



INTER  
FACES  
CIENTÍFICAS

DIREITO

ISSN IMPRESSO 2316-3321

ISSN ELETRÔNICO 2316-381X

---

## A ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA COMO MÍNIMO EXISTENCIAL

---

Danielle Sales Echaiz Espinoza<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo analisar o direito à assistência jurídica e gratuita como um direito fundamental integrante do mínimo existencial, configurando-o dentro dessa perspectiva como dever estatal definitivo para cujo descumprimento não cabe alegação de insuficiência de recursos orçamentários. Analisa também, à luz do estatuto constitucional e legal da assistência

jurídica, as medidas tomadas no âmbito administrativo que vêm constituindo óbices à efetiva realização desse direito.

### PALAVRAS-CHAVE

Direito Constitucional. Assistência Jurídica. Mínimo Existencial.

## ABSTRACT

This article aims to analyze the right to legal assistance and free as a fundamental right of the minimum existential an integral which sets it up as a duty of the state and whose final against non-compliance with it is not permissible under the claim of lack of budget. Also analyzes, in the light of the constitutional and legal status, the measures adop-

ted at the administrative level that have been posed obstacles to the effective realization of this right.

### KEYWORDS

Constitutional Law. Legal Assistance. Minimum Existential.

## RESUMEN

Este artículo tiene como objetivo analizar el derecho a la asistencia jurídica y gratuita como un derecho fundamental integrante del mínimo existencial, configurándolo como un deber estatal definitivo y no se permitiría no cumplirlo bajo ninguna alegación, aunque ésta se configurara en escasez de recursos financieros. También se analiza, a la luz del estatuto constitucional y legal, las me-

didias adoptadas a nivel administrativo que se han constituido obstáculos a la efectiva realización de este derecho.

### PALABRAS CLAVE

Derecho Constitucional. Asistencia Legal. Mínimo Existencial.

## 1 INTRODUÇÃO

Segundo uma concepção bastante difundida pelo (neo)constitucionalismo contemporâneo, a Constituição possui força normativa e seus preceitos não consistem em meras diretrizes políticas, mas vinculam e obrigam todos os Poderes do Estado.

No sentido de garantir maior efetividade às normas constitucionais, defende-se, inclusive, especialmente no âmbito dos direitos fundamentais, a possibilidade de uma atuação interventiva do Poder Judiciário para obrigar os poderes públicos omissos à prestação de direitos básicos que asseguram as condições mínimas de existência digna da pessoa humana.

Nesse cenário, assume especial relevância a discussão em torno da assistência jurídica gratuita aos necessitados prevista no inciso LXXIV do art. 5º da CF. Se o acesso à justiça constitui uma garantia de proteção, respeito e concretização não apenas de direitos fundamentais, mas também dos demais direitos conferidos pela ordem jurídica, há que se conferir efetivamente a universalidade desse acesso, inclusive e, principalmente, àqueles que mais têm seus direitos violados.

A edição de Lei Complementar, traçando normas gerais para a organização e funcionamento da Defensoria Pública, bem como a criação de defensorias em diversos Estados da federação não solucionou, de forma alguma, o problema do efetivo acesso à justiça dos mais carentes, haja vista as inúmeras dificuldades de atuação enfrentadas por estes órgãos<sup>2</sup>.

Como se não bastasse a prestação deficiente da assistência jurídica gratuita, há que se ressaltar algu-

2. Problemas como a escassez de recursos, a dependência financeira e gestora para com o Executivo e o ínfimo contingente de defensores públicos para suprir a ampla demanda social, são apontados como as maiores dificuldades enfrentadas por quase todas as defensorias do país. Cf. **II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil**, realizado pelo Ministério de Justiça em 2006, disponível em: <[www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Diag\\_DP2006.pdf](http://www.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/Diag_DP2006.pdf)>. Acesso em: 23 fev. 2007.

mas posturas adotadas no âmbito administrativo que impõem requisitos, sem qualquer respaldo constitucional e legal, para o exercício desse direito, os quais configuram verdadeiros óbices a sua realização. Tal é o caso de algumas defensorias do país, que elegem um critério fixo de renda mensal para a admissão de clientes, contrariando à sistemática legal e à orientação da jurisprudência dos tribunais superiores.

O artigo tem como objetivo situar a assistência jurídica gratuita como direito fundamental integrante do mínimo existencial e, dentro dessa perspectiva, postular sua prestação como dever estatal definitivo para cujo descumprimento não caberá alegação de insuficiência de recursos orçamentários.

