

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

**ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA,
GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA I**

CLAUDIA MARIA BARBOSA

FERNANDO GUSTAVO KNOERR

JUVÊNCIO BORGES SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

A174

Acesso à justiça: política judiciária, gestão e administração da justiça I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Claudia Maria Barbosa; Fernando Gustavo Knoerr; Juvêncio Borges Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-353-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Acesso. 3. Justiça. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

ACESSO À JUSTIÇA: POLÍTICA JUDICIÁRIA, GESTÃO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA I

Apresentação

A influência dos trabalhos do jurista italiano Mauro Cappelletti sobre o Acesso à Justiça, uma das mais firmes e frutuosas iniciativas de desenhar-se uma teoria do acesso à justiça, é ainda hoje de acentuada relevância e grande repercussão no Brasil, como foi possível depreender-se de parte significativa dos estudos apresentados neste GT de Acesso à Justiça, em que as obras do autor se constituem como referência teórica. Ao mesmo tempo, parece indicar também a necessidade de emergência de novas propostas teóricas que levem em conta a especificidades da jurisdição de outros países, suas diretrizes constitucionais fixadas para a garantia do direito de acesso à justiça, bem como as condições em que se desenvolve hoje o exercício da prestação jurisdicional.

Os caminhos pelos quais se tem buscado realizar o direito de acesso à justiça no Brasil variam conforme os atores, os direitos, a função desejada para a jurisdição, o contexto histórico e mesmo a conjuntura social, política e, agora, sanitária no país. Infelizmente, como fica evidente em vários dos trabalhos apresentados, o sistema de justiça não é capaz de proteger eficazmente ou de forma igualitária grupos vulneráveis, ou tratar de maneira isonômica os cidadãos. Ao contrário, os estudos por vezes revelam que o sistema de justiça parece distinguir cidadãos "de primeira e segunda classe", estejam eles dentro ou fora das instituições da Justiça. Dado o grande interesse no acesso à justiça e a amplitude possível de enfoques, os trabalhos recebidos no Conpedi são atualmente divididos em dois ou três grupos, conforme o evento. A especificidade da "Política Judiciária, gestão e administração da justiça" é que se possam fortalecer estudos sobre a política pública para o sistema de justiça - a denominada política judiciária, bem como análise das funções, gestão e funcionamento das instituições da justiça. A complexidade deste tema, diretamente relacionada ao crescente papel que o sistema de justiça tem adquirido em democracias contemporâneas, já se constitui em alguns países como um campo de análise específico, o chamado direito judiciário, voltado ao estudo das formas como as pessoas irão exercer os seus direitos, assim como à maneira pelas quais os atores do sistema de justiça, suas instituições, o jurisdicionado e o Estado devem comportar-se para, balizados pelo estado de direito, garantir que ele seja democrático e capaz de assegurar um amplo e efetivo acesso à justiça na sociedade. Tais estudos, como é natural na pesquisa qualificada, demanda também novas teorias que sejam capazes de identificar, problematizar, responder e apontar soluções aos novos desafios que a realização da Justiça e o direito de acesso à justiça os impõe, a todos e a

cada um de nós, como sociedade. Esse é o renovado convite deste GT aos juristas e interessados no tema!

**A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DOS
HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS AO BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA
NO PROCESSO CIVIL**

**THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE SUSPENSION OF LIABILITY OF
LEGAL FEES TO THE BENEFICIARY OF FREE JUSTICE IN THE CIVIL
PROCESS**

Nerio Andrade De Brida ¹
Carlos Eduardo Malinowski ²
Diego Bianchi de Oliveira ³

Resumo

O Código de Processo Civil dispõe sobre a gratuidade da Justiça, suspendendo a exigibilidade dos honorários advocatícios sucumbenciais fixados contra o beneficiário. O trabalho examina a constitucionalidade desta limitação pelo viés da proporcionalidade, do conflito entre o direito aos honorários pelo advogado e a gratuidade do processo pelo beneficiário. Adotou método dedutivo, com abordagem qualitativa, para produzir informações por meio de pesquisa bibliográfica e revisão de obras, artigos, legislação e jurisprudência. O presente estudo contribui para o debate tema relevante para os advogados, na medida em que se fere um direito fundamental previsto na Constituição Federal.

Palavras-chave: Acesso, Gratuidade, Proporcionalidade, Política, Inconstitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

The Civil Procedure Code provides for the free charge of Justice, suspending the liability of the succumbent attorney fees fixed against the beneficiary. The paper examines the constitutionality of this limitation through the proportionality, the conflict between the right to fees by the lawyer and the gratuity of the process by the beneficiary. It adopted deductive method, and qualitative approach, to produce information through bibliographic research and review of works, articles, legislation and jurisprudence. The present study contributes to the debate on relevant topic for lawyers, insofar as it violates a fundamental right provided in Constitution.

