

## O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA: EVOLUÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO DE NOSSO TEMPO

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

1. A expressão "assistência judiciária" apareceu pela primeira vez em texto constitucional, entre nós, na Carta da República de 16.7.1934, cujo art. 113, nº 32, rezava: "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". Ainda não se havia consagrado, no mesmo nível, e em termos expressos, o direito genérico de acesso ao Poder Judiciário – o que só viria a ocorrer com o advento da Constituição de 18.9.1946, *ex vi* do art. 141, § 4º, *verbis* "A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual". A observação parece interessante, quando se tem em vista que quaisquer medidas tendentes a remover ou atenuar os obstáculos habitualmente encontrados pelas pessoas carentes de meios para prover às despesas relacionadas com a defesa de direitos nada mais significam, a rigor, que desdobramentos necessários daquela garantia fundamental – tentativas, por assim dizer, de imprimir-lhe efetividade, em certa perspectiva.

Não deixa de ser curioso que se tenha cuidado de assegurar constitucionalmente o benefício *específico* antes mesmo de inscrever nesse plano a franquia *genérica*. Sempre se poderá obtemperar, sem dúvida, que não era exaustivo o elenco inscrito *expressis verbis* na Lei maior, conforme aliás ressaltava do disposto no art. 78 da primeira Carta republicana, de 24.2.1891, e no art. 114 da Constituição de 1934 (1). Nem por isso vale menos a pena registrar o descompasso.

O texto de 1934 tratava em conjunto de duas ordens de providências: a "isenção de emolumentos, custas, taxas e selos" e a criação imposta à União e aos Estados, de "órgãos especiais" para assistir os necessitados. Elas se referiam a duas dimensões realmente distintas, se bem que complementares,

do fenômeno. De um lado, em sistema como o nosso, os interessados na prestação jurisdicional precisam normalmente desembolsar somas destinadas a custear o funcionamento da máquina judiciária; de outro lado, em regra, têm de remunerar também os serviços de advogados, excepcionais que são os casos de comparecimento e atuação em juízo sem a intermediação obrigatória de pessoas profissionalmente habilitadas. Inconfundíveis os problemas que se defrontam quando se quer eliminar ou reduzir cada uma dessas fontes de dispêndio. Uma coisa é dispensar o economicamente fraco de determinados pagamentos – com o que apenas se priva da correspondente receita a entidade à qual se teria de pagar; outra coisa é proporcionar-lhe a prestação de serviços realizados, sob condições normais, por terceiro(s), mediante remuneração – para o que podem tornar-se indispensáveis medidas no plano da organização administrativa, e não haverá como evitar o aumento da despesa (2). Embora o ideal seja conjugá-las, em princípio concebe-se que qualquer dessas duas ordens de providências se veja implementada independentemente da outra; e a distinção é relevante, como se mostrará, para encaminhar a solução tecnicamente correta ao menos uma questão de importância prática (v. *infra*, nº 6).

2. Nenhuma disposição sobre a matéria continha a Carta de 1937. Ao regime autoritário do "Estado Novo" importava bem pouco a garantia do acesso à Justiça – para as pessoas de recursos escassos nem mais, nem menos, que para outras...

Em todo caso, na vigência dessa Constituição, cuidou do tema o Código de Processo Civil de 1939 (arts. 68 e segs.). Nele se definia o pressuposto do direito ao benefício da gratuidade, a ser pleiteado ante o juiz "competente para a causa" (art. 74, *initio*), como o fato de não estar a parte "em condições de pagar as custas do processo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família" (art. 68, *initio*). Tal situação teria de ser justificada pela declaração do "rendimento ou vencimentos" do requerente, bem como dos "seus encargos pessoais e de família" (art. 72); e comprovada "com o atestado de pobreza expedido (...) pelo serviço de assistência social", onde houvesse, "ou pela autoridade policial do distrito ou circunscrição" em que residisse o interessado (art. 74, *fine*). O benefício abrangeria, em princípio, a isenção das taxas judiciárias e dos selos, dos emolumentos da Justiça, das despesas com as publicações no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais, das indenizações devidas a testemunhas (3) e dos honorários do advogado e perito (art. 68, *caput*, I a V); mas poderia ser concedido parcialmente, se também em parte o beneficiário estivesse em condições de suportar as despesas do processo, caso em que o juiz mandaria "pagar as custas aos oficiais de justiça, porteiros de auditórios e demais serventuários", na ordem que estabelecesse, "considerando as necessidades de cada um" (art. b 79).

Tinha o benefício caráter personalíssimo, extinguindo-se com a morte do beneficiário, sem prejuízo da possibilidade de ser concedido aos herdeiros que prosseguissem no feito, desde que satisfeitos os requisitos legais (art. 69). Estrangeiro só faria jus à concessão da gratuidade se residisse no Brasil e tivesse filho brasileiro, ou se a sua lei nacional consagrasse reciprocidade de tratamento (art. 70).