## 2 ASSISTÊNCIA JURÍDICA E ESTADO SOCIAL

Durante a vigência do liberalismo dos séculos XVIII e XIX, o direito de acesso à justiça não passava de mera garantia formal anexada às declarações de direitos. Se os menos favorecidos não pudessem arcar com os custos judiciais e honorários de seus advogados, eles próprios eram a causa de seu infortúnio. Não se cogitava a intervenção do Estado para de fato garantir o acesso de todos à jurisdição.

Segundo Cappelletti e Garth (1998, p. 10), a discussão em torno da assistência judiciária gratuita aos pobres como obrigação estatal, somente foi possível sob a égide do Estado Social, quando o poder público foi chamado a interferir nas relações sociais e econômicas para proporcionar um equilíbrio na distribuição de bens e garantir materialmente o exercício de direitos.

Foi assim que o movimento pelo efetivo acesso à justiça, iniciado na Europa ocidental na década de 1970 do século passado, teve como um dos seus pos-

tulados básicos a garantia da assistência jurídica gratuita a ser prestada pelo Estado àqueles desprovidos de recursos para arcar com os custos de uma demanda judicial. Tratava-se de uma das primeiras medidas (primeira “onda renovatória”) a serem adotadas para se efetivar a universalidade do acesso à justiça (CAPPELLETTI e GARTH, 1998).

Entretanto, registra-se a posição vanguardista do Brasil quando ainda em 1894, não obstante o caráter liberal da constituição em vigor, que nada estabelecia sobre o assunto, foi criado, por Decreto presidencial (nº 2.457), um serviço de assistência judiciária para o Distrito Federal (na época Rio de Janeiro) organizado e mantido a expensas do Estado (LOPES, 1999).

Com o passar do tempo, como assinala Alves (2006, p. 242), outros Estados brasileiros foram incorporando em suas leis o instituto da assistência judiciária e da justiça gratuita. Contudo, o instituto da assistência judiciária não era assumido como obrigação estatal, tratava-se apenas de apelo à consciência moral dos advogados, até que com o Decreto 20.784/31 que regulamentou a OAB, estabeleceu-se o dever dos advogados de patrocinar gratuitamente pessoas pobres em juízo. Somente a partir da Constituição de 1934 e, posteriormente, com a edição da Lei 1.060/50, a assistência judiciária é vista, no sistema jurídico brasileiro, como obrigação do Estado.

## 2.1. O CONTEÚDO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA

A assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados assegurada pela Constituição Federal (inciso LXXIV do art. 5º) configura uma inovação no sistema jurídico brasileiro. Trata-se de uma garantia mais ampla que veio a abranger, além da tradicional assistência judiciária e da justiça gratuita, a assistência jurídica extrajudicial. Por isso, comumente a doutrina se refere à assistência jurídica

como gênero da qual decorrem as demais espécies assinaladas (ALVAREZ, 2000).

Há que se distinguir, portanto, esses três aspectos que integram o conteúdo da assistência jurídica. A assistência judiciária corresponde ao patrocínio gratuito de advogado para realizar a defesa técnica em juízo; como ensina Pontes de Miranda, trata-se de instituto pré-processual que não se confunde com justiça gratuita que é a “[...] dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante o juiz que promete a prestação jurisdicional” (PONTES DE MIRANDA, 1968, p. 601).

A justiça gratuita é “a dispensa de antecipação e a isenção de despesas processuais próprias, bem assim a dispensa provisória de ressarcimento de despesas processuais e do pagamento de honorários da parte contrária [...]”. (DEMO, 2002, p.72)

Já a assistência jurídica extrajudicial abrange os serviços de orientação, informação e consultoria jurídicas, de representação extrajudicial (como em processos administrativos), de resolução de conflitos por meios alternativos (acordos extrajudiciais), e ainda de conscientização acerca dos direitos de cidadania (ALVES, 2006).

Assim, pode-se afirmar que assistência jurídica integral e gratuita consiste no direito fundamental de todos aqueles desprovidos de recursos de: 1) postular em juízo representado por advogado pago pelo Estado; 2) ser informado e orientado acerca de seus direitos, bem como ser representado extrajudicialmente por advogado pago pelo Estado e 3) ser isento pelo Estado do pagamento das processuais próprias e dispensado provisoriamente das despesas processuais da parte contrária e de honorários sucumbenciais.

O direito à assistência jurídica gratuita tem a seguinte estrutura: um titular “a” (pessoa desprovida de

recursos) tem frente ao Estado o direito a (1), (2) e a (3). O conteúdo de (1), (2) e (3), determinará o tipo de ação a ser exigida do Estado, se positiva ou negativa, o que terá relevância no momento em que se pretender postular judicialmente o cumprimento desse direito<sup>3</sup>.