¹ Mestre em Direito pela Universidade Paranaense; Professor efetivo; coordenador do NPAJ da UEMS/Naviraí

² Mestre em Direito pela Universidade Paranaense; Doutorando pela USP/UFMS; Professor Efetivo da UEMS /Direito;

³ Mestre em Direito pela Universidade Paranaense; Doutorando pela Universidade de Marília; Professor da UEMS/Naviraí

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Access, Free of charge, Political, Proportionality, Unconstitutionality

1 INTRODUÇÃO

O legislador pátrio, por meio do Código de Processo Civil de 2015, em previsão expressa no seu artigo 98, adotou, como política pública de efetivação o direito de assistência jurídica gratuita ao hipossuficiente, ínsito no inciso LXXIV, do artigo 5º., da Constituição da República. Mencionado artigo da Lei adjetiva dispensa a antecipação das custas, despesas e honorários advocatícios e periciais às pessoas que declararem estar inaptos financeiramente em arcar com os custos para o acesso à Justiça.

O ingresso na Justiça é direito inviolável, não podendo alijar os que não tiverem capacidade econômica suficiente para apresentar em juízo a sua pretensão; este é o corolário para a garantia dos direitos fundamentais básicos do cidadão, sem o qual restam ineficazes.

Na política adotada nos termos do §3º., do artigo 98, do Código de Processo Civil, o legislador limita a retribuição remuneratória do trabalho desenvolvido pelo profissional do Direito ao estabelecer a suspensão de exigibilidade dos honorários fixados em sentença em favor do beneficiário da gratuidade da Justiça sucumbente no processo civil.

O presente trabalho visa a examinar a constitucionalidade desta limitação pelo viés da proporcionalidade, trazendo à luz as bases de cada direito envolvido, para demonstrar se há, efetivamente, legitimidade na medida adotada pelo legislador para efetivar o direito à gratuidade de Justiça no processo civil.

Por esta via, far-se-á uma breve análise das garantias processuais constitucionais do acesso à Justiça pela inafastabilidade do exame de lesão ou ameaça pelo Judiciário do direito à ampla defesa e ao contraditório, culminando no direito à assistência jurídica integral gratuita às pessoas que demonstrarem não ter condições para arcar com os custos decorrentes de um processo judicial.

Pretende-se, ainda, examinar a forma de concessão e os requisitos da gratuidade da Justiça no processo civil e verificar as suas consequências jurídicas, mormente quanto aos honorários de sucumbência fixados em sentença contra o beneficiário da gratuidade.

Adicionalmente, busca-se demonstrar que o direito aos honorários, seja qual for a sua origem, está alocado entre os direitos fundamentais, decorrente da valorização do trabalho, o que contrasta com o direito fundamental à assistência jurídica gratuita, devendo a política adotada pelo Código de Processo Civil ser submetida ao crivo da proporcionalidade, eis que verga um conflito entre os direitos do mesmo espectro constitucional.

2 A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA: O PRINCÍPIO DE PROTEÇÃO JUDICIÁRIA

Os direitos fundamentais e qualquer outra forma de direito que possa ser previsto no ordenamento jurídico teria o seu significado esvaziado, não fosse igualmente prevista a garantia de acesso ao Judiciário ou, como se tem preferido denominar, o acesso à Justiça, que parte de visão axiológica da garantia ao acesso de determinada ordem de valores e direitos fundamentais.

Denominada a garantia das garantias, o direito fundamental de acesso à Justiça está previsto na Constituição da República, no inciso XXXV, do artigo 5º., intitulado o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, em que se assegura ao jurisdicionado a proteção em dimensão negativa contra a atuação estatal de promover limitação legislativa ou por ato administrativo sobre o exercício do direito de ingressar em juízo para a satisfação da sua pretensão (SILVA, 2007, p. 430).

Em sua dimensão positiva, a garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional invoca a atuação conjugada do Estado na universalização da tutela jurisdicional, concebendo-se o acesso à Justiça não somente na omissão estatal de impedimento de seu exercício, mas no dever de promover o acesso à ordem jurídica justa (LENZA, 2009, p. 698), devendo transpor dificuldades inerentes à demanda contida para entregar ao jurisdicionado a tutela de seu direito com qualidade dos serviços judiciários, a razoabilidade do tempo processual e a efetividade das técnicas processuais empregadas para a satisfação da tutela do direito (DINAMARCO, 2016, p. 205). Na qualidade de titulares do direito à ordem jurídica justa, enquadram-se todos os sujeitos que detêm personalidade jurídica, também denominada a capacidade de ser parte, em que são detentores da personalidade processual as pessoas físicas e jurídicas; e, também, atribuído a entes despersonalizados no plano do Direito material (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 873).

O destinatário do direito ao acesso à ordem jurídica justa é o Estado, em todas as suas funções constitucionais, tendo estas o dever de atuar na contemplação e propiciação do direito ao processo justo, por meio da promulgação de normas processuais (legislativo), organização e estruturação do Poder Judiciário, habilitando-o a cumprir a sua função de tutela efetiva dos direitos (Executivo), e do dever de conformar, pela interpretação, os direitos fundamentais ao processo justo (Judiciário), viabilizando-se ao titular do direito o irrestrito gozo de suas atribuições processuais em busca da proteção do seu direito pela via da ação ou exceção, diga-se, da plenitude de sua defesa (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 872).