Quanto à prestação de serviços advocatícios, rezava o art. 68, parágrafo único: "O advogado será escolhido pela parte; se esta não o fizer, será indicado pela assistência judiciária e, na falta desta, nomeado pelo juiz". Dava-se relevo, com acerto, à possibilidade de escolha profissional pelo próprio interessado, tomando-se na devida consideração os aspectos personalíssimos em geral inerentes à relação cliente-advogado. Todavia, o funcionamento do mecanismo tinha de repousar essencialmente sobre a velha concepção do "dever honorífico" a carga dos que exercem a profissão: em princípio, com efeito, o advogado escolhido não receberia remuneração pelos serviços que prestasse (4) – regime insatisfatório, como acentua a doutrina (5), por mais irrealista que se mostre (ao menos em sociedades como a brasileira, e a curto prazo) a suposição de que se possa prescindir totalmente da boa vontade, para não dizer da abnegação, de profissionais generosos.

3. Voltou a matéria ao plano constitucional com a Carta de 18.9.1946, cujo art. 141, § 35, dispôs: "O poder público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados". O texto era menos explícito que o de 1934, que, conforme se mostrou, aludia às duas dimensões: a isenção de despesa e a criação de órgãos para a prestação de serviços. Visto que já existia legislação ordinária, conjurado ficou o perigo de entender-se que a cláusula "na forma que a lei estabelecer" tornava meramente "programática" a norma da Constituição (6). Continuaram a incidir os arts. 68 e segs. do Código de Processo Civil, até que entrou em vigor a Lei nº 1.060, de 5.2.1950.

O novo diploma, frise-se desde logo, não alterou em substância os pressupostos da concessão do benefício, nem a respectiva extensão. Definiu como necessitado 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" (art. 2º, parágrafo único), reproduzindo a fórmula do art. 68, *caput*, do estatuto processual, com o exclusivo acréscimo da referência aos honorários advocatícios. Repetiu a imposição, feita ao interessado, de declarar "o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família" (art. 4º, *caput*). Continuou a reclamar a prova da necessidade, que deveria consistir em atestado expedido "pela autoridade policial, ou pelo prefeito municipal" (art. 4º, § 1º, 2ª parte), ou ainda, nas capitais dos Estados e no Distrito Federal, por "autoridade expressamente designada" pelo prefeito

(art. 4º, § 2º). Por outro lado, conformando-se ao preceito constitucional (art. 141, *caput, initio*), abandonou, com relação aos estrangeiros, a exigência de terem filho brasileiro e contentou-se com a residência no Brasil (art. 2º, *caput*).

No que tange às verbas cobertas pela isenção, a enumeração do art. 3º também copiou, no essencial, a do art. 68, *caput*, do Código de Processo Civil. O confronto revela uma única diferença, relativa à indenização das testemunhas, cujo interesse passou a ser levado em conta: estabeleceu-se que, estando empregadas, elas receberiam do empregador "salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público estadual, nos Estados". Hoje, deve entender-se que a isenção abrange igualmente o depósito exigido pelo art. 488, nº II, do vigente Código de Processo Civil, para a propositura da ação rescisória, cujo exercício não se concebe seja negado aos carentes de meios (7). Não assim as multas processuais: a pobreza não justifica, ao nosso ver, a concessão de um *bill* de indenidade quanto a comportamentos antijurídicos.

Importa ver como se designa o profissional que se incumbirá da representação do beneficiário em juízo. Ao definir o requerimento, deve o juiz determinar que o serviço estadual de assistência judiciária, onde houver, ou, na sua falta, a Ordem dos Advogados do Brasil, proceda à indicação (lei nº 1.060, art. 5º, §§ 1º e 2º). Caso não haja, no local, subseção da OAB, competirá ao próprio juiz nomear o advogado que patrocinará a causa (art. 5º, § 3º). Cumpre ressaltar, no entanto, que sempre terá preferência para a prestação do serviço o profissional que o próprio interessado indicar e que declare aceitar o encargo (art. 5º, § 4º; cf. o art. 93 da Lei nº 4.215).

4. Nem a Constituição de 24.1.1967, nem a Emenda nº 1, de 17.10.1969, trouxe novidade de monta nesta matéria. A redação adotada não variou de uma para outra: "Será concedida assistência aos necessitados, na forma da lei" (respectivamente, art. 150, § 32, e art. 153, § 32).