O direito de postular em juízo representado por advogado pago pelo Estado (1), bem como o direito de ser informado e orientado acerca de seus direitos, e representado extrajudicialmente por advogado pago pelo Estado (2), exigirão ações estatais positivas, que consiste no dever de legislar, regulamentando o exercício do direito e criando as defensorias públicas (órgão responsável constitucionalmente para a prestação da assistência jurídica, art. 134, CF/88) e o dever de implementação e manutenção das defensorias públicas; já o direito de ser isento pelo Estado do pagamento das despesas processuais próprias e dispensado provisoriamente das da parte contrária e de honorários sucumbenciais (3), consiste numa atuação estatal negativa, ou seja, o Estado terá o dever de se eximir na cobrança de taxas, custas e despesas processuais, nas hipóteses em que o postulante tratar-se de pessoa impossibilitada financeiramente de arcar com os gastos judiciais.

## 2.2. DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA: DIREITO À PRESTAÇÃO OU DIREITO DE DEFESA?

O direito a assistência jurídica gratuita está inserido no texto constitucional no rol dos direitos e garantias individuais, por isso, para alguns autores, trata-se de um direito civil (ALVES, 2006). Para outros, porque consiste em direito que visa assegurar a igualdade

3. Para Alexy (2002, p. 186), os direitos fundamentais encerram um feixe de posições subjetivas fundamentais que podem ser de três espécies: direitos a algo, liberdades e competências. Os primeiros são estruturados da seguinte forma: um titular do direito tem frente a seu destinatário um direito a algo. Cremos ser este o caso do direito fundamental à assistência jurídica gratuita. Ainda segundo o autor, o que diferencia os direitos a algo entre si é o seu objeto (conteúdo), que consistem numa ação positiva (direitos a prestação) ou negativa (direitos de defesa).

material perante o acesso à justiça, trata-se de um direito social (CAPPELLETTI e GARTH, 1998).

A classificação dos direitos fundamentais em direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, em que pese ser o critério adotado pelos instrumentos normativos internacionais e que tem inspirado muitas constituições<sup>4</sup>, pouco nos informa acerca do conteúdo dos direitos e sobre sua eficácia.

Segundo Sarlet (2004), no Direito Constitucional positivo brasileiro não há regime jurídico diverso para essas espécies de direitos fundamentais, já que o parágrafo primeiro do art. 5º da CF/88 estabelece sem distinção que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, por isso, o autor defende que a divisão dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestação é a que mais se adequa à realidade constitucional brasileira, além de ter a vantagem de “[...] propiciar elementos seguros sobre as funções dos direitos fundamentais, com aplicação na seara hermenêutica, inclusive no que concerne à sua eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais” (SARLET, 2004, p. 175).

Para Alexy (2002, p. 188), os direitos de defesa são aqueles em cujo conteúdo está a proibição do Estado interferir na esfera jurídica individual para impedir, destruir ou afetar seu exercício. Já os direitos a prestação são aqueles que possuem como conteúdo o dever do Estado de realizar ações positivas, ou seja, de proteger ou promover algo.

Os direitos de defesa apresentam menos problemas quanto à justiciabilidade do que os direitos a prestações, pois enquanto naqueles se proíbe toda ação estatal que consista em impedimento, destrui-

4. É o caso da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, dos dois Pactos Internacionais de direitos humanos que a sucederam e da Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969. A Constituição portuguesa de 1976, de forma bem similar, divide os direitos fundamentais em direitos, liberdades e garantias e direitos econômicos, sociais e culturais. A Constituição brasileira, distanciando-se um pouco dessa nomenclatura, fala em direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais, direitos à nacionalidade e direitos políticos. classificação adotada por Silva(1998,p.187).

ção e afetação em seu exercício, estes não estabelecem qual a ação específica para sua proteção e promoção, deixando-os a cargo do Estado. Isso faz com que sua imposição pela via judicial esteja condicionada não apenas por outros princípios materiais constitucionais, como os direitos de defesa, mas também por princípios formais como a competência do legislador e as limitações orçamentárias (ALEXY, 2002).

Cumprir analisar se o direito à assistência jurídica gratuita trata-se de um direito de defesa ou de um direito à prestação. Vimos que o seu conteúdo abrange a assistência judiciária, a assistência extrajudicial e a justiça gratuita e que para as duas primeiras o Estado tem o dever de realizar ações positivas, ou seja, prestações tanto normativas como fáticas. Quanto à justiça gratuita se exige que o Estado se abstenha de cobrar pelas despesas processuais, não impedindo que o titular do direito possa exercê-lo. Portanto, pode-se afirmar que o direito à assistência jurídica gratuita possui uma dupla dimensão: a prestacional e a defensiva<sup>5</sup>.

