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho”.

Nota-se que o legislador estabeleceu uma condição para que o estrangeiro seja beneficiado pela assistência judiciária, deve ser ele residente no Brasil.

A residência, segundo José Roberto de Castro¹³⁸, não tem caráter definitivo, contudo não pode ser confundida com a estadia demorada de um estrangeiro pelo Brasil. O mais democrático, segundo esse autor, seria se essa condição fosse excluída do texto legal, pois ainda que de passagem o estrangeiro pode ter direito seu violado, necessitando recorrer à jurisdição brasileira.

A “Convenção sobre a Assistência Judiciária Gratuita com a Argentina” rendeu o decreto n.º 62.978/68 que equiparou os nacionais destes dois países, ficando determinado que independente de residirem os brasileiros terão direito a assistência judiciária na Argentina e vice e versa.¹³⁹

Cabe aqui fazer a ressalva de que nos termos do artigo 2.º da Lei n.º 1.060/50 a assistência judiciária será prestada perante a Justiça Penal, Civil, Militar e do Trabalho. Contudo, devido à finalidade notavelmente social da Lei de Assistência Judiciária, qual seja, de garantir a todos o acesso a justiça, não se pode entender este dispositivo como *numerus clausus*¹⁴⁰ e sim exemplificativo.

O direito de acesso à justiça é direito fundamental do homem, não importando a natureza do órgão jurisdicional. Entendimento diverso frustraria o espírito desta lei.¹⁴¹

6.2 NECESSITADO

¹³⁸ CASTRO, José Roberto de. Op. cit. p. 90.

¹³⁹ Idem.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 91.

¹⁴¹ ZANON, Artemio. Op. cit. p. 90-91.

A Lei n.º 1.060/50 em seu artigo 1.º determina que será concedida assistência judiciária aos necessitados e em seu artigo 2.º, parágrafo único, define quem é necessitado para os fins desta lei:

Art. 1.º - 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.

Art. 2.º - (...) Parágrafo único – Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

Note-se que o critério utilizado pelo legislador infraconstitucional para definir o destinatário da assistência judiciária foi tão-somente o econômico.

Ocorre, todavia, que a situação econômica para alguns autores diz respeito tão-somente ao patrimônio, ou seja, a propriedade de bens móveis e imóveis e, a partir dessa exegese, seriam destinatários da assistência judiciária apenas aqueles que não tivessem patrimônio. Caso contrário, deveriam vendê-lo para arcar com as custas e honorários do advogado, se dinheiro não possuísem.¹⁴²

Entretanto, como bem coloca José Roberto de Casto¹⁴³, situação econômica na lei significa situação financeira, ou seja, para que o interessado seja destinatário dos benefícios da assistência judiciária basta ele não ter dinheiro para arcar com as despesas do processo. Por isso, aconselha este autor a substituição da expressão *situação econômica* pela expressão “numerário”.

Acrescenta ainda que é irrelevante para os fins de conceder assistência judiciária se a pessoa tem ou não patrimônio e, caso tenha, para ele é inconcebível que ela deva vendê-lo para arcar com as despesas processuais. “Em verdade, não interessa se há ou não patrimônio; não interessa a classe social do interessado; não interessa sua profissão. Interessa, apenas, se o fato de se ter dinheiro ou não para responder pelo custeio da ação”.¹⁴⁴

Coaduna com esse entendimento José Carlos Barbosa Moreira¹⁴⁵: ser proprietário de bens imóveis por si só não justifica a não concessão do benefício. Assim, num inventário não seria aceitável que os herdeiros desprovidos

¹⁴² CASTRO, José Roberto de. Op. cit. p. 93.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 128.

financeiramente fossem compelidos a vender o bem do espólio para arcar com as despesas processuais. Essa também tem sido a tese da jurisprudência majoritária.

Em contrapartida, Augusto Tavares Rosa Marcacini¹⁴⁶ afirma que se a pessoa tiver um “patrimônio razoável”, do qual não dependa seu sustento, não poderá ser beneficiária da gratuidade processual. Neste caso, ainda que financeiramente não tenha condições de custear as despesas do processo, é coerente que ela venda parte deste patrimônio para arcar com as despesas do processo.

Para Artemio Zanon¹⁴⁷ a expressão *necessitado* abarca a pessoa pobre, carente, miserável, não sendo exigido, contudo, o estado de indigência “última condição a que o ser humano pode chegar sob o aspecto econômico e financeiro”.

Entretanto, não se pode vincular o estado de carência a certas camadas sociais.¹⁴⁸ O requisito para a obtenção do benefício da assistência judiciária é o “prejuízo do sustento próprio ou da família”, caso tivesse o interessado de recolher as custas judiciais e pagar os honorários advocatícios.¹⁴⁹

Para Maurício Vidigal¹⁵⁰ “prejuízo do sustento próprio ou de sua família” significa impedimento para atender suas necessidades vitais básicas e de sua família, arroladas no artigo 7.º, IV, da Constituição Federal como moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte. Se alguma dessas necessidades básicas não vier a ser atendida em razão das despesas processuais, ser-lhe-á de direito assistência judiciária.

Todavia, sobreleva ressaltar que para ser destinatário do benefício o custeio das despesas do processo deve comprometer um padrão mínimo de dignidade¹⁵¹ e não um padrão de vida elevado¹⁵².

É tormentoso estabelecer um conceito de “necessitado”, pois não existe um critério único, rígido e objetivo, cada caso é um caso.¹⁵³

¹⁴⁶ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 88.

¹⁴⁷ ZANON, Artemio. Op. cit. p. 38; CASTRO, José Roberto de. Op. cit. p. 27.

¹⁴⁸ PINHEIRO, Eduardo Bezerra de Medeiros. Op. cit. p. 100.

¹⁴⁹ CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit. p. 58.

¹⁵⁰ VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 13-14.

¹⁵¹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 87.

¹⁵² VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 14.

¹⁵³ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 84, 86; VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 14-15; ZANON, Artemio. Op. cit. p. 42.

Para José Carlos Barbosa Moreira¹⁵⁴ são critérios a serem averiguados: o rendimento e a quantidade de bens em pecúnia disponíveis ou bens facilmente conversíveis em dinheiro que o interessado possui.

A jurisprudência aponta indícios que deverão ser analisados cuidadosamente. Contudo, há de se ressaltar que o deferimento ou não do pedido de justiça gratuita vai estar sempre sujeito à subjetividade do juiz que nem sempre vem escrita nos acórdãos.¹⁵⁵

Diversos são os critérios a serem averiguados conjuntamente, como o rendimento familiar do postulante, o número de dependentes, suas obrigações familiares, a existência de doença na família.¹⁵⁶

No entender de Maurício Vidigal¹⁵⁷, além dos anteriores, são critérios a possibilidade de alienação de bens para custear o processo, a profissão do interessado, a avaliação das despesas com a demanda, bem como a própria natureza da ação ajuizada.

Para Wilson Marques¹⁵⁸ a titularidade de médico, comerciante, advogado, ser proprietário de imóveis faz presumir a possibilidade de arcar com as despesas do processo e honorários advocatícios sem prejuízo do seu sustento ou de sua família.

Todavia, este não é o entendimento de Augusto Tavares Rosa Marcacini¹⁵⁹ e de José Roberto de Castro¹⁶⁰. Para aquele autor a natureza da ação ou o tipo de pedido formulado não são critérios para concessão da gratuidade. Para este, não interessa para a concessão se o interessado tem propriedade, nem sua profissão.

Destarte, com o devido respeito, entende-se que assim como a assistência jurídica integral e gratuita não está vinculada a classes sociais, por isso incorreto dizer assistência jurídica para as pessoas pobres, ela não pode ser negada à determinados profissionais, pois ofende o princípio da isonomia e do acesso à justiça.

¹⁵⁴ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 128.

¹⁵⁵ VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 15.

¹⁵⁶ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 66-67; VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 14;

¹⁵⁷ VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 14.

¹⁵⁸ MARQUES, Wilson. *Assistência jurídica gratuita: ligeiras anotações em torno de algumas questões polêmicas*. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, v. 38, p. 17-23, jan./mar. 1999. p. 17-18.

¹⁵⁹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 86.

¹⁶⁰ CASTRO, José Roberto de. Op. cit. p. 93.

A única presunção de veracidade passível de ser admitida é a da declaração da situação econômica, ou seja, da impossibilidade de arcar com as despesas decorrentes do processo e com os honorários do advogado sem o comprometimento do seu sustento ou de sua família conforme será analisado.

Além dos “carentes de recursos econômicos” existem os “carentes de recursos judiciais”. Perante a Justiça Civil, e para prestação de serviços extrajudiciais, é relevante o conceito de necessitado econômico; perante a Justiça Penal interessa o conceito de necessitado jurídico.¹⁶¹

Adverte Ada Pellegrini Grinover que ao juiz penal é defeso condenar sem que no processo tenha sido efetivamente resguardado o direito ao contraditório, enquanto paridade de armas, e à ampla defesa. É necessário que o Juiz tenha uma defesa tão eficiente quanto a acusação. Por isso, o acusado em processo penal que não tenha constituído advogado para sua defesa, independente da sua fortuna, terá direito a um, pois: “o que existem são acusados que, não dispendo de advogados, ainda que ricos sejam, não poderão ser condenados sem uma defesa efetiva. Surge, assim, mais uma faceta da assistência judiciária, assistência a necessitados, não no sentido econômico, mas no sentido de que o Estado lhes deve as garantias do contraditório e da ampla defesa”.¹⁶²

O Estado, nesse caso, está garantindo o direito de amplo acesso à justiça, pois a indicação de um advogado viabiliza o direito de paridade de armas que se efetiva através de uma defesa e acusação igualmente preparadas, eficazes, qualificadas.¹⁶³

Existem, pois, dois tipos de necessitados que fazem jus à assistência jurídica: o necessitado jurídico e o necessitado econômico.

A ilustre autora apresenta também uma nova categoria de hipossuficientes, a dos “carentes organizacionais” que são:

as pessoas que apresentam uma particular vulnerabilidade em face das relações sócio-jurídicas existentes na sociedade contemporânea. Assim, por exemplo, é o consumidor, no plano das relações de consumo, ou o usuário de serviços públicos; os que se submetem necessariamente a uma série de contratos de adesão, os pequenos investidores do mercado imobiliário, os segurados da previdência social, o titular de pequenos conflitos de interesses que, via de regra, se transforma em um litigante meramente eventual. Todos

¹⁶¹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 84.

¹⁶² GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência judiciária e acesso à justiça. Op. cit. p. 20-21.

¹⁶³ BUAZAR, Daisy. Op. cit. p. 118.

aqueles, enfim, que no intenso quadro de complexas interações sociais hoje reinante, são frágeis do ponto de vista organizacional.¹⁶⁴

Surge, dessa maneira, uma nova classe de hipossuficientes que em razão da sua vulnerabilidade tem direito a assistência jurídica.

A substituição pela Constituição Federal de 1988 da expressão “assistência judiciária” pela “assistência jurídica”, acrescida de “integral” e “gratuita”, implicou a ampliação do instituto (artigo 5.º, LXXIV da CF).

Para acompanhar essa evolução, o destinatário da assistência jurídica deixou de ser o mesmo da assistência judiciária.

“Assistência judiciária não significa apenas assistência processual, e porque, de outro lado, necessitados não são os economicamente pobres, mas todos aqueles que necessitam de tutela jurídica”.¹⁶⁵

Hoje, o conceito *necessitados* está igualmente dilargado, “um novo e abrangente conceito de ‘necessidade’ – para fins de outorga da assistência jurídica integral e gratuita – foi também introduzido pela Constituição de 1988”.¹⁶⁶

Com efeito, o artigo 5.º, inciso LXXIV da Constituição Federal vigente concede “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem a insuficiência de recursos”. Mas a insuficiência de recursos não é a única possibilidade para concessão de assistência jurídica. ela se estende aos necessitados jurídicos.

“Bem se vê, portanto, que a “necessidade” autorizadora do recebimento da assistência jurídica integral e gratuita, restou enormemente ampliada, de modo a não mais circunscrever-se à mera insuficiência de recursos econômicos”.¹⁶⁷

Não apenas os economicamente pobres são necessitados, mas também todos aqueles que precisam de uma tutela jurisdicional distinta porque inaptos de pleitear seus direitos individualmente. Assim, tem-se exemplificativamente o incapaz sem representante legal ou com quem os interesses colidam; o réu revel; o pequeno litigante, especialmente o consumidor que tem o Juizado Especial como órgão

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência Judiciária. Garantia de Acesso à Justiça. *in: Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública*, São Paulo, 1992. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 147-149, 1994. (Série eventos n.º 3) p. 148.