Em nível infraconstitucional, permaneceu em vigor a Lei nº 1.060, que subsiste até hoje, com todos os seus defeitos, e apesar das não poucas alterações que vem sofrendo. Destas, a mais importante diz respeito à verificação do pressuposto da necessidade. Aliás, não se trata, a rigor, de *uma* alteração, mas de autêntico processo evolutivo, no sentido de facilitar as coisas para o interessado na concessão do benefício. A princípio, consoante se registrou, precisava ele obter atestado de autoridade pública. Mais tarde, a apresentação do atestado passou a ser dispensada para quem exibisse carteira de trabalho, à vista da qual o juiz pudesse apurar a carência (Lei nº 6.654, de 30.5.1979), vindo pouco depois a especificar-se que o requisito se teria por satisfeito sempre que, nos termos do contrato de trabalho, o requerente percebesse salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal (Lei nº 6.707, de

29.10.1979). A evolução atingiu o ápice com a Lei nº 7.510, de 4.7.1986, que modificou radicalmente a redação do art. 4º da Lei 1.060, para estabelecer que a pura e simples declaração do interessado, de não estar em condições de custear o feito sem prejuízo próprio ou da família, geraria em seu favor a presunção relativa de necessidade (antes, já nesse sentido, mas em termos menos específicos, o art. 1º, *caput*, da Lei nº 7.115, de 29.8.1983). Cessa a presunção desde que se verifique a existência de meios suficientes, seja mediante prova em contrário produzida pela outra parte (art. 7º), seja em virtude de apuração feita *ex officio* pelo juiz. Para eventual falsidade da declaração de carência, comina-se a sanção de "pagamento até o décuplo das custas judiciais" (art. 4º, § 1º, *fine*); claro está que não fica excluída a possibilidade de conseqüências no plano penal.

Outra alteração digna de registro, no concernente aos efeitos da concessão (8), foi a consagrada pela Lei 7.288, de 18.12.1984, que acrescentou um parágrafo ao art. 3º. Ela veio dar solução a problema delicado: o da citação do réu por edital, quando o autor é beneficiário da gratuidade. Normalmente, o edital deve ser publicado ao menos duas vezes "em jornal local, onde houver" (Código de Processo Civil, art. 232, nº III) – o que implica o pagamento do preço cobrado pelo órgão publicador, a menos que alguma norma jurídica o obrigue a publicar o edital gratuitamente. A isenção prevista no art. 3º, *caput*, da Lei nº 1.060 só abrange as "despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação de atos oficiais"; não, porém, as relativas a publicações *noutros* órgãos. Impor ao desprovido de recursos o ônus de custear essas publicações significaria, na prática, impedi-lo de exercer o direito de ação todas as vezes que o citando se encontrasse numa das situações contempladas no art. 231, *caput*, do estatuto processual.

O alvitre consagrado pela Lei nº 7.288 (e, depois, novamente, pela Lei nº 7.395, de 10.9.1985, que introduziu no art. 232 do Código o atual § 2º, de teor substancialmente igual ao do art. 3º, parágrafo único, da Lei nº 1.060) consiste em dispensar a publicação de edital citatório noutro órgão além do oficial. É verdade que assim se impõe sacrifício sensível ao direito de defesa, com a redução da probabilidade de que a notícia da propositura da ação chegue efetivamente ao conhecimento do réu; isso, contudo, há de ter parecido ao legislador o menor dos males. De resto, a solução já era preconizada em doutrina e adotada em decisões judiciais antes do advento dos diplomas acima referidos (9).

5. Convém examinar neste passo, ainda que brevemente, algumas questões que têm surgido na interpretação e na aplicação do ordenamento legal. Uma delas é a da possibilidade, ou não, da concessão do benefício da gratuidade a pessoa jurídica. O texto da Lei nº 1.060, embora redigido, ao que tudo

indica, com os olhos postos no caso de pessoas físicas, não exclui de modo categórico tal possibilidade. Obstáculo intransponível não se deve enxergar sequer na cláusula do art. 2º, parágrafo único, *verbis* "sem prejuízo do sustento próprio ou da família": é óbvio que não há cogitar da hipótese derradeira, mas não fica excluída a outra: conquanto pessoa jurídica não tenha família, perfeitamente se concebe que lhe faltem meios de prover às despesas do processo sem sacrificar sua própria manutenção. É natural que se adote aí maior cautela, incumbindo ao órgão judicial, se houver indícios de abuso, determinar, mesmo de ofício, as diligências necessárias ao conhecimento da realidade. O que não se afigura razoável é negar *a priori* o cabimento da medida.

O ponto não é pacífico. Um Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro esposou a tese negativa, justificando-a com a afirmação de que o benefício se inscrevia na Constituição Federal entre os direitos e garantias individuais (10). O argumento já era pouco persuasivo sob a Carta anterior: não obstante a rubrica do Capítulo IV do Título II, vários textos do art. 153 referiam-se a pessoas jurídicas – ou exclusivamente a estas (como o § 28, 2ª parte), ou indiferentemente a elas e às pessoas físicas (por exemplo: § 2º, § 3º, § 9º, § 22, § 29, § 30...). Incontáveis mandados de segurança foram impetrados por pessoas jurídicas, sem que se lhes objetasse com a colocação do § 21 do art. 153. Hoje, menos ainda se justifica, por esse ângulo, a posição negativa, localizado que está o dispositivo constitucional pertinente no art. 5º, nº LXXIV, sob a rubrica "Dos direitos e deveres individuais e coletivos" (Capítulo I do Título II) (11).