### 2.3. ASSISTÊNCIA JURÍDICA COMO CONCRETIZAÇÃO DE DIVERSOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

A inefetividade bem como a prestação deficiente do direito à assistência jurídica gratuita acarreta uma série de ofensas a princípios constitucionais basilares. Se lançarmos um olhar mais acurado ao redor desse instituto, podemos chegar à mesma conclusão a que

<sup>5</sup>. Ressalta-se que a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos à prestação não pretende dicotomizar tais direitos em categorias rígidas porque seu conteúdo pode abranger diversas posições, como alerta o próprio Alexy (2002, p. 429), exemplificando com o direito ao meio ambiente que envolve, direito a que o Estado omita determinadas intervenções no meio ambiente (direito de defesa), um direito a que o Estado permita o seu titular a participar de procedimentos relevantes (direitos à prestação de participação em procedimentos), e um direito a que o próprio Estado realize mudanças fáticas tendentes a melhorar o meio ambiente (direito à prestação em sentido estrito).

chegaram Cappelletti e Garth (1998, p. 12), quanto ao efetivo acesso à justiça, trata-se de “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Sem o acesso gratuito das pessoas carentes à justiça, não há defesa de direitos contra o Estado ou particulares (CANOTILHO, 2003). Se não há a possibilidade de se defender os direitos frente ao único órgão responsável por fazer valê-los, privam-se faticamente essas pessoas de todos os direitos, liberdades e garantias declarados pela ordem jurídica.

Se pessoas são impedidas de postular a proteção judicial por causa de suas condições econômicas, são discriminadas injustamente e há violação do princípio da igualdade em seus dois aspectos. O negativo, que proíbe o tratamento desigual em situações equivalentes, pois se o Estado cobra para realizar a função jurisdicional e não proporciona meios para que pessoas carentes ingressem em juízo, a justiça acaba se tornando privilégio de alguns mais abastados (CAOVILLA, 2003).

Por outro lado, a falta de implementação da assistência jurídica aos pobres, também, viola o princípio da igualdade no seu aspecto positivo que impõe o tratamento desigual para situações desiguais, ou seja, as pessoas impedidas de ingressar em juízo porque não podem arcar com os custos de uma demanda, devem ser tratadas de forma diferente pelo Estado.

Se não podem recorrer ao Judiciário para obrigar o Estado ao cumprimento de direitos sociais básicos permanecem mais marginalizados e mais longe se estará da realização de justiça social. Se as pessoas impedidas de obter a proteção judicial são excluídas do exercício de todos esses direitos, pode-se afirmar que, também, lhes é retirada a cidadania<sup>6</sup>. Se o Judiciário

<sup>6</sup>. Cidadania na sua acepção atual, como princípio que requer a realização de direitos, civis, políticos, sociais e também dos chamados interesses difusos e coletivos.

fecha as portas aos necessitados, é elitista e, por isso, antidemocrático.

Enfim, se não há garantia de liberdades, de igualdade, de direitos sociais mínimos, nem de cidadania, também não se pode falar em respeito à dignidade humana, pois como afirma Sarlet, para garantir a dignidade da pessoa humana requer-se:

[...] um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2001, p. 62).

Nesse sentido é que se afirma que o direito fundamental à assistência jurídica gratuita consiste numa concretização do direito de acesso à justiça, dos princípios da igualdade, da cidadania, da democracia, da justiça social e da dignidade da pessoa humana.

Trata-se também, pois que corolário do acesso à justiça, de verdadeira garantia de outros direitos, fundamentais ou não. Pela posição que o direito fundamental à assistência jurídica gratuita ocupa em qualquer ordenamento constitucional, perfilha-se o seu enquadramento entre as condições mínimas que devem ser asseguradas pelo Estado ao indivíduo para que tenha uma existência digna.

### **3 O CONTEÚDO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA INTEGRANTE DO MÍNIMO EXISTENCIAL**

A doutrina do mínimo existencial é resultado da atuação criativa da jurisprudência alemã no segundo pós-guerra, com o objetivo de assegurar a proteção judicial de direitos sociais prestacionais básicos,

ainda que não previstos expressamente na constituição. A fundamentação do direito a um mínimo social assentou-se, segundo Krell (2012, p. 61), no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à vida e à integridade física e no princípio do Estado Social.