¹⁶⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência judiciária e acesso à justiça. Op. cit. p. 21.

¹⁶⁶ PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 82-83.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 85.

competente para apreciar sua demanda em razão da diminuta complexidade e valor reduzido da causa; os conflitos que envolvam tutela de direitos difusos.¹⁶⁸

6.3 PESSOAS JURÍDICAS

Inicialmente, em razão das expressões *nacionais ou estrangeiros*, *necessitados* e “sem prejuízo do sustento próprio ou da família”, previstas no do artigo 2.º da Lei n.º 1.060/50, os juristas concebiam que apenas as pessoas físicas podiam ser destinatárias da assistência judiciária.

Este é o entendimento, por exemplo, de Carvalho Santos¹⁶⁹, pois para ele as pessoas jurídicas nunca se encaixariam no sentido jurídico da expressão *necessitado*.

Na mesma linha, Arruda Alvim¹⁷⁰ não admite que o benefício da isenção das custas e honorários possa ser alcançado pelas pessoas jurídicas porque para ele não há previsão expressa na Lei n.º 1.060/50 que autorize a concessão.

Maurício Vidigal¹⁷¹ explica que, em princípio, não pode ser alcançada pela pessoa jurídica porque o direito à assistência judiciária viabiliza o acesso à justiça de quem tem seu sustento prejudicado em razão das despesas processuais e “Pessoas jurídicas pela sua própria natureza não têm preocupação com seu sustento”.

Ademais, se a pessoa jurídica tem fins econômicos não é admissível que o Estado isente-a do pagamento das despesas processuais, antes disso deve o Estado garantir os direitos essenciais das pessoas desassistidas. Conquanto, o supracitado autor reconhece que como toda regra ela também admite exceções: “Nas hipóteses de microempresas individuais ou pequenas empresas familiares de prestação de serviços ou mesmo de pequeno porte de comércio ou indústria, a constituição de firma é mero artifício para facilitar o exercício profissional; na verdade, são as pessoas naturais que continuam a exercer suas atividades sob o disfarce da pessoa jurídica”.¹⁷²

¹⁶⁸ ALVAREZ, Anselmo Prieto. Op. cit. p. 51.

¹⁶⁹ Carvalho Santos apud LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Op. cit. p. 66.

¹⁷⁰ ALVIM, José Manoel Arruda. *Código de processo civil comentado*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975. p. 174. Entendimento oposto apresenta Artemio Zanon, pois uma vez que o Poder Legislativo não limitou, possibilitou a extensão dos benefícios da assistência judiciária às pessoas jurídicas de direito privado. Op.cit. p. 42.

¹⁷¹ VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 21.

¹⁷² Idem.

Nessas hipóteses, terão direito ao benefício se as despesas processuais comprometerem o sustento dos titulares da empresa. Procede igualmente a exceção para as sociedades beneficentes porque elas agem em favor das pessoas carentes financeiramente, que nessa qualidade têm direito a assistência judiciária.¹⁷³

Assevera Luis Alberto Thompson Lenz¹⁷⁴ que hoje essa discussão está superada. Com a Constituição Federal de 1988 o direito à assistência judiciária deixou de ser aplicado somente às pessoas físicas, erigindo à categoria de direitos e garantias fundamentais, como direito individual e coletivo, auto-aplicável. Eis que “o constituinte abandonou o individualismo”, restando relativizado perante o interesse coletivo.

Ademais, em seu artigo 5.º, inciso LXXIV, o Constituinte de 1988 não restringiu o direito assistência jurídica integral e gratuita às pessoas físicas, nem o fez em relação ao direito de acesso à justiça (artigo 5.º, XXXV).¹⁷⁵

José Carlos Barbosa Moreira¹⁷⁶ também é favorável à concessão da gratuidade às pessoas jurídicas. Assevera que a Lei n. 1.060/50 não negou expressamente a possibilidade e ainda que pessoa jurídica não tenha família é perfeitamente possível que o dispêndio pecuniário em processo judicial comprometa sua manutenção. Conquanto, nesse caso maior cautela há de existir, incumbindo ao órgão judicial averiguar, ainda que de ofício, a realidade quando houver sinais de abuso.

Nesse sentido, atualmente, já se admite, embora existam opiniões em contrário, que as pessoas jurídicas possam ser destinatárias da assistência jurídica integral e gratuita desde que sua *situação econômica* não seja suficiente para arcar com a proteção de seus interesses em juízo sem que isso implique prejuízo para sua manutenção.

Cynthia Robert e Elida Séguin trataram do tema com maestria: “o empobrecimento da população e o incentivo à criação de pessoas jurídicas substituindo a economia informal mudaram o conceito de miserabilidade jurídica, devendo ser incluídas as pessoas jurídicas na titularidade do direito à assistência”.¹⁷⁷

¹⁷³ Idem.

¹⁷⁴ LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Op. cit. p. 65, 68.

¹⁷⁵ LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Op. cit. p. 65.

¹⁷⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 127-128.

¹⁷⁷ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 69.

Augusto Tavares Rosa Marcacini com muita propriedade defende que as pessoas jurídicas podem ser titulares do direito, pois a concessão nesse caso atende aos princípios informadores da Constituição: “se houver um caso concreto em que a não-concessão da gratuidade implique inevitavelmente lesão aos princípios constitucionais, a gratuidade deve ser concedida, ainda que o conceito legal de necessitado não se coadune com aquele que postula o benefício, pois a definição legal não se superpõe àqueles princípios superiores”.¹⁷⁸

Entretanto, para esse autor somente as pessoas jurídicas que não tenham patrimônio ou, se tiver, as que não tenham fins lucrativos poderão ser beneficiárias. Acrescenta que não existem critérios rígidos para apontar quem são os titulares do benefício. Se o juiz, diante do caso concreto, verificar que se indeferida a gratuidade a pessoa jurídica ficará impossibilitada de se defender ou demandar em juízo, o benefício deverá ser concedido.¹⁷⁹

De acordo com Wilson Marques¹⁸⁰, além das pessoas jurídicas, as “pessoas formais”, como condomínio do edifício de apartamentos, massa falida, herança jacente, dentre outras, podem ser titulares da assistência judiciária gratuita. Contudo, para alcançar o benefício elas deverão, assim como as pessoas jurídicas, comprovar que não têm condições de custear o processo bem como advogado particular sem prejuízo da sua manutenção.

Silvana Cristina Bonifácio Souza¹⁸¹ admite que é possível que toda pessoa jurídica seja titular da assistência jurídica integral e gratuita desde comprove sua *insuficiência de recursos*. Todavia, se a pessoa jurídica for uma entidade filantrópica sem fins lucrativos a jurisprudência tem aceitado a mera declaração de pobreza, entendendo esta presumível verdadeira até prova em contrário.

Existem na jurisprudência três correntes a cerca da possibilidade ou não de concessão de assistência judiciária às pessoas jurídicas.

A primeira delas defende a concessão do benefício a qualquer pessoa jurídica, isso se comprovada a sua impossibilidade de custear o processo. A

¹⁷⁸ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 89.

¹⁷⁹ ibdem, p. 89-90. Esta é também a opinião de Luis Alberto Thompson Flores Lenz que afirma que somente as entidades pias e beneficentes podem ser destinatárias da assistência jurídica integral e gratuita. Contudo, ressalta este autor que se a pessoa jurídica com fins lucrativos estiver com graves problemas financeiros o juiz poderá deferir o benefício. Op. cit. p. 68-69.

¹⁸⁰ MARQUES, Wilson. Op. cit. p. 22.

¹⁸¹ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 73.

justificativa, dentre outras, é que o direito de acesso á justiça é amplo, sendo dele titular pessoas físicas e jurídicas.¹⁸²

Esta é a linha de entendimento dos Tribunais, em especial do STJ. Afinal, a Constituição Federal não proibiu a concessão deste direito às pessoas jurídicas.¹⁸³

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça pacificou a matéria, proclamando que o acesso ao Judiciário é amplo, voltado também para as pessoas jurídicas. Tem como pressuposto a carência econômica, de modo a impedi-los de arcar com as custas e despesas processuais. Esse acesso deve ser recepcionado com liberalidade. Caso contrário, não será possível o próprio acesso, constitucionalmente garantido. O benefício não é restrito às entidades pia, ou sem interesse de lucro. O que contra é a situação econômico-financeira no momento de postular em juízo – como autora ou ré. A lei não distingue entre os necessitados.¹⁸⁴

Para a segunda corrente a assistência judiciária só pode ser deferida às sociedades assistenciais ou à microempresas porque a microempresa se confunde na pessoa do empresário, pessoa física, e “A precariedade de recursos da microempresa significa a mesma precariedade econômica de seu titular”. Também as sociedades assistências porque elas atendem pessoas que provavelmente não teriam condições de custear as despesas processuais sem prejuízo do sustento próprio ou de sua família.¹⁸⁵

A exceção se aplica às sociedades beneficentes porque elas contribuem para defesa dos interesses dos cidadãos necessitados e ao permitir que elas sejam destinatárias da assistência judiciária gratuita estar-se-á contribuindo para que milhões de pessoas com poucos recursos tenham acesso à justiça.¹⁸⁶

Por fim, uma terceira corrente que repudia a concessão do benefício a qualquer pessoa jurídica, sem exceções. Argumenta com base na expressão *sustento* que implica fornecimento de alimento, vestuário, saúde, educação... que são “necessidades básicas da pessoa humana”.¹⁸⁷

Para findar as discussões na jurisprudência Augusto Tavares Rosa Marcacini e Walter Piva Rodrigues propuseram uma alteração pontual da Lei de Assistência Judiciária que se acatada sua redação passaria se a seguinte:

¹⁸² In VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 19.

¹⁸³ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 73.

¹⁸⁴ COAD. *Justiça gratuita e pessoa jurídica*. Adv – boletim informativo. Rio de Janeiro, v. 18, n. 23, p. 339, jun. 1998.

¹⁸⁵ VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 20-21.

¹⁸⁶ LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Op. cit. p. 24.

¹⁸⁷ VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 22.

Art. 4.º Considera-se necessitado, para fins de concessão de assistência jurídica e gratuita, nos termos da lei:

...

II- a pessoa jurídica sem fins lucrativos, de natureza assistencial e filantrópica, prestadora de serviços à comunidade em geral, que não tenha condições financeiras de arcar com as custas decorrentes do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo de sua atividade.¹⁸⁸

A concessão da assistência jurídica integral e gratuita atende um princípio maior, qual seja, o de acesso à justiça do qual são titulares tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas, sem qualquer distinção.

O direito de acesso à justiça um direito fundamental que é também viabilizado pela assistência jurídica integral e gratuita, que igualmente é um direito fundamental. Portanto, indistintamente todos aqueles que não têm condições de arcar com as despesas de um processo ou pagar pelos honorários de um advogado fazem *jus* a ela. Qualquer restrição estaria limitando direito fundamental e por isso deve ser considerada ineficaz.

Em outras palavras, tanto as pessoas físicas e as jurídicas têm direito à assistência jurídica, independente se a pessoa jurídica tiver ou não fins lucrativos, o único requisito é a carência econômica.

¹⁸⁸ RODRIGUES, Walter Piva. Assistência jurídica aos necessitados e as ações judiciais coletivas. Cadernos de Adenauer, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, n. 3, Acesso à Justiça e cidadania, p. 53-59, maio de 2000. p. 58-59.

7 DA CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 4.º DA LEI N.º 1.060/50 E DA CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JURÍDICA E DA JUSTIÇA GRATUITA

Nos termos do artigo 4º da Lei n.º 1.060/50 e seu §1º, para a concessão dos benefícios da assistência judiciária basta o interessado afirmar na petição inicial que não tem condições financeiras de arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família, possuindo esta declaração presunção relativa¹⁸⁹ de veracidade. Assim dispõe o artigo supra mencionado:

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 do sustento próprio ou de sua família.
§ 1.º - Presume-se pobre até, prove em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais;

Por outro lado, o inciso LXXIV do artigo 5.º da Constituição Federal prevê: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Enquanto a lei infraconstitucional fala em “simples afirmação”, a Carta Magna reza que a assistência jurídica gratuita será concedida àqueles que “comprovarem insuficiência de recursos”.