O Estado está obrigado a garantir o acesso amplo à atividade jurisdicional, tanto à sua extensão, na abertura de oportunidades de ingresso ao Judiciário, quanto à sua capacidade de promover o acesso à tutela adequada do direito buscado, perquirindo o binômio “quantidade e qualidade”. Não basta que se aumente o universo de conflitos que possam ser submetidos à solução produzida pelo Judiciário, sem que este não tenha a capacidade de exercer de maneira eficaz a tutela do direito, enquanto que, igualmente, não é suficiente a tutela efetiva do direito quando submetido à atividade jurisdicional; porém, limitando-se à gama de conflitos persistentes que estejam sob o seu domínio (DINAMARCO, 2016, p. 206).

A faculdade de acesso à Justiça, pronunciada como o princípio constitucional do processo, assegura a todo sujeito a segurança de ter o Poder estatal em sua função jurisdicional ao seu dispor, para garantir a satisfação de sua pretensão, quando lhe for reconhecida a razão, em dicotomia entre a igualdade universal de acesso e a produção de resultados individuais e socialmente justos (ALVIM, 2016, p. 87).

O acesso à Justiça (artigo 5º., inciso XXXV), ladeado pelo princípio da plenitude da defesa e do contraditório (artigo 5º., inciso LV) e o devido processo legal (artigo 5º., inciso LIV), fecham o ciclo das garantias processuais na Constituição da República, segundo o qual se refere a processo como a existência dos instrumentos adequados para a prestação jurisdicional apta para a entrega satisfatória e integral do bem da vida perseguido de forma justa, efetiva e tempestiva (artigo. 5º, inciso LXXVIII), segundo os imperativos da ordem jurídica.

3 A POLÍTICA DE ACESSIBILIDADE: A ASSISTÊNCIA JURÍDICA INTEGRAL

A atribuição do sujeito de estar em juízo, a invocar o Poder Judiciário para o reconhecimento de sua pretensão resistida e integral satisfação do seu objeto nos limites de sua razão, representa um direito fundamental que a todos compete indistintamente, como atributo imediato da personalidade, implícito à classe dos direitos cívicos (SILVA, 2007, p. 431). Como tal, elenca-se no quadro dos direitos fundamentais de dimensão positiva, exigindo-se do Estado não somente uma postura permissiva quanto ao seu exercício, mas atuante na implementação dos meios adequados para a sua efetivação, mediante a implementação de políticas públicas que garantam a sua concretização.

As políticas públicas, sucintamente, são o conjunto de atos e normas organizadas para a realização de um objeto comum determinado (COMPARATO, 1997, p. 353), inexoravelmente relacionada com a discricionariedade administrativa, com a finalidade de

promover-se o quanto necessário, por qualquer das funções do Estado, para a realização do direito fundamental aos seus titulares. Por assim dizer, o Estado tem o dever de garantir o acesso à Justiça por meio da atividade legislativa, mediante a elaboração de meios legais e institutos jurídicos que ampliem de forma quantitativa e qualitativa a tutela do direito a ser invocado ao Judiciário e na estruturação administrativa do Poder Judiciário para atender às demandas que lhe são submetidas.

Neste sentido, Cappelletti e Garth discorreram a respeito de três ondas renovatórias de evolução do Direito Processual de acesso à ordem jurídica justa (LENZA, 2009, p. 698): a primeira onda consiste na assistência judiciária integral aos necessitados, diga-se, desprovidos de condições financeiras imediatas para satisfazer as custas proeminentes do processo; a segunda onda, destaca-se, pelo alcance dos conflitos supraindividuais, proporcionando a representação de interesses difusos e coletivos, mormente nas áreas ambiental e do consumidor; e, a terceira onda, denominada pelos autores italianos “enfoque no acesso à Justiça”, está no aperfeiçoamento técnico dos instrumentos internos do processo (DINAMARCO, 2016, p. 204).

A assistência jurídica integral é o pilar para a contemplação do acesso à Justiça, indissociável do princípio da igualdade, diga-se, isonomia, do qual se impõe ao Estado o dever de garantir a todos o livre exercício do direito de ação em suas dimensões horizontal e vertical. Inclui-se nesta extensão as pessoas desprovidas de recursos financeiros suficientes para garantir o seu acesso ao Judiciário que, nos termos da Constituição da República, no artigo 5º., inciso LXXIV, terão a assistência gratuita prestada pelo Estado como valor constitucional, ínsito à dignidade da pessoa humana.

Entre as políticas para a implementação do direito de prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que sejam desprovidos de recursos financeiros, para o melhor desempenho na defesa de seus direitos e interesses, no âmbito do Processo Civil, o legislador estabeleceu a gratuidade da Justiça, no artigo 98, do Código de Processo Civil de 2015, definindo a presunção de titularidade do direito à gratuidade pela simples declaração do pretendente em não apresentar capacidade financeira suficiente para arcar com os custos e honorários que podem advir do processo judicial.

3.1 A ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NO PROCESSO CIVIL: A GARANTIA CONSTITUCIONAL E A SUSPENSÃO DA INEXIGIBILIDADE DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A assistência judiciária gratuita, ausente este último adjetivo, era contemplada pela Constituição da República de 1946, em seu artigo 141, §3º., do qual “o Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados. Embora não estivesse presente a gratuidade no texto constitucional, era entendido como tal pela simples menção do titular do direito ser o ‘necessitado’, o que se entendia pacificamente ser a pessoa desprovida de recursos financeiros para arcar com os custos decorrentes do processo judicial.