Por outro lado, como acrescenta Tôrres (1989, p. 35), o mínimo existencial encontra fundamento, também, no direito à liberdade, tanto em seu conteúdo negativo, que proíbe a intervenção do Estado, especialmente na área tributária, para invadir a “esfera de liberdade mínima do cidadão representada pelo direito à subsistência”, quanto no seu conteúdo positivo (liberdade fática), exigindo prestações estatais, pois homens famintos, doentes, analfabetos e que mal têm o que vestir não poderão usufruir de fato de sua liberdade.

Em linhas gerais, o direito ao mínimo vital consiste no direito subjetivo definitivo de exigir do Estado prestações que atendam às condições básicas para uma existência digna. Há um consenso doutrinário de que essas condições mínimas dizem respeito ao atendimento básico em saúde, o acesso à alimentação básica e vestuário (assistência social), bem como a garantia da educação fundamental e de moradia (ALEXY, 2002; BARCELLOS, 2002 e KRELL, 2002).

Para Barcellos (2002, p. 258), o mínimo existencial é composto por quatro elementos: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Este último tem caráter instrumental em relação aos outros três, considerados pela autora de elementos materiais. Mais adiante assevera: “o direito subjetivo de acesso à justiça é o instrumento sem o qual qualquer dos três elementos anteriores, torna-se inócuo, um ‘sino sin badalo’, na imagem inspirada do Professor José Carlos Barbosa Moreira” (BARCELLOS, 2002, p. 296).

Conforme temos reiterado, sem acesso à proteção judicial não há imposição de direitos, nem mesmo daqueles mais básicos à sobrevivência humana, daí a



necessidade de inclusão do acesso à justiça no mínimo vital, como bem pondera a autora, definindo entre o seu conteúdo, a assistência jurídica gratuita.

Com efeito, o direito à assistência jurídica gratuita como corolário da universalidade do acesso à justiça também integra o mínimo vital como elemento de garantia dos demais direitos prestacionais básicos.

A pergunta quanto ao que pode ser judicialmente exigível do direito à assistência jurídica gratuita, à primeira vista pode revelar uma incongruência: como exigir judicialmente a prestação de tal direito se o indivíduo se encontra privado de provocar o judiciário por falta de condições econômicas?

Havendo violação do direito no próprio âmbito judiciário, por ocasião do indeferimento do pedido de justiça gratuita, o titular do direito deverá dispor dos recursos processuais cabíveis para acessar a instância superior, isento de despesas até a decisão definitiva em última instância (MARCACINI, 1996).

Se for o caso de falta ou deficiência da prestação dos serviços de assistência jurídica, por omissão estatal, por razões óbvias, o titular do direito não tem como ingressar em juízo, e a defesa do direito deverá ser promovida pelas entidades de classes, como a OAB, associações de bairros e/ou de moradores e, principalmente, pelo Ministério Público<sup>7</sup>.

**7.** Poderia se cogitar, por exemplo, em acionar o Judiciário para obrigar o Estado a implementar a Defensoria Pública onde esta ainda não existisse, bem como para exigir que o Estado de Alagoas realizasse concurso público para a admissão de defensores, quando este órgão no ano de 2007, estava apenas com 50% dos cargos existentes ocupados, segundo dados do Ministério da Justiça sobre a Defensoria Pública no Brasil, publicado no II Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil. Em 2007, em Alagoas havia 70 cargos de defensores públicos, mas apenas 35 estavam na ativa. Atualmente, são 72 cargos existentes e todos estão providos, totalizando um número de 72 defensores públicos para suprir toda a demanda estadual. Cf. dados em Mapa da Defensoria Pública do Brasil, publicado em março de 2013 pela ADADEP e pelo IPEA, disponível em: <[www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa\\_da\\_defensoria\\_publica\\_no\\_brasil\\_impresso.pdf](http://www.ipea.gov.br/sites/images/downloads/mapa_da_defensoria_publica_no_brasil_impresso.pdf)>. Acesso em: 3 maio 2013.

## 4 O TITULAR DO DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA

A tradição no direito brasileiro sempre foi a de adotar uma definição aberta do conceito de pobreza. Já no Decreto 2.457 de 1894, citado anteriormente, identificava-se uma preferência do legislador brasileiro em não determinar uma quantia fixa para aferição das necessidades do postulante à assistência judiciária. Segundo Lopes, o referido decreto estabelecia:

[...] um critério de relação e proporcionalidade: pobre era aquele que necessitando fazer valer um direito não o poderia sem privar-se dos recursos indispensáveis para a sua manutenção e de sua família. Pobre, seria, portanto, aquele que, embora possuindo poucos recursos, deles precisasse para as suas necessidades essenciais. (LOPES, 1999, p. 74).

No mesmo sentido, prescreve a Lei 1.060/50 que, embora tenha sofrido diversas alterações, continua em vigor<sup>8</sup>: O art. 2º, parágrafo único, prescreve: “Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e dos honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da sua família”.