Em razão disso, alguns juízes entenderam que o artigo 4º supramencionado foi revogado pela Constituição Federal e defendem a necessidade de comprovação do estado de necessidade, afastando, portanto, a presunção *juris tantum* da simples declaração.¹⁹⁰

Nesse sentido é a doutrina de Artemio Zanon¹⁹¹. Para esse autor com o advento da Constituição Federal a Lei n.º 7.510/86, que deu nova redação ao artigo 4º da Lei n.º 1.060/50e ao seu § 1º, ficou sem efeito, pois o estado de pobreza não mais pode ser presumido, porque o interessado terá de comprovar sua insuficiência de recursos perante o Estado-Administração e o Estado-juiz para que possa ser concedida assistência jurídica integral e gratuita.

¹⁸⁹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 127.

¹⁹⁰ VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 36.

¹⁹¹ ZANON, Artemio. Op. cit. p. 30.

Todavia, não coaduna com esse entendimento o Ministro Carlos Velloso do Supremo Tribunal Federal:

Constitucional. Acesso à Justiça. Assistência Judiciária. Lei 1.060, de 1950. C.F., art. 5.º, LXXIV. I. – A garantia do art. 5.º, LXXIV – assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos – não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta a declaração, feita pelo próprio interessado, de que a sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à Justiça. (STF, RE 205746, v. u. , j. 26.11.1997, rel Min. Carlos Velloso).¹⁹²

Sustenta Hélio Márcio Campo¹⁹³ que o artigo 4º da Lei n.º 1.060/50 e o artigo 5º, LXXIV da Constituição Federal não se chocam, pelo contrário, se complementam, porque a comprovação de insuficiência de meios econômicos deve ser exigida quando se pretende a assistência jurídica gratuita.

Augusto Tavares Rosa Marcacini¹⁹⁴ argumenta que este conflito de idéias é um dos problemas oriundos do emprego equivocado das expressões assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita. O artigo 5.º, LXXIV da CF dispõe sobre a assistência jurídica integral e gratuita, direito muito mais abrangente que a gratuidade processual prevista no mencionado artigo 4º.

Nessa esteira, Moreira Alves, Ministro do Supremo Tribunal Federal: “desde que o interessado comprove a insuficiência de recursos, mas isso não impede que ele, por lei, e visando facilitar o amplo acesso ao Poder Judiciário, que é também direito fundamental (art. 5.º, XXXV, da C.F.), conceda assistência judiciária gratuita – que, aliás, é menos ampla do que a assistência jurídica integral – mediante a presunção *juris tantum* de pobreza decorrente da afirmação da parte”.¹⁹⁵

Ademais, segundo o Professor José Carlos Barbosa Moreira¹⁹⁶, não há nenhum indicativo de que a Constituição Federal, imbuída de preocupação com o social, tenha almejado o retrocesso nessa matéria e exigir a comprovação da situação econômica para a obtenção de justiça gratuita que com o passar dos anos teve seu pedido simplificado por lei.

¹⁹² In SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 76.

¹⁹³ CAMPO, Hélio Márcio. Op. cit. p. 65.

¹⁹⁴ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 34.

¹⁹⁵ In VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 37.

¹⁹⁶ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. op. cit. p. 126-127.

De qualquer sorte, para o referido autor, ainda que a lei infraconstitucional oferecesse um *plus* aos necessitados, qual seja, a exigência de mera declaração dispensando a sua comprovação, não seria por isso que ela se tornaria inconstitucional.¹⁹⁷

“Ante a paulatina simplificação do pedido, que se verificou ao longo dos anos, não se pode interpretar a regra constitucional como um retorno ao sistema anterior, mormente quando se trata de uma Carta que procurou valorizar os direitos sociais e individuais da população”.¹⁹⁸

Aduz Wilson Marques¹⁹⁹ que é inadmissível a tese de que após a Constituição Federal de 1988 é insuficiente a mera afirmação de hipossuficiência para se ter direito à assistência judiciária gratuita, sendo necessário comprovar insuficiência de recursos.

Conforme Maurício Vidigal²⁰⁰ ainda que a Constituição Federal exigisse prova de necessidade para a concessão da justiça gratuita, a mera declaração de pobreza bastaria, pois, a presunção dela decorrente faz prova: “presunções são provas indiretas, fazem que de um fato conhecido se julgue provado outro fato desconhecido”.

A “comprovação de insuficiência de recursos”, assevera Augusto Tavares Rosa Marcacini²⁰¹ é exigida quando o interessado procurar assistência jurídica e deve ser feita perante a entidade prestadora do serviço, não cabendo ao Juiz indeferir a assistência jurídica, ainda que possa exigir que o órgão prestador da assistência judiciária indique algum advogado para auxiliar pessoa carente em processo judicial.

A concessão ou não da prestação de assistência jurídica é decisão que compete ao órgão prestador do serviço, não sendo isto que se coloca ao juiz, no processo. O juiz, embora possa determinar ao órgão prestador, ou a algum advogado, que atenda o carente, o faz com autoridade judicial que é, e não em decorrência de uma atividade jurisdicional desenvolvida no processo. A decisão de caráter processual que se coloca diante do Juiz, está relacionada com a concessão, ou não, da justiça gratuita... Mesmo porque não pode o juiz proibir os órgãos prestadores de assistência jurídica de atender a parte... A concessão

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 131.

¹⁹⁸ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Op. cit.* p. 99.

¹⁹⁹ MARQUES, Wilson. *Op. cit.* p. 17.

²⁰⁰ VIDIGAL, Maurício. *Op. cit.* p. 37.

²⁰¹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Op. cit.* p. 34-35. Para Augusto Tavares Rosa Marcacini é indispensável a realização da triagem socioeconômica sobre a vida daquele que pretende ser titular da assistência jurídica. Mas, não há necessidade de ser tão exigente quanto a comprovação de seu *status*, sob a pena de tornar inatingível a prestação da assistência jurídica. *Op. cit.* p. 92-93.

do serviço de Assistência Jurídica pelo órgão prestador é ato de natureza administrativa, e não jurisdicional. Está, entretanto, sujeita ao controle jurisdicional, como os demais atos administrativos (o que poderia ocorrer, por exemplo, ante a injustificada recusa do Estado em prestar a assistência ao carente de recursos).²⁰²

Assim, quando o interessado pretender tão-somente justiça gratuita será aplicada a regra do artigo 4.º e seus §§ 1.º e 2.º, ainda em vigor, bastando a “simples afirmação” da parte para requerê-la na petição inicial, sendo desnecessária qualquer comprovação. Caberá ao Juiz, portanto, nessa hipótese, apenas conceder ou não justiça gratuita, tendo sua decisão caráter processual.

Segundo Hélio Márcio Campo²⁰³ o artigo 4.º da Lei n. 1.060/50 estabelece uma “relação jurídica de direito processual” de “jurisdição voluntária” quando já comprovada a hipossuficiência financeira perante o órgão prestador de assistência jurídica.

A assistência jurídica e a justiça gratuita são direitos distintos. Aquela é requerido ao órgão prestador de assistência judiciária exigindo para a sua concessão a comprovação da insuficiência de recursos conforme o comando constitucional vigente; esse é requerido perante o juiz da causa, bastando a simples declaração da situação econômica a qual se reveste de presunção relativa de veracidade.

Não é razoável exigir a comprovação de recursos para obtenção da justiça gratuita, pois dessa maneira estar-se-ia obstando o princípio do acesso a justiça. Além disso, ante a gradativa simplificação do seu pedido ao longo dos anos não há sentido defender que a Constituição Federal vigente, preocupada com o social, tenha provocado um retrocesso na matéria.

²⁰² *Ibidem*, p. 93-94.

²⁰³ CAMPO, Hélio Márcio. *Op. cit.* p. 66.

8 ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL E GRATUITA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Nos idos dos séculos XVIII e XIX, o não existia uma preocupação em proporcionar aos desvalidos de recursos acesso à justiça nas mesmas condições que aos demais integrantes da sociedade.²⁰⁴

Nessa época, imperava o pensamento liberal individualista e a justiça só era alcançada por aqueles que pudessem arcar com as despesas dela decorrentes. Era proclamado tão-somente o acesso formal à justiça daí porque ironicamente dizer que “a justiça está aberta a todos, como o Hotel Ritz”. Entretanto, essa concepção individualista foi sendo abrandada na medida em que foram surgindo os direitos sociais.²⁰⁵

Com surgimento desses direitos uma nova postura passou a ser exigida do Estado que até então tinha uma posição neutra voltada a preservação do liberalismo individual. Com o surgimento desses direitos passou-se a exigir do Estado uma postura ativa exteriorizada “num *facere*, num *dare* e num *prestare*”. Também, com o paulatino reconhecimento dos direitos sociais, o direito de acesso à justiça foi evoluindo e adquirindo novos contornos.

O direito de acesso à justiça deixou de ser um individual para ser um direito social.²⁰⁶ De simples direito de ação passou a ser direito a uma “ordem jurídica justa”.²⁰⁷ De direito formal evoluiu a direito substancial.²⁰⁸

Com a passagem para o Estado Liberal para o Estado Social iniciou-se uma nova era do direito de acesso à justiça. Com advento desses novos direitos, os ditos sociais, o acesso à justiça passou a ser idealizado na sua vertente material e não apenas formal.

Hodiernamente, o direito de acesso à justiça supera o mero acesso aos órgãos do Poder Judiciário, significa para Kazuo Watanabe acesso à “ordem jurídica justa”. De forma memorável concluiu o referido autor que:

²⁰⁴ PINTO, Robson Flores. Op. cit. p. 26.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 26-27.

²⁰⁶ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 48.

²⁰⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. O Poder Judiciário e a Administração dos Conflitos Sociais. In: *Encontro Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, 1992. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 152-157, 1994. (Série eventos n.º 4). p. 153-154.

²⁰⁸ BUAZAR, Daisy. Op. cit. p. 114.

o direito de acesso à justiça é, fundamentalmente, direito de acesso à ordem jurídica justa; são dados elementares desse direito: 1) o direito à informação e perfeito conhecimento do direito substancial e à organização de pesquisa permanente a cargo de especialistas e orientada à aferição constante da adequação entre a ordem jurídica e a realidade socioeconômica do país; 2) direito de acesso à justiça adequadamente organizada e formada por juízes inseridos na realidade social e comprometidos com o objetivo de realização da ordem jurídica justa; 3) direito à preordenação dos instrumentos capazes de promover a efetiva tutela de direitos; 4) direito à remoção de todos os obstáculos que se antepõem ao acesso efetivo à Justiça com tais características.²⁰⁹

Nesse sentido, para que haja acesso à justiça, enquanto ordem jurídica justa, preliminarmente, é necessário que haja um serviço de orientação e informação que permita que o cidadão tenha um conhecimento pleno do direito que integra o ordenamento jurídico. Além disso, é forçoso um estudo crítico das normas que integram esse ordenamento analisando a compatibilidade delas com a realidade econômica e social do país.

Cynthia Robert e Elida Séguin²¹⁰ entendem que o acesso à justiça mais do que acesso ao Judiciário, significa, acesso ao Direito, encontrando-se nesse contexto a Defensoria Pública como órgão incumbido de sua realização.

Para Mauro Cappelletti²¹¹ o acesso à “ordem jurídica justa” implica ainda que o direito e suas instituições sejam pensados para atender, especialmente, o consumidor da justiça e não o Estado.

Por outro lado, quando já existente um processo judicial, o acesso à justiça deve significar acesso a uma justiça imparcial, a uma justiça igual; acesso a um processo justo, com paridade de armas²¹², com amplo contraditório e ampla defesa em que o juiz visará uma solução justa²¹³ e compatível com a realidade social^{214 215}.

Assim, o acesso à justiça não se esgota com o ingresso em juízo, proclama, além disso, a observância do devido processo legal, bem como do amplo contraditório que venha garantir que as partes influenciem ativamente na formação

²⁰⁹ Kazuo Watanabe em palestra proferida no *Encontro Participação e Processo* realizado em São Paulo, 29.06.1987 a 01.07.1987 apud MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 20-21.

²¹⁰ Cynthia Robert e Elida Séguin apud SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 46.

²¹¹ Mauro Cappelletti apud WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 89.

²¹² Paridade de armas significa igualdade no processo, “consiste na atribuição às partes de iguais faculdades, direitos, obrigações e deveres, ou seja, iguais condições e oportunidades para sustentarem suas razões em juízo”. BUAZAR, Daisy. Op. cit. p. 118.

²¹³ CINTRA, Antonio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 9.ª ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1992. p. 36.

²¹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública*. Op. cit. p. 147.