Outro ponto que tem dado margem a dúvidas: fica excluída a concessão do benefício pelo fato de ter o interessado bens de certo valor? A questão foi muitas vezes suscitada a propósito de inventários, em que o inventariante requer a gratuidade apesar de considerável o acervo hereditário. Deve partir-se da premissa de que o pressuposto legal do direito ao benefício é a "situação econômica" que não permite a alguém "pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo ou sustento próprio ou da família" (Lei nº 1.060, art. 2º, parágrafo único). Os dados essenciais são, pois: a) os rendimentos; b) os bens consistentes em pecúnia, de que o interessado tenha disponibilidade – por exemplo, depósitos (não bloqueados!) em conta-corrente –, ou ainda os facilmente conversíveis em dinheiro, como os títulos com cotação no mercado, coisas negociáveis com rapidez e simplicidade. A existência de patrimônio imobiliário, por si só, não afasta necessariamente, sob quaisquer circunstâncias, a possibilidade da concessão. No inventário menos que alhures: seria pouco razoável compelir os herdeiros desprovidos de numerário a alienar os bens do espólio para custear o processo. A jurisprudência predominante vem adotando a tese correta (12).

Problemas sérios às vezes surgem com referência à prova pericial. A lei é expressa em incluir os honorários de peritos entre as verbas que o beneficiário da gratuidade está dispensado de pagar (art. 3º, *caput*, nº V). Entretanto, pode haver – e não raro há – necessidade de outros gastos. Decidiu o Tribunal de Justiça de S. Paulo que se deve entender com largueza a isenção, para fazê-la abranger quaisquer despesas com a realização da perícia, inclusive "as concernentes a serviços técnicos complementares, ou suplementares, custos de documentos e transportes, bem como outros gastos, sob rubrica de despesas indiretas" (13). A decisão é excelentemente inspirada, mas parece ao menos problemático que se possa sempre levar a tese às últimas conseqüências.

Tomemos o exemplo dos mais modernos e eficientes tipos de exames hematológicos (HLA, DNA), de emprego extremamente oportuno em ações de investigação de paternidade. Até o momento em que se está redigindo este trabalho, salvo engano, só em duas cidades do Brasil (Belo Horizonte e S. Paulo) presta-se tal serviço. Acresce que se tem de fazer o exame dentro de breve prazo após a colheita do material, sob pena de não se conseguir resultado válido. Se o processo corre alhures, em lugar distante, torna-se indispensável que o portador se desloque rapidamente para alguma daquelas capitais, o que implicará, em grande número de casos, a utilização (entre outros) de transporte aéreo. A concessão do benefício da gratuidade à parte interessada na realização da perícia obrigará as empresas transportadoras a emitir passagens gratuitas, mesmo na ausência de norma jurídica que lho imponha em termos inequívocos? Na verdade, a regulamentação da matéria – neste ponto como noutros – é insuficiente: para quem do limite constitucional, não cobre tudo que a Constituição promete ao necessitado.

Outra questão que de vez em quando se tem suscitado consiste em saber se a concessão do benefício da gratuidade implica forçosamente a representação judicial do interessado por funcionário do órgão estatal competente, ou se o beneficiário pode fazer-se representar por advogado de sua escolha, sem vínculo com a Administração Pública, disposto a prestar gratuitamente o serviço. Ao nosso ver, a dúvida de modo algum se justifica: basta ler os arts. 5º, § 4º, da Lei nº 1.060, e 93 da Lei nº 4.215, os quais, consoante se registrou (*supra*, nº 3), e por intuitivas razões, dão até prioridade à hipótese de escolha pessoal – disciplina conforme com os princípios e em nada incompatível com a vigente Constituição. Voltaremos ao tópico oportunamente (*infra*, nº 6).

6. É chegado o momento de ver que tratamento deu ao assunto a Carta de 5.10.1988. Como salta aos olhos, o elenco de franquias nela consagrado no Capítulo II do Título II é muito mais extenso que o tradicionalmente contido, sob a rubrica "Dos direitos e garantias individuais", nas precedentes Constituições. Nada de mais natural que se reencontre nele a previsão expressa (em

termos ampliados) do direito em foco, a cujo respeito – já se assinalou (*supra*, nº 2) –, de todas as que se sucederam nos últimos sessenta anos, só a Carta fascistóide de 1937 se animou a silenciar.

Surpreende que se ponha em dúvida ter a matéria "tal relevância que deva ser incluída entre os direitos e as garantias individuais": e mais ainda se acrescente: "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" (14). Basta pensar na eventualidade de que pessoa desprovida de meios se sinta lesada ou ameaçada no seu direito à expressão do pensamento e queira reclamar da Justiça a correspondente proteção: se não puder contar com a franquia de que estamos cuidando, a que ficará, na prática, reduzido aquele direito? Essa trivial reflexão evidencia que não são tão distantes, afinal de contas, os planos em que uma e outro acham lugar adequado para inscrever-se, e que a vizinhança (relativa) do inciso LXXIV em nada desvaloriza, no art. 5º, o inciso IV...