Como se vê, o conceito legal de necessitado não visa assistir somente os miseráveis (indigentes ou pobres considerados pelo IBGE), mas também toda e qualquer pessoa que venha a ter comprometido o seu sustento em virtude dos gastos com o processo. A vantagem desse sistema é a inclusão de pessoas da classe média que, em razão de contingências financeiras, não podem arcar com as despesas da demanda judicial<sup>9</sup>.

A proteção legal é ampla e visa afastar as barreiras econômicas que impedem os hipossuficientes de de-

**8.** Como já se pronunciaram o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, ver jurisprudência no texto mais adiante.

**9.** Ao contrário de países como a França e os Estados Unidos que estabelecem tetos de renda fixa para admissão de clientes, comprovação de renda mensal, anual, situação familiar, despesas com tratamento médico etc., o que acabar por dificultar demasiadamente o acesso de muitos à justiça, especialmente os da classe média (ALVES, 2006).



fenderem seus direitos, assegurando de fato à universalidade do acesso à justiça.

Outro ponto positivo da legislação infraconstitucional diz respeito ao requisito para a verificação da pobreza do postulante. Segundo o art. 4º da Lei 1.060/50, bastará a simples afirmação da parte de que é necessitada, nos termos legais, para obter o direito à assistência judiciária, configurando tal afirmativa presunção de veracidade, até prova em contrário.

Embora, como se percebe, seja o intuito da legislação facilitar e ampliar o acesso à justiça, no plano administrativo tem ocorrido o contrário. Com base na interpretação literal do inc. LXXIV, do art. 5º da CF/88, que dispõe que a assistência jurídica integral e gratuita será prestada aos que “comprovarem” insuficiência de recursos, a maioria das defensorias estaduais vem estabelecendo critérios fixos de renda mensal para a admissão de clientes<sup>10</sup>.

As controvérsias sobre se a exigência de “comprovação” de insuficiência de recursos constante no dispositivo constitucional teria revogado o art. 4º da Lei 1.060/50, que prevê apenas a simples afirmação da parte para o gozo da assistência judiciária, chegaram ao STF ainda em 1996 quando a Corte assim decidiu:

Assistência Jurídica Integral. A CF, art. 5º, LXXIV, ao instituir a assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos, não revogou a assistência judiciária gratuita da Lei 1.060, de 1950, norma que se coloca dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso de todos à justiça (CF 5º XXXV). (STF, 2ª T. RE 205029-6-RS, rel. Min. Carlos Velloso, v.u, j. 26.11.1996, BolA-ASP 2071/697. Grifo nosso).

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça assentou seu entendimento:

Assistência judiciária. Benefício postulado na inicial, que se fez acompanhar por declaração firmada pela

<sup>10</sup>. Conforme Alves (2006, p. 265), apenas nove defensorias públicas do país utilizam critérios flexíveis para admissão de clientes, as demais exigem renda mensal máxima que varia entre dois e seis salários mínimos.

autora. Inexigibilidade de outras providências. Não revogação do art. 4º da Lei 1.060/50 pelo disposto no inciso LXXIV do art. 5º da Constituição. Precedentes. Recurso conhecido e provido. - Em princípio, a simples declaração firmada pela parte que requer o benefício da assistência judiciária, dizendo-se ‘pobre nos termos da lei’, desprovida de recursos para arcar com as despesas do processo e com o pagamento de honorários de advogado, é, na medida em que dotada de presunção iuris tantum de veracidade, suficiente à concessão do benefício legal. (STJ, Resp. n. 38.124-0-RS, Rel. Min. Sálvio Figueredo Teixeira, RSTJ, v.57, p. 412).

Ambas as cortes confirmaram o que se disse anteriormente sobre o intuito da legislação infraconstitucional que foi o de garantir o mais amplo acesso de todos à justiça e, por atender aos imperativos constitucionais (pois se encontra “dentro do espírito” da lei maior), deve ser mantida no ordenamento jurídico, “apesar da imprecisa redação dada ao inciso LXXIV”<sup>11</sup>.

Alguns autores, entretanto, têm sustentado a seguinte interpretação: como assistência jurídica é diferente de justiça gratuita, a Lei 1.060/50, continua em vigor apenas para esta última, pois para a assistência judiciária e extrajudicial a ser prestada pela defensoria pública, exigir-se-á a comprovação da carência econômica (MARCACINI, 1996). Essa concepção tenta contornar as dificuldades semânticas do texto constitucional com a legislação inferior de forma equivocada.