²¹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Assistência judiciária e acesso à justiça*. Op. cit. p. 19.

da convicção do juiz que por sua vez deverá dialogar com as partes e prover uma solução justa para a lide.

José Cichocki Neto²¹⁶ trabalha com a perspectiva de que o acesso à justiça percorre uma trajetória que tem início com o ingresso do indivíduo em juízo, perpassa pelo processo, o qual deve salvaguardar os direitos individuais, e se finda com o provimento jurisdicional justo.

Entretanto, entendemos que essa trajetória tem início com o serviço de orientação e informação sobre direitos como bem afirmou o inolvidável Kazuo Watanabe. O acesso efetivo à justiça antecede o ingresso ao judiciário e não finda com ele. Exige ainda uma justiça aparelhada composta por juízes preocupados com a justiça social.

Destarte, para que o acesso à justiça signifique acesso à “ordem jurídica justa”, é necessário ainda que seus obstáculos sejam superados, especialmente o econômico, que dificulta, quando não impede, que os desafortunados desfrutem desse direito fundamental. Só assim o acesso à justiça efetivamente garantirá os direitos daqueles despossuídos de recursos econômicos.

A garantia deve ser entendida de forma mais ampla, e não como mera afirmação formal de que o Judiciário se encontra de portas abertas, à espera dos litigantes, negando a admitir que obstáculos vários existem no caminho. Se a ação não é exercida, não por ato de vontade, mas por impossibilidade material de fazê-lo, de nada adianta a garantia formal de que o Judiciário está de “portas abertas”. Para assegurar plenamente o exercício do direito de ação, tais obstáculos devem ser removidos.²¹⁷

Mauro Cappelletti²¹⁸ aponta diversos fatores que inibem o amplo acesso à justiça dentre eles está a falta de recursos e a falta de informação.

A lei garante a todos o acesso à justiça, contudo, faticamente, nem todos possuem recursos financeiros suficientes para arcar com os honorários de um advogado e com as despesas processuais, ou, até mesmo, promover uma defesa adequada e essa falta de recursos inibe o efetivo acesso à justiça.

Para muitos cidadãos reclamar direitos é uma prerrogativa de quem tem condições de arcar com as despesas de um processo.²¹⁹

²¹⁶ José Cichocki Neto apud SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 46.

²¹⁷ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 14.

²¹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988. p. 15-29.

²¹⁹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 22.

Por isso, para que o acesso à justiça se materialize é necessário que o ordenamento jurídico garanta às pessoas carentes acesso gratuito à justiça. Além disso, deve também oferecer às pessoas carentes, que não tem condições de pagar advogado, um profissional que patrocine gratuitamente suas causas

Somado a isso, normalmente a falta de recursos vem seguida da falta de informação, também indispensável para o efetivo acesso à justiça²²⁰.

As pessoas ignoram seus direitos mais fundamentais e quando conhecem não sabem qual instrumento processual que pode ser utilizado para salvaguardá-los.

Segundo Kazuo Watanabe²²¹ Essa falta de informação é produto da “desigualdade sócio-econômico-cultural” e tende a piorar, pois a cada dia as legislações se tornam mais complexas, “legislações que até mesmo os profissionais do Direito têm dificuldade em compreender”. A realidade demonstra que muitas pessoas não entendem o significado das normas jurídicas que lhes são afetas e outras desconhecem a sua própria existência.

Muitas vezes, diz ele, um comportamento lesivo não é sequer identificado como tal pela vítima. O lesado pode nem mesmo se dar conta da lesão a direito seu, ou ainda, percebendo a lesão, não é capaz de identificar o seu causador. Finalmente, há situações em que a vítima reconhece o dano e seu responsável, mas nunca supõe ser possível reagir provocando a atuação jurisdicional do Estado. Daí a relevância do envolvimento comunitário e do trabalho de conscientização dos operadores do direito em especial das defensorias públicas.²²²

Tais obstáculos, ausência de recursos financeiros e ausência de informação, são contornados pela assistência jurídica uma vez que, conforme visto, ela presta, de forma integral e gratuita, assistência jurídica judicial, extra-judicial, pré-processual, conscientiza a população sobre direitos, fornece orientação e consultoria jurídica, assegurando, dessa forma, que seus destinatários tenham um efetivo acesso à justiça.

Aduz Luiz Guilherme Marinoni²²³ que “a democratização da justiça, na verdade, deve passar pela democratização do ensino e da cultura, e mesmo pela

²²⁰ RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit. p. 37.

²²¹ WATANABE, Kazuo. Op. cit. p. 88.

²²² Boaventura de Souza Santos apud MELHADO, Reginaldo. Direitos humanos e acesso à Justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 97-108, 1976. p. 106.

²²³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2.ª ed. ver. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 46-47.

democratização da própria linguagem, como instrumento de intercâmbio de idéias e informações”.

É nesta senda que se faz proeminente o provimento de assistência jurídica integral e gratuita pelo Estado que deverá compreender não apenas a isenção de despesas processuais e a indicação de um causídico, mas também a atividade de informação, orientação, consultorias jurídicas.

Deve ser prestada pelo Estado porque a partir do século XX o ele assumiu uma nova postura, já não mais se contenta em ser um mero espectador, ele é agora um garantidor de direitos sociais²²⁴.

O Estado deve, portanto, auspiciar a todos igual acesso a justiça enquanto ordem jurídica justa e é nesse sentido que se encaixa a assistência jurídica. O Estado deve prestar assistência jurídica e dessa forma assegurar a pessoa carente e não carente um igual acesso a uma ordem jurídica justa.

Portanto, a assistência jurídica garante um efetivo e “igual acesso à justiça”²²⁵, por isso ela é reconhecida como é “instrumento de igual e efetivo acesso à justiça”²²⁶.

A assistência jurídica integral e gratuita para Bruno Zilberman Vainer²²⁷ torna eficaz o direito de acesso à justiça que para Mauro Cappelletti²²⁸ é o mais relevantes dos direitos porque os outros dependem dele para sua concretização. A “titularidade de direitos é destituída de sentido, na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação”.

Em demasiadas vezes outros direitos só podem ser efetivados pelo acesso à justiça.²²⁹ O acesso à justiça é “o mais básico dos direitos humanos”.²³⁰

²²⁴ Os direitos sociais já estavam insertos nas Constituições desde o início desse século, quais sejam Constituição mexicana (1917) e de Weimar (1919).

²²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. Assistência judiciária e acesso à justiça. Op. cit. p. 19.

²²⁶ BUAZAR, Daisy. Op. cit. p. 114.

²²⁷ VAINER, Bruno Zilberman. Op. cit. p. 220.

²²⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 11-12.

²²⁹ MELHADO, Reginaldo. Op. cit. p. 107.

²³⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit. p. 12.

9 QUEM DEVE PRESTAR ASSISTÊNCIA JURÍDICA

Diverso da gratuidade processual que exige do Estado apenas uma postura passiva, qual seja, a de deixar de exigir a arrecadação das despesas processuais; a assistência jurídica integral e gratuita clama por atitude intervencionista do Estado através de uma adequada estruturação que viabilize o exercício da assistência jurídica.

Três são os sistemas possíveis de se prestar assistência jurídica: 1) por advogados privados; 2) por advogados funcionários do Estado; 3) conjuntamente por advogados particulares e por advogados funcionários do Estado.

O primeiro sistema, dominado *Sistema Judicare, Judicare System*, ou, também, *Service Model*, permite que a parte escolha um advogado de sua confiança o qual será remunerado pelo Estado por um fundo criado pela lei de assistência judiciária. Adotam esse sistema, dentre outros, a Áustria, Holanda, França e Alemanha.²³¹

Contudo esse sistema apresenta algumas fraquezas tais como a timidez que inibe que as pessoas carentes procurem os escritórios de advocacia. Além disso, o auxílio jurídico é casuísta, não é integral, ou seja, não surte efeitos para os desafortunados como um todo, para a classe. Também, o auxílio não inclui o serviço de informação à classe hipossuficiente sobre seus direitos nem o de reforma do ordenamento jurídico.²³²

O segundo sistema é conhecido por Sistema de defesa oficial, ou *Modelo Estratégico de Serviço Social* ou de *advogado remunerado pelos cofres públicos (Staff Model)*. É mais amplo porque além de prestar assistência judiciária cumpre sua função social é a de informar as pessoas pobres os seus direitos. Tem como finalidade “formar cidadãos”. Nele a remuneração dos advogados vem do erário público e o serviço localiza-se onde os pobres residem, facilitando a sua utilização. Adotado pelos Estados Unidos da América.²³³

Esse sistema é interessante porque está apto a atender os interesses da classe como um todo e a efetuar reformas legislativas. Entretanto, o exercício da atividade é restrito ao órgão oficial ou ao profissional indicado o que é preocupante,

²³¹ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 86.

²³² MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 62-63.

²³³ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 86-87.

pois ele pode não ser suficiente para ajudar juridicamente a todos àqueles que dele necessitem. Acrescente-se que esse sistema “tende a tornar-se paternalista, tratando o pobre como incapaz”.²³⁴

O terceiro sistema reúne os anteriores, denomina-se sistema combinado ou misto porque o serviço de assistência judiciária pode ser prestado por advogado particular ou por um defensor público. Abraçam esse sistema a Suécia, Canadá, Austrália e alguns Estados Americanos, com algumas distinções entre eles.²³⁵ É o sistema mais satisfatório.²³⁶

No Brasil incumbe ao Estado prestar a assistência jurídica integral e gratuita. Dessa forma, a assistência jurídica integral e gratuita não é um *munus honorificum* e sim um dever do Estado.²³⁷

Dispõe a magnânima Carta Constitucional vigente em seu artigo 5.º, inciso LXXIV que: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Destarte, a primeira vista o Brasil se insere dentre os países que adotam o sistema de defesa oficial, isso porque é dever do Estado prestar assistência jurídica mediante uma defensoria pública organizada (art. 134 da CF) cujo quadro funcional é composto por advogados devidamente habilitados aprovados em concurso público de provas e títulos, servidores públicos, portanto.

Todavia, boa parte da doutrina defende que a assistência judiciária no Brasil também pode ser prestada por advogados particulares, conforme será visto, e deste modo estaria mais próximo dos países que adotam um sistema combinado.

9.1 DEFENSORIA PÚBLICA

A Constituição Federal 1988 indicou quem deve prestar assistência jurídica integral e gratuita. Nos termos do artigo 134 da Magna Carta essa função coube à Defensoria Pública.

²³⁴ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 63.

²³⁵ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 87.

²³⁶ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 63.

²³⁷ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 25.

Nesse sentido Celso Ribeiro Bastos²³⁸ que a atual Lei Maior não se conteve apenas a impor o dever de prestação de assistência jurídica, mas também determinou a quem incumbe tal função.

Conforme a inteligência do artigo 134 *caput* da Constituição Federal o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita através da Defensoria Pública: “A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do artigo 5º, LXXIV”.

Nos termos do art. 134, § 1º da Constituição Federal a Defensoria Pública da União, dos Territórios e do Distrito Federal será organizada por lei complementar que também norteará a organização das Defensorias Públicas dos Estados.

Art. 134 - § 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Trata-se da lei complementar n.º 80, de 12.01.1994, e suas alterações provenientes da Lei Complementar de n.º 98/99. Dispõe ela sobre a carreira do Defensor Público bem como seus impedimentos, direitos e deveres. Além disso, organiza a Defensoria Pública da União²³⁹, do Distrito Federal²⁴⁰ e dos Territórios, conforme o comando constitucional (art. 134, § 1º).

Em seu art. 3º, assegura como princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a autonomia funcional.

Unidade e indivisibilidade vêm a ser a possibilidade dos defensores públicos, nos termos da lei, fazerem-se substituir um pelos outros sem danos à Instituição ou ao processo porque fazem parte de um todo exercendo sua profissão com os mesmos fundamentos e os mesmos objetivos.²⁴¹

²³⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 376-377.

²³⁹ A Defensoria Pública da União prestará assistência jurídica nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, atuando em todas as instâncias nas matérias de competência da Justiça Federal, do Trabalho, Eleitoral, Militar e, inclusive, nas instâncias administrativas da União (art. 14 da Lei complementar n.º 80/94). Por outro lado, a Defensoria Pública Estadual exerce sua atividade perante a Justiça e serventias extrajudiciais locais, nos termos das leis de organização judiciária local.

²⁴⁰ As Defensorias Públicas do Distrito Federal e dos Territórios, muito embora, sejam organizadas e mantidas pela União, são independentes e autônomas da Defensoria Pública da União. SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 117.