A norma constitucional, no artigo 141, §3º., da Carta de 1946, foi disciplinada pela Lei nº. 1.060/1950, que estabelecia normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, a garantia aos nacionais ou estrangeiros, cuja situação econômica não lhes permita pagar custas e despesas processuais, assim como os honorários advocatícios, sem prejuízo do próprio sustento, de forma a ter assistência judiciária prestada pelos Poderes Públicos federal e estadual, independentemente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Com o advento da Lei nº. 7.510/1986, dispensou-se a odiosa prática de depender-se de atestado de pobreza emitido por autoridade policial ou prefeito municipal, por ser considerada indigna para o cidadão, bastando a simples menção na petição inicial de sua impossibilidade de arcar com os custos e despesas processuais, bem como os honorários advocatícios, para estar apto a ser-lhe concedido o acesso à Justiça, seja para a ação ou a defesa de seus interesses em sede judicial, de forma gratuita, e assistido pela Defensoria Pública onde houvesse.

Entre a Lei nº. 1.060/1950 e suas diversas modificações posteriores, e o atual Código de Processo Civil, o Constituinte de 1988 revisitou o tema, desta vez firmando o direito à assistência gratuita como direito fundamental, e ampliando as suas dimensões para alcançar não somente o processo judicial, mas, como anteriormente mencionado, o âmbito dos processos administrativos e da assistência consultiva, podendo ser amparada pela Defensoria Pública.

O Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 1.072, revogou os dispositivos 2º., 3º., 4º., 6º., 7º., 11, 12 e 17 da Lei nº. 1.062/1950, atraindo para si a regulamentação do preceito constitucional de assistência judiciária¹ gratuita em seção especial denominada “da gratuidade da justiça”, em seus artigos 98 a 102, tratando da forma de sua concessão, os requisitos e efeitos jurídicos decorrentes para o acesso à Justiça das pessoas naturais ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que sejam insuficientes economicamente para arcar com as custas e despesas do processo, assim como com os honorários advocatícios e periciais dele resultantes (artigo 98).

¹ Designa aqui o termo “judiciária”, pois, o Código de Processo Civil, assim como os dispositivos revogados da Lei n. 1.060/50, disciplinam a gratuidade dos serviços judiciais prestados pelo Estado, não elencando hipóteses de gratuidade em sede de processos administrativos e atividade meramente consultiva.

O acesso à Justiça, em todas as suas dimensões, mesmo fora do âmbito judicial, tem caráter universal, de forma que a condição econômica do sujeito não pode ser óbice para usufruir plenamente do direito fundamental, sob pena de sua violação. Por sinal, ainda pende como provocação ao Estado e à sociedade o ajuste para a entrega integral da assistência judiciária para o gozo pleno do direito de acesso à Justiça de forma universal, em todos as áreas do Direito, pois sabe-se que o poderio econômico sustenta uma gama instrumental providencial de defesa dos interesses de seus titulares. Por um lado, o ideal seria que todos os sujeitos de direitos tivessem as mesmas condições de acesso à Justiça, em todos os graus e sobre todas as atividades processuais, livres de diferenças decorrentes do estado econômico, social ou familiar dos seus titulares; por outro aspecto, e não poderia ser diferente, a Constituição, no artigo 5º., em seu inciso LV, assegura o contraditório e a ampla defesa “com os meios e recursos a ele inerentes”, ensejando ao seu titular a possibilidade de acesso a todos os instrumentos que lhe são alcançáveis para a defesa de seus interesses, pela via judicial ou extrajudicial, inclusive o econômico, desde que legítimos para o seu exercício.

Desta forma, o poderio econômico de uma das partes pode significar a violação de preceito básico para o devido processo legal substantivo, o de igualdade técnica e paridade de armas das partes que, embora não previsto expressamente na Constituição da República, decorre da ideia natural de Estado Constitucional garantidor de direitos fundamentais, mormente da igualdade das pessoas perante a ordem jurídica (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017, p. 888).

Eis, portanto, o difícil desafio do Estado de promover o equilíbrio entre as partes processuais, em cumprimento ao direito de igualdade no processo, reconhecendo às partes o direito pessoal de simetria do conhecimento especializado para a defesa dos interesses nos processos, aspecto indisponível para o processo democrático, devendo-se guardar as mesmas condições técnicas entre as partes de produção do contraditório e da ampla defesa, sem, todavia, impedi-las de acessar todos os recursos legítimos para o exercício pleno desse direito, quando diante de partes abissalmente díspares na capacidade econômica.

A atividade jurisdicional é um serviço público custoso, que demanda de seus usuários o ônus para a realização dos atos processuais necessários, tal como adiantar despesas dos auxiliares do juízo, reembolsar o vencedor da causa pelo que tenha razoavelmente despendido para as despesas processuais e extraprocessuais que tiver adiantado, e pagar os honorários de sucumbência fixados pelo juiz aos advogados da parte vencedora. As pessoas, comumente, não têm os recursos financeiros necessários para suportar dignamente esses custos sem prejuízo de seus próprios sustentos. Não se trata, propriamente, de um direito dos pobres, expressão, esta,

abandonada por sua conotação preconceituosa, mas na definição do que seja o comprometimento, ainda que casuístico, da dignidade em si (BENEDUZI, 2016, p. 159).