Primeiro, há que se assentar que a referida lei não se reporta apenas à concessão da justiça gratuita, mas também à assistência judiciária que continua em vigor especialmente nos casos em que não há defensores públicos lotados em determinadas comarcas. Além disso, a Lei Complementar nº 80/94, que traça normas gerais para a criação, organização e funciona-

<sup>11</sup>. Palavras do relator do referido acórdão do STJ: “Inexistiu razão, data venia, em considerar-se o art. 4º da Lei 1.060/50 não recepcionado pela vigente Constituição, apesar da imprecisa redação dada ao inciso LXXIV de seu art. 5º. Continua a fazer jus ao benefício da assistência judiciária a parte que simplesmente declare, nos termos da lei, sujeitando-se à pena nela contida (pagamento de até o décuplo das custas judiciais), se pobre, sem condições de arcar com as despesas do processo e dos honorários de advogado”

mento das defensorias públicas estaduais nada estabelece sobre os requisitos necessários à admissão de postulantes. Portanto, os efeitos da Lei 1.060/50 no que se refere a aferição de pobreza continuam incidindo sobre a assistência judiciária. Para a obtenção dos serviços de assistência extrajudicial, também prestados pelas defensorias públicas, deve valer o mesmo dispositivo, pois uma interpretação diferente criaria uma séria incongruência no sistema.

Em segundo lugar, defender uma restrição dos efeitos benéficos da Lei 1.060/50 apenas à gratuidade da justiça não condiz com o princípio interpretativo da máxima efetividade dos preceitos constitucionais. Conforme Barroso, a ideia de efetividade refere-se “[...] a necessidade de dar preferência, nos problemas constitucionais, aos pontos de vista que levem as normas a obter a máxima eficácia possível ante as circunstâncias de cada caso” (BARROSO, 2004, p. 246).

Destarte, a compreensão do inc. LXXIV do art. 5º da CF/88 deve ser no sentido de ampliar os seus efeitos, de forma a facilitar o acesso à justiça das pessoas desprovidas de recursos para fazê-lo. Como ensina Canotilho (2003, p. 1224), especialmente no âmbito dos direitos fundamentais, a norma constitucional deve ser interpretada da maneira que lhe assegure a maior eficácia possível. Se a legislação constitucional cumpre essa finalidade, sendo essa ratificada pelas decisões das duas maiores cortes jurisdicionais do país, a “comprovação” constante no dispositivo constitucional para a outorga da assistência jurídica deve ser entendida à luz daqueles preceitos legais.

Não se pode admitir que

[...] a intenção do constituinte fosse a de restringir o direito assegurado pela Lei 1.060/50. Pelo contrário, quis ampliá-lo, na medida em que empregou a expressão mais abrangente garantido não apenas a assistência judiciária, mas assistência jurídica integral e gratuita. (ALVES, 2006, p. 282).

Ademais, ressalte-se ainda que a interpretação meramente literal do dispositivo analisado acabaria por desafiar o princípio da proibição de retrocesso social que tem como objetivo garantir o núcleo essencial dos direitos sociais já concretizados pela legislação, impedindo medidas que venham a eliminá-los. Nas palavras de Sarlet (2004, p. 479), “[...] o conteúdo dos direitos sociais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido [...]”.

É certo que os imperativos da proibição do retrocesso social destinam-se, sobretudo, a limitar a atuação do legislador, porém não se pode negar que manter a interpretação do inciso LXXIV, em desconformidade com a Lei 1.060/50, que teve como escopo desburocratizar e facilitar o acesso à justiça seria incorrer em verdadeiro retrocesso social, especialmente por tratar-se de direito integrante do mínimo existencial.

Por isso assiste razão a Alves quando sustenta que:

A melhor interpretação, segundo nosso juízo, deve ser no sentido de dar credibilidade à declaração de carência prestada pelo postulante dos serviços, admitindo tal afirmação como suficiente para ensejar a atuação do Defensor Público na prestação dos serviços de assistência jurídica integral e gratuita, salvo naturalmente se o quadro fático levar a concluir outra de outra forma. (ALVES, 2006, p. 284).

Todas essas razões corroboram para se assentar o entendimento de que a “comprovação” de insuficiência de recursos para a obtenção da assistência jurídica (sentido amplo) integral e gratuita, a que se refere a Constituição Federal no dispositivo analisado deve se dar por meio da presunção legal de pobreza tal como estabelece a Lei 1.060/50<sup>12</sup>.