²⁴¹ MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo: RT, 1995. p. 22.

A Defensoria Pública cumpre um papel extremamente relevante na sociedade porque auxilia as pessoas carentes a alcançarem seus direitos fundamentais, promovendo a aproximação das pessoas necessitadas com o Poder Público²⁴² e assegurando aos cidadãos igual acesso à justiça. Nos termos da Constituição Federal ela é “instituição essencial à função jurisdicional do Estado” (art. 134 da CF).

Em razão da sua importância, a Defensoria Pública deve ser um órgão autônomo e independente. Pois, essa independência assegurará uma assistência jurídica neutra aos interesses políticos e inclinada apenas aos interesses das classes marginalizadas.²⁴³

As defensorias não podem ser neutras, e não o sendo elas necessariamente poderão contrariar interesses de poderosos. O defensor público é assim um advogado pago pelo Estado que muitas vezes demanda contra o próprio Estado ou seus agentes políticos. Por tudo isso, a defensoria pública deve ser dotada de autonomia funcional e administrativa, assim como devem ser asseguradas aos defensores públicos garantias legais e independência funcional no exercício de sua atividade.²⁴⁴

Assim, ainda que seja um órgão do Poder Executivo, a Defensoria Pública não deve estar subordinada a ele, sendo capaz de exercer sua função sem qualquer interferência política. Para tanto, urge que ela tenha autonomia funcional²⁴⁵, financeira e administrativa.

Por autonomia funcional entende-se liberdade no desempenho de sua função, determinando, por si mesma, suas atribuições e sua competência e construindo, sem influência política, sua própria convicção. Por autonomia administrativa tem-se a liberdade de gerenciamento de seu serviço e do seu quadro de pessoal. E, finalmente, autonomia financeira significa capacidade de gerir seus recursos bem como a existência de um orçamento próprio, que, no caso da Defensoria, significa um orçamento independente do orçamento do Poder Executivo.²⁴⁶

²⁴² CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. Op. cit. p. 303.

²⁴³ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 114.

²⁴⁴ MELHADO, Reginaldo. Op. cit. p. 106.

²⁴⁵ “A carreira da Defensoria Pública seja equiparada às carreiras da Magistratura e do Ministério Público, tanto nas vantagens e garantias como nos impedimentos, e seja organizada de modo que os cargos correspondam às sedes do Poder Judiciário, pois isto representa uma garantia de que o serviço seja prestado com efetividade, autonomia, e que o beneficiário tenha atendimento digno na defesa exclusiva de seus interesses”. MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 67.

²⁴⁶ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 87, 115.

É nesse sentido, pois, a inteligência do art. 134, § 2º da Lei Maior: “Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º”.

Além de independência financeira, funcional e administrativa, a Defensoria Pública deve contar com uma estrutura capaz de assegurar aos seus destinatários a tarefa constitucional que lhe foi entregue.

A falta de estrutura é um óbice à concretização do acesso a justiça enquanto paridade de armas, uma vez que impossibilita que o assistido “atue no processo em condições paritárias com a parte adversa”.²⁴⁷

Deste modo, é óbvio que o defensor do cidadão sem recursos haverá de ser tão altamente preparado quanto aos melhores advogados privados. Ou, quando for o caso, quanto aos promotores de Justiça que acusam e postulam em nome da sociedade, ou ainda, quanto aos procuradores do Estado e os advogados da União, quando os hipossuficientes tiverem que litigar contra o próprio poder público.²⁴⁸

O Defensor público deve ser um profissional com notório saber jurídico para que possa auspiciar as pessoas marginalizadas um atendimento tão eficiente e quanto elas receberiam se procurassem bons profissionais particulares. Ele deve ser uma pessoa estudiosa que saiba esclarecer as dúvidas daqueles que desconhecem seus direitos e deveres bem como seja capaz de oferecer meios de efetivá-los. Deve ser tão bem preparado quanto o advogado da parte contrária no processo civil e ter condições de proporcionar uma defesa qualitativamente semelhante à acusação em processo penal.

O ingresso na carreira de defensor público far-se-á por concurso público de provas e títulos, sendo-lhe vedado a advocacia fora da Instituição. Contudo, terá como garantia a inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos e estabilidade.²⁴⁹

Exigindo do Defensor Público dedicação exclusiva à assistência jurídica integral e gratuita, estar-se-á garantindo a “isenção e independência” no exercício das suas funções, bem como maior eficiência no atendimento aos necessitados.²⁵⁰

²⁴⁷ BUAZAR, Daisy. Op. cit. p. 118.

²⁴⁸ Luiz Paulo Vieira de Carvalho apud SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 116.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 119.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 120.

Em contrapartida, deverá receber uma remuneração digna e capaz de avocar profissionais qualificados e bem preparados para desempenhar função de tamanha magnitude.

Por isso, “aos defensores públicos deve ser assegurada isonomia de vencimentos em relação aos membros do Ministério Público ou da Procuradoria do Estado”.²⁵¹

9.1.1 Defensoria Pública no Estado do Paraná

Incompatível com a ordem constitucional, o Estado do Paraná, bem como o Rio Grande do Norte e Santa Catarina, não possui uma Defensoria Pública Estadual e sim um órgão de defesa vinculado à Secretaria de Estado da Justiça e da Cidadania que paliativamente presta assistência jurídica.

A lei complementar que criou a Defensoria Pública do Estado do Paraná, Lei n. 55 de 04.02.1991, não foi regulamentada conforme disposto em seu art. 6º *in verbis*: “O Poder Executivo, em 180 (cento e oitenta) dias, enviará à Assembléia Legislativa mensagem dispondo sobre a criação e estruturação da carreira de defensor público, bem como fixando vencimento, vantagens, direitos e deveres e outras disposições cabíveis para o funcionamento da instituição”.

Esse órgão não dispõe de autonomia financeira e administrativa. Além disso, falta-lhe estrutura, espaço físico e profissionais, da área jurídica, inclusive, o que vem a comprometer a qualidade do serviço de assistência jurídica integral e gratuita.²⁵²

O serviço deficitário é amenizado por programas como OAB Cidadania, criado pela OAB Paraná, pelos núcleos de orientação jurídica mantidos pelas faculdades de Direito, serviços de defensoria prestados pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Entretanto, segundo a coordenadora da Promotoria de Justiça das Comunidades, Swami Mougnot Bonfim²⁵³: “A Defensoria tem um espaço próprio. O auxílio, boa vontade e desprendimento das demais instituições não suprem as necessidades das pessoas economicamente desfavorecidas, bem como não

²⁵¹ MELHADO, Reginaldo. Op. cit. p. 107.

²⁵² Defensoria Pública, Paraná não cumpre obrigação constitucional *in* Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Paraná, ano 3, n.º 8, p. 8-11, abril de 2006, p. 8.

²⁵³ *Ibidem*, p. 9.

substituem o poder-dever do Estado. Portanto, o Estado do Paraná está em dívida com a sociedade”.

Os advogados da “Defensoria Pública” do Estado do Paraná não foram aprovados em concurso de provas e títulos para carreira de Defensor Público conforme ordena a Constituição Federal. São bacharéis em direitos regularmente habilitados na OAB, mas a maioria deles são concursados do Poder Executivo e ingressaram na carreira de 2º grau. Existem também os cargos comissionados.

Os vencimentos desses profissionais variam conforme o cargo de origem o que significa dizer que não existe um salário condizente com a função que ocupam, muito menos uma equiparação salarial. A maior parte dos “defensores” percebem menos do que R\$ 800,00 (oitocentos reais).²⁵⁴

Não fosse a extraordinária boa vontade daqueles que integram essa instituição de fato, a população carente deste Estado estaria ainda mais prejudicada (se for possível prejuízo ainda maior), já que exercem essa atividade sem qualquer incentivo, seja material, seja estrutural, seja mesmo moral. Há muito não se tem notícia de qualquer investimento na parte estrutural da Defensoria; os recursos não existem, ou não são a ela destinados²⁵⁵

Atualmente com apenas 48 defensores públicos “de fato”, o órgão atende somente Curitiba e a Região Metropolitana, ficando os moradores dos outros municípios excluídos dessa garantia fundamental.²⁵⁶

9.1.2 Defensoria Pública Municipal

Nos termos do art. 134 da Constituição Federal é cogente a instituição da Defensoria Pública na União, no Distrito Federal, nos Estados e nos Territórios. Em relação à criação de Defensorias Públicas nos Municípios a Lei Maior silenciou-se, mas também não vedou a sua instituição.

Aduz José Carlos Barbosa Moreira²⁵⁷ que toda entidade político-administrativa deve prestar assistência jurídica integral e gratuita, por isso o Município deve igualmente assistir e em face dele pode o necessitado exigir a assistência jurídica.

²⁵⁴ Idem.

²⁵⁵ SILVA, José Hipólito Xavier da. A filha que o Estado não quer reconhecer. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ano 1, n.º 1, p. 36-37, junho de 2005. p. 37.

²⁵⁶ Defensoria Pública, Paraná não cumpre obrigação constitucional. Op. cit. p. 8.

²⁵⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 129-130.

Alerta ainda esse ilustríssimo autor que não se pode confundir competência legislativa²⁵⁸ com competência administrativa. Assim, inobstante sejam competentes para legislar sobre a “assistência jurídica e a defensoria pública” apenas União, os Estados e o Distrito Federal (artigo 24, XIII da CF), isso não elide o dever dos Municípios de, conforme sua competência administrativa, instituir, nos termos da legislação federal, estadual ou do Distrito Federal, serviços de assistência jurídica.

Além disso, bem recorda Silvana Cristina Bonifácio Souza²⁵⁹ que os Municípios devem igualmente “combater as causas de pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração dos setores desfavorecidos”, vide artigo 23, X da Constituição Federal, razão pela qual é possível que eles prestem assistência jurídica. Entretanto, assevera que os Municípios podem prestar assistência jurídica, contudo eles não são obrigados.

O Estatuto da Cidade, Lei n.º 10.257 de 10/07/2001, estabelece diretrizes gerais de política urbana e em seu artigo 4.º dispõe: “Para os fins desta Lei, serão utilizados, entre outros instrumentos: (...) V – institutos jurídicos e políticos: (...) r) assistência técnica e jurídica gratuita para as comunidades e grupos sociais menos favorecidos”.

Portanto, embora não previsto expressamente na Constituição Federal, a partir de uma leitura sistêmica do ordenamento jurídico brasileiro, e não apenas pontual, entende-se que os Municípios também tem o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita, porque a essa unidade federativa compete também combater a pobreza e a marginalização, bem como diminuir a desigualdade social e regional. São esses, inclusive, objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º, III da CF).

O Estado de São Paulo em seu Programa Estadual de Direitos Humanos traz em seu item 111 e 119 que para concretização e proteção dos direitos civis e políticos bem como o direito de acesso à justiça é imprescindível fomentar a criação

²⁵⁸ Nos termos do art. 24, XIII da Magna Carta, compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre assistência jurídica e defensoria pública. Trata-se de uma competência concorrente o que significa dizer, em breves linhas, que a União estabelecerá normas gerais e os Estados poderão complementá-las. Nesse sentido vem o artigo 134, § 1º, também da Constituição Federal, impondo à União o dever organizar a Defensoria Pública da União, Distrito Federal e Territórios, bem como estabelecer as regras gerais para organização da Defensoria Pública nos Estados, mediante lei complementar.

²⁵⁹ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 90.

de núcleos municipais de defesa da cidadania que prestem assistência jurídica em atuação conjunta de advogados, professores, estudantes e do Poder Público.²⁶⁰

9.2 ÓRGÃOS NÃO-ESTATAIS

Como fora dito, incumbe ao Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita através da Defensoria Pública. Todavia, insta destacar que o fato do Constituinte ter atribuído ao Poder Público o dever de prestar assistência jurídica não significa que exclusivamente ele deva fazê-lo. O Estado não detém “o monopólio da assistência”²⁶¹. Podem prestá-la os órgãos oficiais, órgãos não-estatais e os advogados particulares.

Entretanto, não coaduna com esse entendimento o respeitável doutrinador Celso Ribeiro Bastos²⁶², para o qual tão-somente a defensoria pública, com exclusividade, deverá prestar assistência jurídica aos necessitados.

Augusto Tavares Rosa Marcacini²⁶³ entende que a convivência entre órgãos estatais e não-estatais na prestação de assistência jurídica é extremamente relevante porque iguala ainda mais seus destinatários às pessoas mais abastadas financeiramente, eis que põe a salvo o direito de escolha do cidadão carente dentre os prestadores da Assistência.