O legislador infraconstitucional optou por ampliar as condições de acesso ao direito de gratuidade estabelecida na Constituição da República. O disposto no inciso LXXIV, do art. 5º, firma o compromisso do Estado em prestar a assistência jurídica integral gratuita aos que comprovarem a insuficiência de fundos financeiros para arcar com as despesas iminentes do processo judicial; de forma diversa, o artigo 99, §3º., do Código de Processo Civil, dispensa do titular do direito à prova de insuficiência, esclarecendo-se que, ao alegar a condição especial em tela, pesa sobre a declaração a presunção *juris tantum* de veracidade, dependendo de prova em contrário para o seu indeferimento ou cassação superveniente. Esta condição específica não é inapropriada em razão de sua divergência com o conteúdo expresso na Constituição da República. O reconhecimento de direitos e garantias da Constituição significa a oferta de um mínimo jurídico, da qual a lei não poderá negar ou limitar, mas está assertivamente autorizada a ampliar a sua cobertura, podendo a lei estabelecer o regime mais adequado ao beneficiário da gratuidade (DINAMARCO, 2017, p. 798).

O benefício da gratuidade estatuída pelo Código de Processo Civil não isenta o ônus do beneficiário da obrigação de arcar com as custas, despesas processuais e honorários advocatícios devidos ao Estado e aos auxiliares da Justiça ao final do processo ou de reembolsar o vencedor pelo que tiver despendido financeiramente para atuar em defesa de seus interesses, mas afasta a necessidade de adiantamento dessas despesas, de forma que o beneficiário dispõe de seu denominado *day in court* sem as agruras pela ausência de amparo financeiro para a busca de seu direito (BENEDUZI, 2016, p. 162). Este procedimento exige a sensatez e a prudência do beneficiário ao decidir litigar; entretanto, se o beneficiário restar vencido na causa, será condenado ao pagamento das custas ao final do processo, mantendo-se suspensas as suas exigibilidades enquanto não houver a manutenção de sua capacidade financeira de suportar a obrigação sem o detrimento de sua dignidade.

Tanto assim, que se mantém incólume a exigibilidade do beneficiário da gratuidade em quitar as obrigações decorrentes de sanções processuais que lhe sejam impostas (§4º., art. 98), eis que não é concedido ao benefício uma carta branca para o desempenho processual indigno perante o juízo. A lógica da gratuidade está em atender às necessidades do seu beneficiário na proporção de sua capacidade econômica, de forma que a concessão da gratuidade poderá ser parcial, atingindo algumas das despesas a cargo do beneficiário, ou mesmo, uma parte de cada uma das despesas, podendo, ainda, serem parceladas quando restar demonstrado que, apesar de

custoso, o beneficiário da assistência tem capacidade de pagamento, porém, não integralmente e de uma única vez.

Uma vez concedido o benefício da gratuidade da Justiça, sucumbente o beneficiário na demanda processual, as obrigações decorrentes de todas as custas, despesas, taxas, honorários advocatícios ou periciais, entre outros, que estejam abrangidos pelo §1º., do artigo 98, do Código de Processo Civil, restarão com a sua exigibilidade suspensa, até a condição de insuficiência que fundamentou a concessão da assistência gratuita cessar, mediante prova a ser demonstrada pelo credor interessado na execução dos créditos contra o beneficiário. Não havendo exigência do pagamento nessas circunstâncias, o crédito extingue-se, por caducidade, no prazo de cinco anos.

A exigibilidade do crédito gerado em favor do advogado da parte adversa do beneficiário da gratuidade da Justiça sucumbente, por meio da condenação em sentença aos honorários advocatícios sucumbenciais, restará suspensa nas mesmas condições a todos os demais créditos também suspensos. Por conseguinte, para que o advogado possa promover a execução de seu crédito firmado em sentença, deverá, no prazo máximo de cinco anos a partir do trânsito em julgado da decisão final do processo, demonstrar que o sucumbente detém patrimônio suficiente para arcar com os referidos honorários ou, ainda, comprovar que a condição de insuficiência financeira que deu ensejo à concessão da gratuidade da Justiça foi superada, devendo o beneficiário promover o pagamento dos honorários.

4 A AUTONOMIA E O CARÁTER ALIMENTAR DOS HONORÁRIOS DO ADVOGADO

No cenário da justa reposição ao vencedor das despesas que foi obrigado a despender em defesa de seus interesses junto à atividade jurisdicional, assegurando a tutela integral em juízo, o antigo Código de Processo Civil de 1973 preconizava em seu artigo 20, que em sentença, o juiz deveria condenar o vencido a pagar ao vencedor as despesas que este antecipou e os honorários advocatícios.

Esta perspectiva, atinente ao princípio da causalidade, gerava conflitos quanto à titularidade sobre o direito aos honorários de sucumbência fixados em sentença, em favor do advogado da parte vencedora do litígio. Nesta percepção, o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, Lei nº. 8.906/1994, desde a sua promulgação, preconizava em seu artigo 22 e 23 que os honorários incluídos na condenação, seja por arbitramento ou sucumbência, seriam de direito pertencentes ao advogado, estando este com autonomia para

promover a execução da sentença nesta parte dispositiva, exclusivamente em seu próprio nome, ou requerer a expedição de precatório requisitório.