Examinemos o texto: "O Estado prestará assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos". A primeira observação, um tanto óbvia, é a de que "Estado" designa aí – como em muitos outros dispositivos (v. g. arts. 5º, nº LXXIII, 196, 205, 215, 217, 218, 226, 227, 230...) – toda e qualquer entidade político-administrativa: não apenas a União e os Estados-membros (15). Também o Município, por exemplo, no âmbito próprio de sua atuação, tem o dever de assistir, e também em face dele pode surgir para o necessitado, nesse âmbito, a pretensão à assistência. Pouco importa que só a União, os Estados e o Distrito Federal sejam competentes para *legislar* sobre "assistência jurídica e defensoria pública" (art. 24, nº XIII): não há confundir competência legislativa e competência administrativa, que nem sempre coincidem.

Quis a Constituição individualizar o órgão a que incumbirão "a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV": conferiu tais atribuições à Defensoria Pública, cuja existência se tornou obrigatória na União, no Distrito Federal, nos Territórios e nos Estados (art. 134 e seu parágrafo único). Daí tampouco se tira argumento capaz de excluir para os Municípios o dever de assistir, até porque – como adiante se ressaltará – as atribuições mencionadas não esgotam o âmbito da "assistência jurídica integral".

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 o 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, mes-

mo, 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 (cf. *supra*, nº 1) –, nada obsta a que ele reclame do Estado *apenas* o primeiro. É antijurídico impor-lhe o dilema: tudo ou nada. Em país com as características do nosso, denota, além disso, alarmante dose de irrealismo ou de insensibilidade. Eventuais abusos de litigantes ou advogados inescrupulosos hão de encontrar o corretivo adequado em cada hipótese. 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 (16).

A grande novidade trazida pela Carta de 1988 consiste em que, para ambas as ordens de providências, o campo de atuação já não se delimita em função do atributo "judiciário", mas passa a compreender tudo que seja "jurídico". A mudança do adjetivo qualificador da "assistência", reforçada pelo acréscimo do "integral", importa notável ampliação do universo que se quer cobrir. 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 natureza jurídica, praticados extrajudicialmente; a prestação de serviços de consultoria, ou seja, de informação e aconselhamento em assuntos jurídicos.

Alguns dos fenômenos que aí se poderiam enquadrar figuram, em termos específicos, como objeto de outras disposições constitucionais. Assim, v.g., o inciso XXXIV do mesmo art. 5º assegura "a todos (...), independentemente do pagamento de taxas" – isto é, de graça – "o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder" (letra *a*) e "a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal" (letra *b*). No particular, a carência de meios não constitui pressuposto do direito; quem quiser exercê-lo não precisa, pois, invocar a condição de necessitado, em que porventura se ache.

Diversa é a situação no tocante aos atos referidos no inciso LXXVI (registro civil de nascimento e certidão de óbito), para os quais se reserva aos "reconhecidamente pobres" o benefício da gratuidade. Tais atos são cobertos pela cláusula da "assistência jurídica integral", de modo que o texto do inciso LXXVI é meramente *explicitante*, quanto a dois casos específicos, da franquia

genérica do inciso LXXIV. Nem se objete que este só se refere ao "Estado", enquanto "os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado" (art. 236, *caput*, 1ª parte, com a ressalva do art. 32 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias): eles assim são exercidos "por delegação do Poder Público" (art. 236, *caput*, 2ª parte), e não há considerar que o fato de delegar-se o serviço acarrete, para quem a ela faria jus, o cancelamento da possibilidade de gozar da franquia. O que se deve entender é que o delegado assume, nos mesmos termos, o dever, que corria ao delegante, de prestar a assistência. Isso vale para o registro de nascimento e para a certidão de óbito, como para quaisquer outros congêneres. A lei que, de acordo com o art. 236, § 2º, "estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro", terá de preservar a gratuidade devida aos carentes de meios, sob pena de tornar-se inconstitucional.

O art. 5º, nº LXXVI, confere o benefício da "assistência jurídica integral e gratuita" aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País "que comprovarem insuficiência de recursos". No plano da legislação ordinária, já se havia chegado a consagrar, para a gratuidade da justiça, presunção (relativa) de necessidade à luz da simples declaração do interessado de não estar em condições de prover às despesas pertinentes sem prejuízo próprio ou da família (Lei nº 1.060, art. 4º, *caput*, com a redação dada pela Lei nº 7.510, de 4.7.1986). Pode parecer à primeira vista, que a Constituição teria restaurado o regime anterior, no qual se exigia do requerente a comprovação da carência (*supra*, nº 4). Dir-se-ia, com base nessa interpretação literal, que a Carta de 1988 revogou o texto que dispensa a prova.