Além disso, o oferecimento de assistência jurídica por órgãos diversos do oficial possibilita que as partes do processo, quando ambas hipossuficientes, sejam atendidas por órgãos distintos o que é bem interessante em certas situações, por exemplo, em que haja um desconforto do cliente ao ver-se atendido pelo mesmo órgão que a parte contrária o que pode fomentar o descrédito no serviço prestado ou revolta no seu destinatário.²⁶⁴

Tem-se a OAB como exemplo de órgão não-estatal que presta assistência jurídica integral e gratuita através de um convênio com o Estado, auxiliando a Defensoria Pública na sua atividade quando a busca pelos seus serviços for demasiada ou quando há colisão de interesses.

²⁶⁰ *Cidadania, verso e reverso*. São Paulo: Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, Imprensa Oficial, 1997/1998. Anexo: Programa Estadual de Direitos Humanos, p. 239-240 in RAMOS, Glauco Gumerato. Op. cit. p. 44.

²⁶¹ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito a assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 130.

²⁶² BASTOS, Celso Ribeiro. Op. cit. p. 377.

²⁶³ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 69.

²⁶⁴ Idem.

Também as Faculdades de Direito, através dos estágios supervisionados, prestam assistência jurídica às pessoas hipossuficientes possibilitando-lhes o acesso à “ordem jurídica justa” e, simultaneamente, preparando o estudante de direito para o exercício concreto da sua profissão.

Segundo Luiz Marlo de Barros Silva, advogado orientador no Escritório Modelo da Universidade Federal do Paraná, o Escritório Modelo tem uma dúbia função, quais sejam, a de prestar assistência jurídica e a formação prática do acadêmico de direito.

Além de dar ao estudante de direito a oportunidade de por em prática seus conhecimentos jurídicos e serem avaliados como uma disciplina do currículo normal do curso de direito, o Escritório Modelo também presta assistência jurídica aos economicamente carentes. Assim consegue compor suas duas premissas em uma diretriz comum, ou seja, fornecer apoio prático jurídico ao acadêmico e dar o retorno a sociedade de forma que esta seja amparada, em sua camada mais pobre, nas necessidades jurídicas que lhe afligem.²⁶⁵

Em 1994 a Portaria Ministerial, n. 1.886 de 30/12 tornou obrigatório para os estudantes de direito o estágio supervisionado de prática forense, passando ele a integrar o currículo do aluno, perfazendo um total de no mínimo 300 horas. Tal atividade deve ser supervisionada e oferecida pela instituição de ensino (art. 10, *caput*) e orientada por professores (art. 10, § 1º).²⁶⁶

Com sabedoria expõe Augusto Tavares Rosa Marcacini²⁶⁷ que, especialmente nos países em que a pobreza é a regra, as universidades públicas têm o dever moral de prestar assistência jurídica, sendo esse um retorno à comunidade²⁶⁸ que as mantém através do pagamento de impostos. Trata-se, nesse caso, de um dever tão cogente quanto o dever legal imposto pelo artigo 5.º, LXXIV da Constituição Federal.

É muito relevante para o aluno o estágio no Escritório Modelo porque, além de prestar assistência jurídica, possibilitando dessa forma o acesso à justiça de pessoas carentes, ele permite que seus estagiários aliem a teoria à prática, preparando o aluno para as questões cotidianas concretas. Além disso, desperta no estudante de direito o sentimento humanista, pondo-o a par da realidade social.

²⁶⁵ SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 210.

²⁶⁶ *Ibidem*, p. 197, 199-200.

²⁶⁷ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 70.

²⁶⁸ Assim também SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 200.

A prestação de assistência jurídica à população por estudantes de Direito desempenha uma função duplamente relevante para o aprimoramento das instituições jurídicas: de um lado, pelo próprio atendimento ao carente, permitindo a ele o acesso à justiça; de outro, pela contribuição a boa formação do profissional do Direito. O aluno que, durante o curso de Direito, presta serviços na assistência judiciária, não só tem seu aprendizado técnico-jurídico ampliado, pelo contato com casos concretos, mas também sente de perto a realidade social do país. Enfim, torna-se um profissional mais humano, mais consciente da necessidade de se fazer justiça no caso concreto, mais consciente da importância da função que irá desempenhar após a graduação.²⁶⁹

Entretanto, como bem observa Luiz Marlo de Barros Silva²⁷⁰, esses órgãos não-estatais são paliativos na prestação da assistência jurídica uma vez que incumbe ao Estado fornecê-la, trata-se de um dever do Estado. Dessa forma, desempenham uma função subsidiária.

Além disso, assim como a Defensoria Pública, o órgão não-estatal que oferecer assistência jurídica deve estar “satisfatoriamente aparelhados” de maneira a garantir o amplo acesso à justiça.²⁷¹

Portanto, a assistência jurídica também pode ser prestada por entidades não-estatais. Ainda que estruturada a Defensoria Pública e que o serviço por ela fornecido seja satisfatório à população, é possível que entes não-estatais prestem assistência jurídica.

9.3 ADVOGADO PARTICULAR

Alguns julgados têm negado assistência judiciária gratuita a parte que se faz representar por advogado de sua escolha, devendo ser indicado pela Defensoria Pública.²⁷²

Entretanto para Wilson Marques²⁷³ essa tese não merece guarida. Assevera que não parece ser intenção da lei exigir como requisito para concessão do benefício que a pessoa carente seja assistida juridicamente por causídico indicado pelo Estado, pela OAB ou pelo juiz, inibindo injustificadamente a possibilidade de se escolher alguém de sua confiança.

²⁶⁹ MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Op. cit. p. 70.

²⁷⁰ SILVA, Luiz Marlo de Barros. Op. cit. p. 194-195.

²⁷¹ BUAZAR, Daisy. Op. cit. p. 114.

²⁷² MARQUES, Wilson. Op. cit. p. 19.

²⁷³ *Ibidem*, p. 20.

Coaduna com esse entendimento Maurício Vidigal²⁷⁴. Para esse autor quando a pessoa carente indica um advogado que aceite prestar assistência jurídica gratuita, esse profissional preferirá aos demais. O hipossuficiente não dever ser impelido a aceitar advogado oficial, advogado conveniado com a OAB ou indicado pelo magistrado, pois isso implicaria um tratamento desigual entre eles e as pessoas não carentes já que estas podem ser defendidas por profissionais de sua confiança.

José Carlos Barbosa Moreira²⁷⁵ defende que prefere aos demais o advogado indicado pela arte desde que ele declare aceitar prestar assistência judiciária. Nesse sentido o artigo 5º, § 4º da Lei 1.060/50 : “(...) § 4.º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e declare aceitar o encargo.”

Por outro lado, nada autoriza a supor que a Constituição haja reservado ao Poder Público o *monopólio* da assistência. Se ele tem o dever de assistir, nem por isso se concluirá que tenha em caráter *exclusivo*. Continuam em vigor os textos legais que contemplam a prestação gratuita de serviços aos necessitados, notadamente por parte de profissionais liberais. Subsiste, mesmo, a preferência dada, para a representação em juízo, ao advogado que o próprio litigante desprovido de meios indique. O fato de obter o benefício da gratuidade de maneira alguma impede o necessitado de fazer-se representar por profissional liberal. Se o seu direito abrange ambos os benefícios – a isenção de pagamentos e a prestação de serviços – nada obsta a que ele reclame do Estado *apenas* o primeiro. É antijurídico impor-lhe o dilema: tudo ou nada... felizmente, os tribunais têm sabido repelir, na grande maioria dos casos, as investidas da tese – verdadeiramente absurda – da incompatibilidade entre o benefício da justiça gratuita e a escolha pessoal do advogado pelo beneficiário.²⁷⁶

Rizzatto Nunes²⁷⁷ igualmente defende que não é impedimento para concessão da justiça gratuita a parte ter indicado causídico particular porque isso não significa que ela tenha condições financeiras para arcar com as despesas processuais. Afirma, contudo, que o profissional indicado poderá estabelecer um “contrato de honorários para receber ao final do feito ou vinculado ao sucesso da demanda”.

Exegese diversa aponta Silvana Cristina Bonifácio Souza²⁷⁸, qual seja, o Brasil adota o sistema cuja assistência jurídica é prestada pelo Estado, por isso é defeso que a pessoa necessitada escolha pra lhe assistir juridicamente advogado de

²⁷⁴ VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 44.

²⁷⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo*. Op. cit. p. 126.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 130.

²⁷⁷ NUNES, Rizzatto. A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser resolvida. *Revistas do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 7, n. 14, p. 85-90, jul./dez. 2004. p. 87.

²⁷⁸ SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. Op. cit. p. 89.

sua confiança, salvo se o advogado escolhido não receber nada do Estado a título de contraprestação pela assistência jurídica ou quando inexistente Serviço de Assistência Judiciária estruturado pelo Estado.²⁷⁹ Aduz ainda que, sem embargo de opiniões em contrário, os advogados particulares para prestarem assistência jurídica devem estar conveniados com o Estado.

Analisando as diversas opiniões, percebe-se que maior parte da doutrina reconhece a possibilidade da pessoa carente indicar advogado particular, preferindo esse aos demais eventualmente indicados pela OAB, Defensoria Pública ou pelo juiz.

Entretanto, com o devido respeito, entende-se que esse profissional não poderá contratar com a pessoa carente exigindo dela honorários advocatícios. Pelo contrário, deverá prestar assistência jurídica integral e gratuita nos termos da Constituição e, quando se tratar de advocacia dativa decorrente da omissão estatal, exigir do Estado remuneração pelo serviço prestado.

A jurisprudência²⁸⁰, mesmo antes da Constituição Federal de 1988, em diversas passagens entendeu que o Estado deve remunerar o profissional que proporcionou assistência jurídica em razão da omissão Estatal em fazê-la e atualmente esse é o entendimento majoritário.²⁸¹

Nesse diapasão o acórdão proferido pelo Ministro Sydney Sanches do Supremo Tribunal Federal quando alegou que “a omissão não elide a

²⁷⁹ *Ibidem*, p.87-88-89.

²⁸⁰ “PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PROCESSO CRIME. DEFENSOR DATIVO. SENTENÇA QUE FIXA DOS HONORÁRIOS. TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL. 1. A verba fixada em prol do defensor dativo, em nada difere das mencionadas no dispositivo legal que a consagra em proveito dos denominados “Serviços Auxiliares da Justiça” e que consubstanciam título executivo (art. 585, V do CPC). 2. A fixação dos honorários do defensor dativo é consectário da garantia constitucional de que todo o trabalho deve ser remunerado, e aquele, cuja contraprestação encarta-se em decisão judicial, retrata título executivo formado em juízo, tanto mais que a lista dos referidos documentos é lavrada em numerus *apertus*, porquanto o próprio Código admite “outros títulos assim considerados por lei”. 3. O advogado dativo, por força da lei, da jurisprudência do STJ e da doutrina, tem o inalienável direito aos honorários, cuja essência corporifica-se no título judicial que não é senão a decisão que os arbitra. 4. É cediço que o ônus da assistência judiciária gratuita é do Estado. Não havendo ou sendo insuficiente a Defensoria Pública local, ao juiz é conferido o poder-dever de nomear um defensor dativo ao pobre ou revel. Essa nomeação *ad hoc* permite a realização dos atos processuais, assegurando ao acusado o cumprimento dos princípios constitucionais do Contraditório e da Ampla Defesa. 5. A indispensabilidade da atuação do profissional do Direito para representar a parte no processo gera ao defensor dativo o direito ao arbitramento de honorários pelos serviços prestados, cujo ônus deve ser suportado pelo Estado. (Precedentes do STF - RE 222.373 e 221.486) 6. Recurso provido”. STJ. REsp 540965/RS. Recurso Especial 2003/0094967-1. Relator: Ministro LUIZ FUX (1122); Órgão julgador – Superior Tribunal de Justiça - primeira turma, Data de julgamento - 04/11/2003, Data de publicação e fonte - DJ 24.11.2003 p. 229.

²⁸¹ VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 11-12.

responsabilidade” já que “não parece correto deixar a assistência judiciária gratuita a cargo dos advogados”.²⁸²

Yussef Said Cahali²⁸³ com maestria ensina que em decorrência do comando constitucional a assistência jurídica deve ser prestada pelo Estado. Porquanto, quando prestada por advogados dativos, porque o Estado “não se aparelha devidamente para o exercício dessas funções”, esses deverão ser remunerados pela Fazenda estadual²⁸⁴, pois seria antijurídico transferir o encargo aos advogados liberais sem qualquer contraprestação, caracterizando “locupletamento ilícito da Administração”.