Esta condição veio à lume com o advento do Código de Processo Civil de 2015, destacando em diferentes obrigações da parte vencida, a serem declaradas em sentença, as despesas custeadas antecipadamente pela parte vencedora, bem como os honorários sucumbenciais que serão devidos ao advogado, diretamente e de forma autônoma (THEODORO JUNIOR, 2016, p. 306). Por assim dizer, é norma de natureza cogente, lastreada no princípio da causalidade, insculpida no artigo 85, do Código de Processo Civil, que o juízo, ao prolatar a sentença, diga-se, extintiva ou definitiva, independentemente de pedido da parte ou do advogado, condene o vencido, ainda que beneficiário da Justiça gratuita, no pagamento dos honorários advocatícios ao patrono da parte vencedora.

Os honorários de sucumbência, em condição de igualdade com os honorários de outras naturezas (arbitrais ou convencionais), constituem direito do advogado, protegendo a remuneração do causídico que defendeu, com êxito, a parte que restou vitoriosa na demanda. Infere-se do exposto, que o Código de Processo Civil de 2015 realçou a importância dos honorários devidos ao advogado, de caráter alimentar, sem permitir margens de dúvidas quanto à sua titularidade e autonomia, como crédito decorrente da sentença proferida.

Vislumbra-se, ainda, que os honorários, qualquer que seja a sua natureza, convencionais ou sucumbenciais, fixados em sentença, têm nítido caráter alimentar, ou seja, têm como respaldo a função exercida pelo advogado como forma do seu sustento, com os mesmos privilégios dos direitos alinhavados pela legislação do trabalho.

A jurisprudência referenda que o caráter alimentar dos honorários advocatícios é questão superada. O Supremo Tribunal Federal assim firmou na Sumula Vinculante 47, que os honorários na condenação ou destacados do crédito principal são verbas de natureza alimentar para fins de expedição de precatório ou requisição de pequeno valor a ser saldado pelo Poder Público, estando restrita a ordem de pagamento somente aos de natureza equivalente, vindo a ser reafirmado em diversos dos julgados da Corte Suprema² e também no Superior Tribunal de

² SL 918 Extn-sexta-AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 11/11/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-264 DIVULG 03-12-2019 PUBLIC 04-12-2019; ARE 1076464 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 20/09/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-230 DIVULG 22-10-2019 PUBLIC 23-10-2019; Rcl 23796 ED, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 19-04-2017 PUBLIC 20-04-2017; RE 146318, Relator(a): CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 13/12/1996, DJ 04-04-1997;

Justiça³, os quais, inclusive, confirmaram a preferência dos honorários advocatícios também sobre os créditos tributários.

Deveras, mormente ao advogado privado, não raro, somente pela fixação dos honorários de sucumbência em sentença condenatória da parte adversa, é que o causídico terá a justa remuneração por seu trabalho desenvolvido do processo judicial. Esta remuneração, muitas vezes, exclusivamente, garante a subsistência do advogado. É de conhecimento notório que a maior parte dos profissionais que exercem a advocacia não compartilham do mesmo *glamour* das bancas de advogados dos escritórios suntuosos e chamativos, que raramente dependem da verba honorária eventualmente fixada em condenação judicial. A estes, os contratos firmados, pareceres, consultorias e outras atividades podem permitir o luxo de ignorar as verbas sucumbenciais.

Ressalta-se, que a destacada maioria dos advogados, ao exercer a sua função constitucional de indispensabilidade à administração da Justiça, nos termos do artigo 133, da Constituição da República, ainda empreendem o ofício “encostando a barriga no balcão”, antigo brocardo que identifica o patrono que está à frente do exercício do direito de defesa do seu cliente, que é o pilar para o acesso à Justiça dos menos favorecidos, cumprindo o dever do Estado da universalidade da assistência jurídica e pleno gozo dos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

5 A INCONSTITUCIONALIDADE DA SUSPENSÃO DE EXIGIBILIDADE DA VERBA HONORÁRIA NOS MOLDES DO §3º, ARTIGO 98, DO CPC

No item a seguir, partindo-se da premissa que o advogado é essencial para a administração da Justiça, buscar-se-á demonstrar que os honorários, sejam estes convencionais ou sucumbenciais, são direitos cujo titular é o advogado.

5.1 O CONFLITO ENTRE O DIREITO À ASSISTÊNCIA JURÍDICA GRATUITA NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E O DIREITO À REMUNERAÇÃO DO ADVOGADO: A SOLUÇÃO PELA PROPORCIONALIDADE

³ AgInt no AREsp 1573826/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 16/12/2020; AgInt nos EDcl no AgRg no AREsp 540.190/MT, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 30/11/2020, DJe 04/12/2020; AgInt no REsp 1652652/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/10/2020, DJe 22/10/2020.