É de rejeitar semelhante entendimento. Nada faz crer que o legislador constituinte, ao elaborar um diploma profundamente marcado – com todos os defeitos que se lhe possam imputar – pela preocupação com o social, haja querido dar marcha-à-ré em processo evolutivo como o de que se cuida. De qualquer maneira, a supor-se que a lei houvesse concedido um *plus* aos necessitados, nem por isso se teria de concluir por sua incompatibilidade com a Constituição, que não estaria sendo contrariada (17), como seria, por exemplo, se a lei negasse a assistência, em algum caso, *apesar* da comprovação. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por decisão unânime de seu Órgão Especial (18), reconheceu como subsistente a presunção de necessidade, decorrente da mera declaração do interessado. A fundamentação do acórdão alude ao disposto no art. 30 da Constituição Estadual, cujo *caput*, ecoando a Federal, reza: "O Estado obriga-se, através da Defensoria Pública, a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", e cujo art. 2º ajunta: "Comprova-se a insuficiência de recursos com

a simples afirmação do assistido, na forma da lei". A norma vale, a rigor, para a atuação da Defensoria Pública, órgão da Administração Estadual, e não é passível de extensão, *sic et simpliciter*, a matérias estranhas à competência legislativa do Estado; mas o princípio subjacente pode e deve ser considerado como invocável em todo o âmbito da "assistência jurídica integral" – ao menos, por aplicação analógica da regra inserta no art. 4º da Lei nº 1.060, quanto à assistência *judiciária*, e tendo em vista o preceito do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil.

7. Da exposição feita nos itens anteriores ressalta que o Brasil, no tema que ora se versa, não está mal servido de textos normativos. O panorama dos fatos projeta, sem dúvida, imagem muito menos satisfatória: aqui, como alhures, prevalece a velha e conhecida contraposição entre o "país legal" e o "país real". Seria de estranhar, aliás, que funcionassem bem os serviços da Justiça, e outros correlatos, em proveito de pessoas carentes de meios, se o funcionamento deixa tanto a desejar mesmo quando prestados tais serviços a quem dispõe de recursos para ocorrer às despesas necessárias.

Na verdade estamos longe – neste e em inúmeros outros pontos – de realizar o que promete a Constituição da República. Para começar, é estreitíssima a faixa da população realmente atingida, de alguma forma, pelo benefício. No Estado do Rio de Janeiro, durante o primeiro semestre de 1991, a Defensoria Pública atendeu ao todo a 309.268 pessoas, das quais 129.545 na Comarca da Capital. Não é preciso recorrer a pesquisas para concluir, de imediato, quão larga é a distância entre as necessidades e a efetiva prestação de serviços – seja dito sem nenhum desprimor para a Defensoria Pública, na qual funcionários em geral competentes e zelosos se esforçam por superar condições de trabalho notoriamente desfavoráveis, para cumprir de modo cabal as atribuições do cargo.

Ao que tudo indica, há entre nós, no que concerne à vida jurídica, e particularmente nos estratos menos favorecidos da sociedade, uma forte demanda reprimida, uma enorme quantidade de prestações que não chegam a ser pedidas, de pleitos que não se formulam, de atos que não se praticam, e com frequência nem sequer se tenta praticar – o registro de nascimentos pode, justamente, servir de exemplo. O fenômeno tem causas numerosas e variadas. Uma delas, bastante óbvia, é a falta de informação: não poucos, pelo país afora, simplesmente ignoram que têm determinados direitos e que, se algum for lesado ou ameaçado de lesão, é possível reclamar do Estado uma providência reparadora ou acautelatória. Ignoram, também, que deles mesmos se esperam certas iniciativas, como a de registrar os filhos, ou a de formalizar por escrito, em instrumento próprio, o ajuste feito acerca de lote de terreno onde pretendem instalar-se. Outras muitas dificuldades concorrem para bloquear aos despro-

vidos de meios o acesso ao jurídico: a distância a que vivem dos lugares em que se têm de praticar determinados atos, a escassez de tempo disponível para cuidar do assunto, inibições psicológicas e culturais de toda sorte... Nessa medida, o desatendimento das necessidades não resulta de deficiências na atuação dos agentes incumbidos de acudir àquelas, mas da abstenção dos próprios necessitados, que não os provocam.

Numa segunda faixa situam-se essas deficiências, de resto notórias. Aqui também a diversidade de causas é gritante, e vai desde a impossibilidade de prover adequadamente à instalação e manutenção de aparelhos assistenciais capazes de funcionar de modo satisfatório (19), até contingências de índole personalíssima, como a pouca disposição que tenha tal ou qual advogado de grande clientela e rendosa atividade profissional para dedicar parte de seu tempo e de suas energias à orientação jurídica ou à defesa judicial de quem nada lhe pode pagar.

O colorido sombrio da realidade social não dispensa o jurista, porém, de trabalhar sobre as normas, até porque, se a revelação nítida daquilo que, segundo o ordenamento, *deve ser*, impossível se torna medir com exatidão o caminho que se tem de percorrer para diminuir, senão anular, a defasagem existente. E essa mensuração, conforme ninguém deixará de compreender, é essencial para a escolha da estratégia mais apropriada ao empreendimento. Daí a importância prática de um exame cuidadoso do tecido normativo e de sua evolução ao longo dos anos.