Dessa forma, os advogados têm direito a receber os honorários advocatícios do Estado, mas somente quando o ele for omissivo ou insuficiente na prestação da assistência jurídica.

Assegura Eduardo Bezerra de Medeiros Pinheiro²⁸⁵ que o advogado dativo tem direito a ser remunerado²⁸⁶ pelo Estado, mesmo que o profissional não participe do convênio entre a OAB e a Procuradoria-Geral do Estado.

9.4 OMISSÃO ESTATAL

A Constituição Federal de 1988 confiou ao Estado o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos desvalidos economicamente. Para tanto, a União, os Estados, Distrito Federal e os Territórios devem instituir e regulamentar suas respectivas defensorias públicas. Entretanto, não são todos os Estados que possuem sua Defensoria Pública regulamentada quem dirá bem estruturada.

No Brasil, Defensoria Pública da União não possui profissionais em número suficiente para atender a demanda e alguns Estados, mesmo depois de dezoito anos de vigência da Constituição Federal, ainda não instituíram suas Defensorias Públicas.

²⁸² Ibidem, p. 12.

²⁸³ CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 2.^a ed. ver. e ampl., São Paulo: RT, 1990. p. 798-799.

²⁸⁴ O Município que por lei se obrigar a prestar assistência jurídica poderá igualmente “ser responsabilizado judicialmente pela remuneração de quem o fizer, desde que a lei municipal determine a obrigação de atender a todos”. VIDIGAL, Maurício. Op. cit. p. 13.

²⁸⁵ PINHEIRO, Eduardo Bezerra de Medeiros. Op. cit. p. 105.

²⁸⁶ A Fazenda Pública pode reaver do advogado dativo valor pago a esse profissional a título de honorários se ficar demonstrado que a pessoa assistida não era carente. Ibidem, p. 106.

Com base nos ensinamentos de Norberto Bobbio²⁸⁷ a omissão estatal já não é um problema de cunho filosófico e sim jurídico e político, pois já se tem conhecimento da existência, do significado e da importância desse direito o que falta é efetivar a assistência jurídica integral e gratuita através da Defensoria Pública.

Infelizmente essa falta interesse político em instituir e regulamentar a Defensoria Pública em todos os Estados da Federação acaba por inviabilizar a assistência jurídica integral e gratuita e o acesso a justiça, razão pela qual a sociedade não pode se calar diante do inadimplemento estatal.

quando observamos a falta de atitude política para a efetiva implementação das instituições constitucionalmente vocacionadas a prestar assistência jurídica ao necessitado, estamos diante de uma verdadeira violação, por omissão, dessa parcela dos direitos humanos fundamentais, desrespeitando o legislador, inclusive, a postura democrática que a Constituição da República lhe exige. Nesse contexto, bem se vê o quanto importante é a efetiva concretização da assistência jurídica ao necessitado, até mesmo para que outros direitos fundamentais sejam plenamente realizados.²⁸⁸

A assistência jurídica é um direito fundamental positivado na Constituição Federal brasileira, sendo dever do Estado sua efetiva concretização material. Ademais, deve ser concebido como verdadeiro princípio na atividade legiferante, vinculando dessa forma o legislador. Assim sendo, toda e qualquer violação, ainda que por abstenção, a esse direito fundamental deve ser energeticamente reprimida.²⁸⁹

“É conduta contrária à Constituição – portanto, conduta de subversão à ordem democrática, desrespeito aos direitos fundamentais – a omissão do Estado na instituição da Defensoria Pública”²⁹⁰.

É cogente que todos os Estados instituem e regulamentem, efetivamente, sua Defensoria Pública. Atitude diversa é inconstitucional, pois viola por omissão os preceitos da Magna Carta.

²⁸⁷ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 25.

²⁸⁸ RAMOS, Glauco Gumerato. Op. cit. p. 42.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 41-42.

²⁹⁰ MELHADO, Reginaldo. Op. cit. p. 105.

10 CONCLUSÃO

Historicamente, atribuem ao imperador romano Constantino (288-337) a iniciativa legislativa de oferecer defensor gratuito às pessoas carentes. Contudo esse direito já existia desde os tempos mais remotos.

A gênese constitucional da assistência judiciária se encontra nas Declarações de Direitos de Virgínia (1776) e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), cujos textos proclamaram o princípio da igualdade. A partir delas, mas precisamente após a Revolução Francesa, o Estado passou a intervir na assistência judiciária, erigindo à categoria de dever-função do Estado com o advento do Estado Social.

No Brasil a preocupação com a assistência judiciária teve início com as Ordenações Filipinas (1603). Entretanto, somente em 1934 é que o direito à assistência judiciária atingiu *status* constitucional. Antes disso, a assistência judiciária era assegurada apenas infraconstitucionalmente e na maioria das vezes se confundia com certas isenções processuais. E mais, somente com a Constituição Federal de 1934 é que o Estado assumiu esse direito como dever público, até então a assistência judiciária tinha cunho filantrópico.

Todas as constituições que sucederam a de 1934 asseguraram o direito à assistência judiciária, exceto a Constituição Federal de 1937. Em 1988 a Constituição Federal inovou ao substituir o direito à assistência judiciária pelo de assistência jurídica.

Assistência judiciária, assistência jurídica e justiça gratuita são direitos distintos. Muito embora se complementem, eles devem ser aplicados independentemente.

Por assistência judiciária entende-se oferecimento gratuito de um profissional de direito, devidamente habilitado, para que auxilie em juízo pessoa carente financeiramente. É, portanto, prestada judicialmente, estando vinculada a existência de um processo judicial.

Já o direito de justiça gratuita significa dispensa de quaisquer despesas processuais, judiciais ou extrajudiciais, quer devidas ao Estado ou a terceiros. Nos termos desse direito, qualquer dispêndio pecuniário decorrente do processo deve ser isentado uma vez que a justiça gratuita viabiliza o princípio da igualdade e do acesso à justiça, portanto qualquer limitação restringiria esses direitos fundamentais.

Enquanto a assistência judiciária tem natureza administrativa e exige do Estado um *facere*; a justiça gratuita tem natureza processual e exige do Estado tão-somente a sua abstenção na cobrança das custas e despesas processuais.

Por sua vez, a assistência jurídica efetiva-se onde estiver o direito, prescinde da existência de um processo. Significa todo e qualquer auxílio jurídico, é um direito mais amplo que a assistência judiciária e pode ser prestado antes, durante e depois do processo. Compreende, basicamente, o serviço de assistência judiciária, de assistência extrajudicial, de informação sobre direitos, de orientação jurídica, de mediação. Ela extravasa o processo, não significa meramente a defesa em juízo. Assistência jurídica é gênero, assistência judiciária é espécie.

A Constituição Federal vigente resguarda em seu art. 5.^o, LXXIV o direito a “assistência jurídica integral e gratuita”. Em outras palavras, a assistência jurídica no ordenamento jurídico brasileiro deve ser integral e gratuita.

Integral porque não se esgota no atendimento judicial e individual. Deve ser jurídica e auxiliar aos grupos marginalizados como um todo, abandonando o atendimento meramente casuísta.

Por assistência jurídica gratuita deve-se entender que toda e qualquer despesa pecuniária decorrente da assistência jurídica, quer ela judicial, quer extrajudicial, deve ser dispensada, seja ela devida ao Estado ou a delegados do Poder Público. Seu destinatário estará isentado do pagamento dos honorários advocatícios de seu patrono ou consultor jurídico, bem como dos gastos judiciais e extrajudiciais oriundos do auxílio jurídico judicial ou extrajudicial.

Nos termos da atual Constituição a assistência jurídica será concedida àqueles que comprovarem a insuficiência de recursos. Em razão dessa exigência há quem entenda que o art. 4.^o da Lei 1060/50, que atribui presunção relativa de veracidade à declaração da situação econômica para obtenção da justiça gratuita, está revogado.

Entretanto, a comprovação exigida pela Constituição é para obtenção da assistência jurídica, direito muito mais amplo do que o de justiça gratuita, e deverá ser feita a quem presta o serviço de assistência jurídica. Já para a obtenção de justiça gratuita é necessária a mera declaração da situação econômica, a qual deverá ser apresentada ao juiz da causa. Exegese diversa contrariaria a paulatina simplificação do pedido de justiça gratuita e o espírito constitucional, qual seja, o de facilitar o acesso à justiça.

Ademais, a insuficiência de recursos não é a única hipótese autorizadora da concessão da assistência jurídica. A substituição da expressão “assistência judiciária” pela “assistência jurídica” feita pela Constituição Federal de 1988 implicou a ampliação do direito. Para acompanhar essa evolução, o seu destinatário restou igualmente dilargado. Assim, não apenas os necessitados econômicos fazem *jus* a ela, mas também os necessitados jurídicos e os carentes organizacionais.

São necessitados econômicos aqueles que não podem custear os honorários de um causídico, bem como as despesas processuais, sem que isso traga prejuízos para seu sustento ou de sua família, tendo como parâmetro uma vida digna que atenda às necessidades básicas previstas no art. 7.º, IV da Constituição Federal.

A assistência jurídica não está vinculada a nenhuma classe social, sendo também irrelevante profissão de quem a pleiteia. Negá-la a qualquer profissional, em razão da sua escolaridade, ofenderia o princípio da isonomia e do acesso à justiça.

Por necessitados jurídicos se entende os acusados em processo penal que não possuem advogado. Ainda que tenham condições de contratar um advogado, se não o fizerem, o Estado tem o dever de lhes prestar assistência jurídica, pois dessa forma estará assegurando direitos maiores como o direito ao contraditório e o de ampla defesa. Já os carentes organizacionais são as pessoas que têm destacada a sua vulnerabilidade diante das novas relações sócio-jurídicas na sociedade atual, o melhor exemplo são os consumidores.

Poderá ser igualmente titular da assistência jurídica integral e gratuita pessoa jurídica, independentemente se ela tenha ou não fins lucrativos, pois o direito a assistência jurídica viabiliza um direito superior, qual seja, o princípio do acesso à justiça sendo dele titular tanto as pessoas físicas quanto as jurídicas, sem qualquer restrição. A única exigência que se faz é que a pessoa jurídica com fins lucrativos comprove sua impossibilidade de arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios sem que isso implique prejuízo para sua manutenção.

A assistência jurídica é um direito de eficácia plena, ou seja, independe de norma regulamentadora para ser exercido, tem aplicabilidade imediata. Ademais, é uma cláusula pétrea sendo vedado ao constituinte removê-la do texto constitucional.

É um direito fundamental que possibilita o exercício de outros direitos, razão pela qual, conclui-se que o constituinte andou muito bem ao incluí-lo dentre os direitos e garantias fundamentais.

Como se sabe no Brasil a pobreza da população é a regra. Dessa forma, apenas proclamar direitos é insuficiente, sendo imprescindível, portanto, a existência de meios que os assegurem. A assistência jurídica cumpre esse papel, é instrumento de efetivação dos direitos, dentre eles o do acesso à justiça.

Atualmente o direito de acesso à justiça supera o acesso ao judiciário, ele antecede o seu ingresso e não se finda com ele, pode até mesmo dele prescindir. Acesso à justiça significa na atualidade acesso a uma ordem jurídica justa.

Contudo, para que o acesso à justiça signifique ordem jurídica justa, é indispensável a superação dos obstáculos que inibem ou impedem sua efetivação enquanto direito amplo e não apenas formal. É nesse sentido que se encaixa a assistência jurídica uma vez que ela elide alguns dos seus óbices, quais sejam, a falta de recursos e a falta de informação. A assistência jurídica é muito importante porque permite que a pessoa carente e a pessoa não carente tenham um igual acesso à justiça.

O art. 134 da Constituição vigente atribui ao Estado, através da Defensoria Pública, o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita, sendo cogente a instituição da Defensoria Pública na União, nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, quando existentes.

Embora não venha expressamente previsto na Constituição, os municípios também têm o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita uma vez que compete a ele também combater a pobreza e a marginalização, bem como diminuir a desigualdade social e regional.

A Constituição indicou quem deve fornecer assistência jurídica, todavia isso não significa que o Estado tenha de prestá-la com exclusividade. Órgãos não-governamentais também poderão prestá-la supletivamente como as Universidades de Direito, através de seus escritórios modelos, a OAB e até mesmo advogados particulares. O Estado tem o dever de prestá-la, os órgãos não-estatais tem a faculdade.