O direito de acesso à Justiça, direito fundamental firmado no artigo 5º., inciso XXXV, da Constituição da República, é conformado com o dever do Estado de prover a assistência jurídica aos cidadãos que não apresentarem capacidade econômica para buscar a atividade jurisdicional, sem prejuízo de sua dignidade, política de acesso ao Judiciário, cujo alcance de direito fundamental (art. 5º, inciso LXXIV) traduz a sua essencialidade ao espectro dos direitos processuais constitucionais.

No rol de direitos fundamentais positivos, assentam-se no dever do Estado de promover as medidas necessárias para o seu exercício (CANOTILHO, 2000). O Estado promove políticas públicas de acesso à Justiça por intermédio de iniciativas, principalmente, legislativas, tais quais a formação da Defensoria Pública e a gratuidade da Justiça na forma prevista no artigo 98, do Código de Processo Civil. Neste particular, a política adotada, conforme já discorrido no item anterior, concede ao beneficiário da gratuidade da Justiça a isenção de antecipar as custas processuais e as despesas que teria de arcar para mobilizar a máquina processual, estendendo-se aos honorários advocatícios fixados em razão da eventual sucumbência do beneficiário no processo, com a inexigibilidade do crédito pelo período de cinco anos dos quais, após o termo *ad quem*, implicaria em decadência. Percebe-se, assim, que a política legislativa empregada para o pleno exercício do direito à assistência jurídica estatal, no âmbito do processo civil, implica em limitação do direito ao recebimento dos honorários advocatícios fixados em sucumbência contra o beneficiário da gratuidade da Justiça. Neste sentido, torna-se necessário observar estar-se diante de uma limitação a um direito constitucionalmente estabelecido e, se positiva a afirmação, se esta limitação é legítima perante a Constituição.

Três premissas devem ser observadas: (i) o advogado é essencial para a administração da Justiça, conforme o artigo 133, da Constituição da República; (ii) os honorários advocatícios, sejam estes convencionais ou sucumbenciais, são direitos cujo titular é o advogado, inclusive com a possibilidade de exigir-lhes o pagamento autonomamente; e finalmente, (iii) os honorários tratam-se de verba de caráter alimentar. O questionamento que se deve refletir refere-se aos honorários do advogado, se seriam direitos constitucionalmente protegidos.

A sobrevivência é um direito fundamental peculiar do ser humano, cujo exercício dá-se pelas condições de trabalho, para a obtenção material básica mínima para a sua subsistência. Neste contexto, os honorários são a forma elementar, por excelência, de remuneração do trabalho humano do advogado desempenhado no processo, em assistência ao jurisdicionado, o qual merece a tutela do ordenamento jurídico por ser vital para o desenvolvimento e as manutenções pessoal e profissional do patrono, e que provê o seu sustento (BUENO, 2021).

Ao dispor sobre a natureza alimentar, em decisão proferida pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário nº. 146.318, o Ministro Carlos Veloso destacou que os honorários advocatícios e periciais remuneram os serviços desempenhados por esses profissionais liberais, sendo equivalentes a salários, pois “deles depende o profissional para alimentar-se e aos seus, porque tem a mesma finalidade destes”, de forma que, tendo os vencimentos e salários são de natureza alimentar, tanto assim devem ser entendidos os honorários.

No mesmo sentido, em decisão proferida pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em Recurso Extraordinário nº. 470.407, o Ministro Marco Aurélio afirma que “os profissionais liberais não recebem salários, vencimentos, mas honorários, e a finalidade destes não é outra senão prover a subsistência própria e das respectivas famílias”.

A Constituição elevou a princípio constitucional estruturante da república “os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa”, no artigo 1º., inciso VI. A normativa é programática (CANOTILHO, 2000) e fundamenta a inserção de diversos direitos fundamentais, dirigindo a ação estatal para a efetivação desses direitos. Observa-se pela previsão do artigo 6º., da Constituição, o trabalho como direito fundamental social básico, do qual, por obviedade, decorre a proteção de sua remuneração.

A remuneração do trabalho profissional do advogado, sem extremos de dúvidas, não somente tem a natureza alimentar, como destacadamente é um direito fundamental social, decorrente do direito ao trabalho expresso no artigo 6º., da Constituição, cujo valor é fundamento da República. Em voto proferido no Recurso Especial nº. 965.350, pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a Ministra Nancy Andrighi, expôs que o honorário advocatício “é um direito do advogado que deve ser respeitado sob pena de vilipendiar um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que é justamente o do valor social do trabalho”. Destarte, o Superior Tribunal de Justiça tem empregado aos honorários advocatícios a qualidade de crédito privilegiado, no mesmo âmbito dos créditos trabalhistas, que são da mesma natureza, decorrentes do trabalho humano, seja na modalidade convencional ou sucumbencial (BUENO, 2021).

Portanto, ao empreender a política pública legislativa de gratuidade da Justiça no Código de Processo Civil, com a finalidade de efetivar, no âmbito do processo civil, o direito à assistência jurídica gratuita aos menos favorecidos economicamente, impedindo a exigibilidade do crédito honorário fixado em sentença pela sucumbência do beneficiário da gratuidade, o legislador limitou o exercício do direito fundamental do advogado em perceber os frutos de seu trabalho ou, ao menos, de exercer o direito de ação para executá-los, instaurando um conflito

entre os direitos que estão sob o mesmo espectro de proteção constitucional, não havendo solução pela invalidação do exercício de um sobre o outro, mas pelo exame da proporcionalidade da política pública legislativa adotada.