A Constituição de 1988 assinala, nesse processo evolutivo, ponto de inflexão que não pode passar despercebido. É curioso, para dizer o menos, que os comentadores do art. 5º. nº LXXIV, não estejam demonstrando perceber a grandeza do passo dado com a substituição do conceito de "assistência judiciária" pelo de "assistência jurídica integral" (20). O assunto decerto merece, primeiro, a nossa atenção; em seguida, a nossa reflexão; depois – *last but not least* – o nosso esforço para fazer transbordar do papel para a vida a bela promessa constitucional.

## NOTAS

(1) Nessa Ordem de idéias, ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição anotada*, vol. II, Rio, 1957, pág. 67, comentando o art. 141, § 4º, do texto de 1946, chegava a sustentar que "em bom direito (...) seria dispensável o atual parágrafo, porque o recurso ao judiciário decorreria do próprio sistema de divisão de Poderes e de Estado de Direito e seria tornar vazios de conteúdo os direitos garantidos se a lei pudesse excluir a tutela judicial".

(2) Atente-se, ao propósito, na lição de PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, t. V, S. Paulo, 1968, págs. 601/2: "Assistência judiciária e benefício da justiça gratuita não são a mesma coisa. O benefício da Justiça gratuita é direito à dispensa provisória de despesas, exercível em relação jurídica processual, perante juiz que promete a prestação jurisdicional. É instituto de direito pre-processual. A assistência judiciária é a organização estatal, ou para-estatal, que tem por fim, ao lado da dispensa provisória das despesas, a indicação de advogado. É instituto de direito administrativo" (grifos do original).

(3) Nos termos do art. 249, a testemunha poderia reclamar da parte "o pagamento das despesas feitas com o comparecimento", inclusive o salário que por esse motivo deixasse de receber. O art. 68, *caput*, nº IV, cancelava, pura e simplesmente, esse direito, na hipótese de gozar o litigante do benefício da gratuidade. Com certa razão dizia do dispositivo PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 1ª ed., vol. I, Rio, 1947, pág. 282: "Sacrifica talvez o interesse da testemunha ainda mais pobre".

(4) Os diplomas atinentes ao exercício profissional fizeram expressa referência ao aludido dever: assim, o art. 26, nº IV, do antigo Regulamento da Ordem dos Advogados do Brasil e, mais tarde, o art. 87, nº XI, da Lei nº 4.215, de 27.4.1963. Escassas têm sido, entre nós, as iniciativas de modificar tal situação: mencione-se, em S. Paulo, a Lei nº 7.489, de 26.11.1962, segundo a qual, nas comarcas onde não houvesse serviço oficial de assistência judiciária, os advogados que, por nomeação do juiz, atuassem "em processos civis ou criminais, na qualidade de dativos, para assistência ou defesa de pessoas pobre", seriam remunerados pelos cofres estaduais, de acordo com tabela elaborada pela seção local da OAB.

(5) Vide, por todos, CAPPELLETTI, *La giustizia dei poveri, in Processo e ideologie*, Bolonha, 1969, págs. 547 e segs.

(6) Em todo caso, a PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1946*, t. V, 3ª ed., Rio, 1960, pág. 385, afigurou-se útil advertir: "A regra é bastante em si, sef-executing, a despeito da alusão à forma que a lei estabelecer".

(7) Cf. BARBOSA MOREIRA, *Comentários ao Código do Processo Civil*, vol. V, 5ª ed., 1985, pág. 182, com outras indicações de doutrina (às quais se pode acrescentar ERNANE FIDELIS DOS SANTOS, *Manual do Direito Processual Civil*, vol. 2, S. Paulo, 1986, pág. 310) e de jurisprudência em a nota 276. Vide, no mesmo sentido, os Acórdãos coligidos por ALEXANDRE DE PAULA, *O processo civil à luz da jurisprudência*, vol. XII, Rio, 1989, nos 28.333 (pág. 346), 28.338 e 28.339 (pág. 347).

(8) No presente trabalho, unicamente nos ocupamos da problemática atinente aos pressupostos e à extensão do direito à assistência. Por isso deixamos de lado, a despeito de sua relevância, questões como a das prerrogativas processuais dos órgãos estaduais de assistência judiciária, objeto de disposição expressa da Lei nº 7.871, de 8.11.1989, que introduziu no texto da Lei nº 1.060 o atual § 5º do art. 5º.

(9) Vide ao propósito MONIZ DE ARAGÃO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, desde a 1ª ed., Rio, 1974, págs. 241/2; na jurisprudência, v.g., os Acórdãos do Tribunal de Apelação do antigo Distrito Federal, de 4.6.1946, Agravo

nº 8.012, in *Rev. dos Trib.*, vol. 180, pág. 830; do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, de 17.5.1965, Reclamação nº 5.640, in *Rev. de Jur. do Trib. de Just. do Est. da GB*, vol. 15, pág. 88; do Tribunal de Justiça de S. Paulo, de 31.8.1982, Apelação nº 19.151, in *Rev. de Jur. do Trib. de Just. de SP*, vol. 79, pág. 53.