Infelizmente não são todos os Estados que possuem uma Defensoria Pública regulamentada, muito menos estruturada, violando dessa forma, por omissão, o comando constitucional. O Estado do Paraná vergonhosamente é um exemplo de inadimplemento a ser citado.

No Estado do Paraná existe uma Defensoria Pública de fato, vinculada à Secretária de Justiça, sendo destituída de autonomia funcional, administrativa e

financeira. Sua falta de estrutura é flagrante e compromete a qualidade do serviço prestado. Seu quadro de pessoal é composto por advogados devidamente habilitados, contudo não entraram por concurso de provas e títulos para o cargo de defensor público. Como se vê, muito embora a população do Paraná não esteja totalmente desamparada, a assistência jurídica não está sendo prestada nos moldes constitucionais.

A omissão dos Estados não ofende apenas o direito a assistência jurídica integral e gratuita, mas também o princípio do acesso à justiça enquanto ordem jurídica justa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Anselmo Prieto. Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 89, n. 778, p. 42-58, ago. 2000.

ALVIM, José Manoel Arruda. *Código de processo civil comentado*. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988*. vol 2. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BUAZAR, Daisy. Assistência Judiciária e direito à informação. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.36, p. 113-127, dez 1991.

CAHALI, Yussef Said. *Honorários advocatícios*. 2.^a ed. revisada e ampliada. São Paulo: RT, 1990.

CAMPO, Hélio Márcio. *Assistência jurídica gratuita: assistência judiciária e gratuidade judiciária*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Trad. De Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARVALHO, Pedro Armando Egydio de. Defensoria Pública: um novo conceito de assistência Judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 82, v. 689, p. 302-304, março de 1993.

CASTRO, José Roberto de. *Manual de assistência judiciária*. Rio de Janeiro: AIDE Ed., 1987.

CINTRA, Antonio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel; Grinover, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 9.^a ed. revisada e atualizada. São Paulo: Malheiros, 1992.

COAD. *Justiça gratuita e pessoa jurídica*. Adv – boletim informativo. Rio de Janeiro, v. 18, n. 23, p. 339, jun. 1998.

Defensoria Pública, Paraná não cumpre obrigação constitucional *in* Revista da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Paraná, ano 3, n.º 8, p. 8-11, abril de 2006.

DINAMARCO, Cândido Range. *A instrumentalidade do processo*. 2^a ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1990.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. 3. ed. totalmente revista e ampliada. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. v. I, São Paulo: Saraiva, 1990.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Assistência judiciária e acesso à justiça*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. São Paulo, n.º 22, p. 17-26, jan./dez. 1984.

_____. Assistência Judiciária. Garantia de Acesso à Justiça. *In: Encontro Nacional de Valorização da Advocacia Pública*, São Paulo, 1992. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 147-149, 1994. (Série Eventos n.º 3).

_____. O Poder Judiciário e a Administração dos Conflitos Sociais. *In: Encontro Internacional dos Direitos Humanos*, São Paulo, 1992. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, p. 152-157, 1994. (Série eventos n.º 4).

JUNQUEIRA, Edson Mendonça. Assistência jurídica X assistência judiciária: antagonismo. *Revista Jurídica da Universidade de Franca*, Franca, Ano 7, n. 12, p. 43-58, 1.º semestre, 2004.

LENZ, Luis Alberto Thompson Flores. Da concessão da assistência judiciária gratuita às pessoas jurídicas e aos entes beneficentes. *Revista dos Tribunais*, ano 8, v. 674, p. 63-69, dez. de 1991.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*. 2.ª ed. ver. e ampliada. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARQUES, Wilson. Assistência jurídica gratuita: ligeiras anotações em torno de algumas questões polêmicas. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro*, v. 38, p. 17-23, jan./mar. 1999.

MELHADO, Reginaldo. Direitos humanos e acesso à Justiça. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 9.ª Região*, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 97-108, 1976.

MORAES, Sílvio Roberto Mello. *Princípios Institucionais da Defensoria Pública: lei complementar 80, de 12.1.1994 anotada*. São Paulo: RT, 1995.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O direito a assistência jurídica. *Revista de Direito da Defensoria Pública*, Rio de Janeiro, v. 5, p. 122-137, fev., 1991.

_____. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 17, n. 67, p. 124-134, jul./set. 1992.

_____. *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994.

NUNES, Rizzatto. A assistência judiciária e a assistência jurídica: uma confusão a ser resolvida. *Revistas do Instituto dos Advogados de São Paulo*, São Paulo, v. 7, n. 14, p. 85-90, jul./dez. 2004.

PEÑA DE MORAES, Humberto; TEIXEIRA DA SILVA, José Fontenelle. *Assistência Judiciária: sua gênese, sua história e função protetiva do Estado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Líber Juris, 1984.

PINHEIRO, Eduardo Bezerra de Medeiros. Breves Observações Acerca da Lei 1.060/50. *Revista dos Tribunais*, v. 733, ano 85, p. 94-108, nov. 1996. Jurisprudência Temática Civil.

PINTO, Robson Flores. *Assistência Jurídica aos hipossuficientes na Constituição*. São Paulo: LTr, 1997.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição de 1967 – com a Emenda n.1, de 1969*. Tomo V (arts. 153, §2.º - 159), 2.ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1971.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 14 ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 1989-1990.

RAMOS, Glauco Gumerato. *Realidade e perspectivas da assistência jurídica aos necessitados no Brasil*. Cadernos de Adenauer, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, n. 3, Acesso à Justiça e cidadania, p. 31-52, maio de 2000.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Walter Piva. Assistência jurídica aos necessitados e as ações judiciais coletivas. Cadernos de Adenauer, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, n. 3, Acesso à Justiça e cidadania, p. 53-59, maio de 2000.

SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 15. ed. ver e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SILVA, José Afonso. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 7ª ed. ver. e ampliada de acordo com a nova Constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

DA SILVA, José Hipólito Xavier. A filha que o Estado não quer reconhecer. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, ano 1, n.º 1, p. 36-37, junho de 2005.

SILVA, Luiz Marlo de Barros. *O escritório modelo como instrumento de efetivação da garantia constitucional da assistência jurídica gratuita*. Tese de doutorado defendida na Universidade Federal do Paraná, 2000.

SOUZA, Silvana Cristina Bonifácio. *Assistência jurídica integral e gratuita*. São Paulo: Método, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ e TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VAINER, Bruno Zilberman. Assistência judiciária gratuita: um desafio de nosso tempo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 12, n. 48, p. 213-244, jul./set. 2004.

VIDIGAL, Maurício. *Lei de assistência judiciária interpretada: lei n. 1.060, de 5/2/1950*. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

ZANON, Artemio. *Da assistência jurídica integral e gratuita: comentários à Lei da Assistência Judiciária (lei n. 1.060, de 5-2-1950, à luz da CF de 5-10-88, art. 5.º, LXXIV e direito comparado)*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

WATANABE, Kazuo. Assistência judiciária como instrumento de acesso à ordem jurídica justa. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, 22, p. 87-89, jan./dez. 1984.

WATERHOUSE, Price. *A Constituição do Brasil 1988 comparada com a Constituição de 1967 e comentada*, Departamento de Assessoria Tributária e Empresarial, São Paulo, 1989.

APENSO - A Defensoria Pública e o Inadimplemento Social¹ do Estado²⁹¹

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, que ‘O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos’ e estabelece em seu artigo 134 que ‘ A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.”

A partir da interpretação desses dispositivos, percebe-se que a assistência jurídica integral e gratuita, prestada pelo Estado através da Defensoria Pública, é um direito fundamental do cidadão e, por consequência, cláusula pétrea, nos moldes do art. 60, parágrafo 4º, inciso IV² da Carta Cidadã.

Todavia, a cidadania, um dos fundamentos³ do Estado democrático de Direito brasileiro, não se esgota na mera previsão normativa dos direitos. Ou seja, não basta para o cidadão ter direitos e não poder concretizá-los, conforme preconiza o princípio do acesso à justiça⁴, o que enaltece ainda mais o papel da Defensoria Pública enquanto instituição essencial ao cumprimento da função jurisdicional do Estado.

É importante destacar que a função da Defensoria Pública é prestar assistência jurídica⁵, a qual compreende a assistência judiciária e as atividades de consultoria e de prevenção. Isso significa que a instituição atua tanto na defesa

¹ Expressão utilizada por José Hipólito Xavier da Silva, no artigo “A filha que o Estado não quer reconhecer”, publicado na Revista da Ordem dos Advogados do Brasil – Seção Paraná, Ano 1, nº 05, junho/2005.

²⁹¹ AKIMURA, Thomaz; CAMPOS, Stefanie; FAGUNDES, Guilherme; MAJOLO, Ederlei e MÜLLER, Camila de Cássia *in* Folha Acadêmica (órgão de informação e expressão dos acadêmicos de direito da UFPR), n.º 143, ano LXVIII, julho/agosto de 2005, p. 14.

² “**Art.60, parágrafo 4º** - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...) IV – os direitos e garantias individuais.”

³ “**Art. 1º** - A República Federativa do Brasil, (...), tem como fundamentos: (...) II – a cidadania;”

⁴ “**Art. 5º, inciso XXXV** – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”

⁵ “... a prestação de assistência jurídica gratuita e integral a que se refere o art.5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, é abrangente, não se limitando a assegurar o acesso ao Poder Judiciário com vista ao exercício do direito de ação ou defesa. Compreende, (...), a oferta de consultoria e assessoria, até mesmo com o escopo de evitar que demandas sejam desnecessariamente deduzidas por falta de uma prévia orientação ao cidadão(p.18) **NOBREGA**, Ailton R. “*Assistência Judiciária aos Necessitados*”, p.16-21. Revista Consulex, Ano VII, nº 152, 15 de maio de 2003.

quanto na promoção de direitos, inclusive através da defesa dos interesses difusos e coletivos.

Não obstante a existência de sólida fundamentação constitucional, através de normas cogentes que impõem verdadeiro dever ao Estado de garantir o acesso de todos os cidadãos à Justiça, o que se observa na prática é a omissão estatal quanto à instituição, regulamentação e organização da Defensoria Pública em âmbito federal e estadual⁶.

O Estado do Paraná, por sua vez, instituiu a Defensoria Pública Estadual através da Lei Complementar nº 55, de 04 de fevereiro de 1991, obedecendo, portanto, ao mandamento constitucional que determina a criação da instituição estadual por meio de lei complementar.

No entanto, desde aquela data, inexistente regulamentação jurídica da referida Lei Complementar, o que impossibilita a implantação efetiva da Defensoria Pública Estadual. Isso não significa que a população carente do estado esteja totalmente desamparada, pois a Defensoria Pública existe no Paraná enquanto instituição de fato.

A esse respeito, José Hipólito Xavier da Silva, ex-Presidente da OAB-PR e Conselheiro Federal da OAB, explica:

No Estado do Paraná, que o Brasil reconhece como socialmente sensível e equilibrado, ainda não se tem a Defensoria Pública devidamente organizada e regulamentada. O que se tem, apenas, porém felizmente, é uma bravíssima corporação de advogados a desdobrar-se em sacrifícios para cumprir, ainda que no plano fático, a nobilíssima função de dar atendimento jurídico ao cidadão pobre que vive neste Estado.⁷

Contudo, ainda que a Defensoria Pública do Estado do Paraná exista faticamente, a sua regulamentação jurídica é indispensável para a melhora na prestação de seus serviços aos cidadãos, já que somente tal regulamentação garantirá sua autonomia administrativa e financeira, o que implicará a captação e destinação de recursos exclusivos à instituição, bem como a criação do cargo de Defensor Público, atualmente inexistente no Estado do Paraná.

⁶ Explica-se: muito embora existam a Defensoria Pública da União e Defensorias Públicas na quase totalidade dos Estados do país, tais instituições, em sua maioria, carecem de recursos humanos e materiais, apresentando diferentes níveis de desenvolvimento.

⁷ In "A filha que o Estado não quer reconhecer", Revista da OAB-PR, Ano I, nº 05, junho/2005.

Assim, sendo a Defensoria Pública instrumento indispensável para a concretização da cidadania de todos, pois não basta a titularidade de direitos se o “cidadão” carente não tem acesso a uma assistência jurídica integral, gratuita e de qualidade, urge ao Estado do Paraná acatar o seu dever constitucional, através da efetiva regulamentação da Defensoria Pública, pois só assim o princípio do acesso à justiça será alcançado em sua plenitude.