Note-se que defender uma concepção como essa não implica necessariamente estar contribuindo para a ocorrência de abusos na concessão dos ser-

<sup>12</sup> Vale lembrar que, de acordo com a sistemática legal, a presunção constitui um dos meios de prova do fato jurídico (Art. 212 do Código Civil).

viços<sup>13</sup>, pois a própria lei, em seus artigos quarto, parágrafos segundo e oitavo, cria mecanismos de contestação pela parte contrária e averiguação (em caso de dúvida fundada) do magistrado acerca da condição de pobreza do postulante e também estabelece as penalidades (o pagamento até o décuplo das custas) para aquele que afirmar falsamente sua situação econômica.

No âmbito da concessão da assistência jurídica prestada pela defensoria pública nada obsta a que o defensor, em caso de dúvida fundada (reitere-se) quanto à afirmação de pobreza do postulante, exija a comprovação de sua insuficiência de recursos, evitando assim, que os economicamente abastados terminem por usufruir de um privilégio, em detrimento dos mais necessitados.

## 5 CONCLUSÃO

Alguns processualistas afirmam que a primeira “onda renovatória” anunciada no movimento pelo acesso efetivo à justiça foi satisfeita com a criação do sistema de assistência judiciária gratuita. É bem verdade que a instalação das defensorias públicas em todo país contribuiu para garantir o acesso de muitos à proteção judicial. Todavia, a assistência jurídica gratuita é ainda um serviço prestado com muita deficiência e se mostra, particularmente no Estado de Alagoas, incapaz de atender a ampla demanda social que corresponde a mais de 74% da população do Estado<sup>14</sup>.

Defender a efetividade do direito fundamental à assistência jurídica gratuita é necessidade do nosso tempo. Sem acesso à justiça de todos, sem discriminações, não há igualdade, nem cidadania ou justiça

<sup>13</sup> Como o caso de pessoas financeiramente abastadas que, de má-fé, declaram a situação de pobreza e ao usufruírem dos serviços gratuitos gozam de verdadeiros privilégios.

<sup>14</sup> Cf. III Diagnóstico da Defensoria Pública no Brasil, p. 27, realizado pelo Ministério de Justiça em 2009, disponível em: <portal.mj.gov.br/main.asp?View={597BC4FE-7844-402D-BC4B-06C93AF009F0}>. Acesso em: 5 maio 2013.

social, não há democracia, nem dignidade da pessoa humana. A adoção de critérios fixos de renda mensal para aferição de pobreza dos postulantes à assistência jurídica no âmbito das defensorias públicas estaduais fundamenta-se em uma interpretação equivocada do inc. LXXIV do art. 5º da CF que, como vimos não se coaduna com a máxima efetividade do princípio constitucional da igualdade de acesso à justiça.

Tais medidas ensejam o controle judicial de constitucionalidade e legalidade a ser suscitado especialmente pelo Ministério Público e associações, pois como não é difícil perceber, aos titulares individuais desses direitos restam poucas chances de ingresso em juízo.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

ALVAREZ, Anselmo Pietro. Uma moderna concepção de Assistência Jurídica Gratuita. **Revista dos Tribunais**, ano 89, n.778, agosto/2000, p.42-58.

ALVAREZ, Anselmo Pietro. O Estado Social Democrático de Direito e a Assistência Jurídica Integral e Gratuita. **Revista dos Tribunais**, ano 95, n.848, junho/2006, p.36-59.

ALVES, Francisco Cleber. **Justiça para todos!** Assistência Jurídica gratuita nos Estados Unidos, França e no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais**: O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. Pós-Positivismo e a Nova Interpretação Constitucional. In: **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAOVILLA, Maria Aparecida Lucca. **Acesso à Justiça e Cidadania**. Chapecó: Argos, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1988.

DEMO, Roberto Luis Luchi. Assistência Judiciária Gratuita. **Revista dos Tribunais**, ano 91, n.797, março de 2002, p.727-764.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2002.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. **Garantia de Acesso à Justiça**: Assistência Judiciária e seu perfil constitucional. In: TUCCI, José Rogério Cruz (Org.). **Garantias Constitucionais do Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.47-90.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. Assistência Jurídica, **Assistência Judiciária e Justiça Gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

PONTES DE MIRANDA, F.C. **Comentários à Constituição Federal de 1967**. Tomo V. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968,

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, n.177, jul/set. 1989, p. 29-49.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa**. 2.ed., Coimbra: Almedina, 2001.

---

Recebido em: 25 de Julho 2014  
Avaliado em: 10 de Agosto de 2014  
Aceito em: 11 de agosto de 2014

---

1. Possui Mestrado em Direito Público pela Universidade Federal de Alagoas (2008). É especialista em Direito Constitucional pelo Centro de Estudos Superiores de Maceió (2006) e graduada em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2000). É advogada e professora da Faculdade Integrada Tiradentes. Email: daniellechaiz@uol.com.br