(10) Embargos Infringentes na Apelação Cível nº 1.391/87, julgados em 23.12.1987.

(11) Entre os Acórdãos que, com esta ou aquela ressalva, têm admitido, em linha de princípio, a possibilidade da concessão do benefício a pessoa jurídica, podem citar-se, a título exemplificativo, o Tribunal de Justiça de Pernambuco, de 6.8.1963, Agravo nº 55.784, in *Arq. Forense*, vol. 48, pág. 250, e o do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, de 19.5.1979, Apel. Cív. nº 7.888, in *Boletim de Jurisprudência ADCOAS*, 1980, nº 71.079.

(12) Para exemplificarmos com julgados do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, concernentes a inventário: Apel. Cív. nº 2.171/87, 11.8.1987; Apel. Cív. 3.725/87, 15.12.1987; Apel. Cív. nº 4339/87, 29.12.1987; Agr. de Instr. nº 236/90, 8.5.1990; Agr. de Instr. nº 610/90, 21.8.1990; Agr. de Instr. nº 967/91, 22.10.1991. Acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais assentou: "Concede-se benefício da justiça gratuita àquele que, embora dispondo de patrimônio imobiliário, percebe salário que não lhe permite custear a tramitação do feito sem sacrifício do sustento próprio e da família" (12.10.1961, Agr. de Instr. nº 8.081, in *Jurisprudência Mineira*, vol. 34, pág. 44).

(13) Acórdão de 19.4.1988, Agr. de Instr. nº 100.573, in *Rev. de Jur. do Trib. de Just. de SP.*, vol. 114, págs. 332/3.

(14) Assim, MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*", vol. 1, S. Paulo, 1990, pág. 85. Anote-se que a alusão a "direitos e garantias individuais" parece reminiscência de Constituições anteriores: hoje, a rubrica é outra. Tampouco a expressão "assistência judiciária" reflete com fidelidade o conteúdo do atual, enriquecido, da franquia de que trata o art. 5º, nº LXXIV.

(15) Como dá a impressão de pensar ALCINDO PINTO FALCÃO, in *FERNANDO WHITAKER DA CUNHA* e outros, *Comentários à Constituição*, 1ª vol., Rio, 1990, pág. 317.

(16) É torrencial, no sentido correto, a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro; a título meramente exemplificativo, citem-se, já sob a atual Constituição, os Acórdãos de 27.6.1989, Agr. de Instr. nº 499/89; 8.8.1989, Agr. de Instr. nº 532/89; 15.8.1989, Agr. de Instr. nº 459/89; 19.12.1989, Apel. Cív. nº 4.627/89; 12.3.1990, Agr. de Instr. nº 1.335/89; 13.3.1990, Agr. de Instr. nº 1.217/89; 12.6.1990, Agr. de Instr. nº 1.423/89; 9.8.1990, Apel. Cív. nº 2.424/90; 16.10.1990, Agr. de Instr. nº 474/90; 27.8.1991, Agr. de Instr. nº 179/91; 22.10.1991, Agr. de Instr. nº 967/91. O Superior Tribunal de Justiça também já consagrou a boa doutrina: vide o Acórdão no Rec. de Mand. de Seg. nº 600, relatado pelo Ministro SALVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, in *Boletim ADCOAS* de 1991, nº 133.438.

(17) Tratamos de acentuá-lo, em trabalho escrito em abril de 1989, sob o título *Les principes fondamentaux de la procédure civile dans la nouvelle Constitution*

brésilienne, publicado na *Festschrift für Karl Heinz Schwab*, Munique, 1990, pags. 33 e segs. (v. pags. 35/6).

(18) Acórdão de 30.8.1990, no Agravo Regimental nº 34/90, no Mandado de Segurança nº 137/90.

(19) O problema não é peculiar ao "terceiro mundo", embora neste assumo, como é natural, proporções muito mais dramáticas. Veja-se a referência de DENTI, *I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative*, in *Riv. di dir. proc.*, vol. XXXV, 1980, pág. 424, a "*impossibilita, ormai acquisita ovunque, di risolvere il problema deli'accesso alla giustizia dei non abbienti attraverso sistemi generalizzati de assistenza legale*".

(20) Nem uma palavra sequer a esse respeito em MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, ob. e lug cit. (o qual, aliás, continua a usar a velha expressão na rubrica e no corpo de seu comentário); em PINTO FERREIRA, *Comentários à Constituição Brasileira*, 1º vol., S. Paulo, 1989, págs. 214/5 (que alude a "assistência judiciária ou jurídica" como se se tratasse de uma coisa só); em CELSO RIBEIRO BASTOS, in CELSO RIBEIRO BASTOS-IVES GANDRA MARTINS, *Comentários à Constituição do Brasil*, 2º vol., S. Paulo, 1989, págs. 373 e segs.; em ALCINO PINTO FALCÃO, ob. e lug. cit. em a nota 15, *supra*); em JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, *Comentários à Constituição de 1988*, vol. II, 2ª ed., Rio, 1991, págs. 818 e segs.