A regra da proporcionalidade, também denominada princípio da proporcionalidade, é o instrumento constitucional configurado para identificar, analisar e solucionar problemas de constitucionalidade dos atos infraconstitucionais, mormente de natureza legislativa, que limita o exercício de direitos constitucionais em razão da efetivação do exercício de outros direitos protegidos pela Constituição, “não se limitando à regra de equidade, prudência, ponderação, reciprocidade, moderação bom senso ou equilíbrio” (DIMOULIS; MARTINS, 2011, p. 180).

Esclarece-se, adicionalmente, que a regra da constitucionalidade é o instrumento constitucional de verificação da constitucionalidade das medidas estatais de limitação ao exercício de direitos fundamentais, lastreado pelo vínculo direto do legislador àqueles, impostos pela Constituição, de caráter normativo imediato, na forma do seu §2º., do artigo 5º., por meio do processo de aplicação de três categorias básicas sobre a política adotada: a adequação, ou idoneidade; a necessidade da medida e, por fim; a proporcionalidade em sentido estrito (STEINMENTZ, 2001). Importa destacar que, na aplicação do processo de verificação pela proporcionalidade, no exame de suas fases correlatas, se o meio adotado pelo legislador para salvaguardar um determinado direito verificar-se ineficiente, será o bastante para evidenciar a violação à proporcionalidade; ou seja, “a inadequação do meio já será suficiente para considerá-lo desproporcional”, bem como “analisa-se a proporcionalidade da medida à luz do princípio subsequente se ela satisfaz o princípio antecedente” (STEINMENTZ, 2001, p. 154).

A adequação ou idoneidade é a regra por meio da qual se verifica se a política legislativa adotada é adequada para atingir a finalidade que se destina a proteger o direito fundamental tutelado (GOES, 2004). Em que pese os meandros interpretativos que possam surgir a partir da aplicação do subprincípio da adequação, o exame a respeito do tema é deveras simples ao observar-se que claramente a adoção da gratuidade da Justiça na ótica do Código de Processo Civil, como óbvio, atinge o objetivo de efetivação do direito à assistência jurídica gratuita ao jurisdicionado incapaz de arcar os custos e outras despesas decorrentes do processo judicial. Na fase da adequação, não se compreende a julgar se a medida adotada é mais eficiente que outra, eis que, nesta perspectiva, é poder discricionário do legislador adotar a medida que entendeu mais adequada, mas tão-somente se o fim pretendido é atingido pelo meio escolhido.

Transposta esta fase, cumpre examinar se a medida é necessária. O subprincípio da necessidade, cuja nomenclatura poderia ser repensada para desviar dúvidas quanto ao seu conteúdo, não se limita à análise da carência de medidas a serem adotadas para a efetivação do

bem jurídico tutelado, mas em perquirir-se se a política adotada é a menos gravosa quanto à afetação do direito tutelado em si ou, principalmente, na limitação de outros direitos de mesmo espectro, ou seja, de proteção constitucional (PULIDO, 2005).

Nesta fase, após constatar-se a adequação, especula-se “se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental” (STEINMENTZ, 2001, p. 151). Denota-se que estão em conflito dois direitos fundamentais, de forma que a medida legislativa adotada no Código de Processo Civil de 2015, para a efetivação do direito à assistência jurídica gratuita, afeta o direito à remuneração do advogado, devendo-se adotar medidas alternativas que possam equalizar ambos os direitos, efetivando um e impedindo, ou ao menos diminuindo ao máximo a intervenção do exercício do outro.

A questão a ser formulada sobre o aspecto da necessidade da medida é a persistência ou não da alternativa de meios para garantir, no processo civil, a gratuidade ampla da Justiça ao jurisdicionado que se enquadre em seus requisitos, sem violar o direito fundamental ao resultado pecuniário do trabalho desenvolvido pelo advogado no processo, com a fixação dos honorários de sucumbência em sentença.

A participação do cidadão na efetivação dos direitos fundamentais está adstrita à dimensão negativa. O Estado é o destinatário das obrigações de implementar-se as políticas necessárias para a efetivação dos direitos fundamentais. Ao cidadão, por força do princípio da legalidade, somente lhe é impelido participar das medidas adotadas pelo Estado, quando lhe é limitado um determinado direito em razão da observância de outro direito constitucionalmente estabelecido. O cidadão não é destinatário dos direitos fundamentais, mas o seu titular, de forma que a obrigação de submeter-se à efetivação de outros direitos fundamentais, mormente de outros cidadãos, afere-se indiretamente, de forma negativa, quando é alijado de exercer o seu direito.

Entretanto, para que o cerceamento de um direito constitucional, com intuito de promover a efetivação de outro por meio de políticas adotadas pelo Estado seja legítimo, por força do subprincípio da necessidade, não deve haver outra alternativa que possa ser adotada como meio de sua satisfação (PULIDO, 2005).

Ao que parece, a resposta sobre o exame da necessidade quanto ao conflito exposto é deveras simples. Como meio absolutamente válido para a satisfação do direito à assistência gratuita ao beneficiário no processo civil, sem o impedimento ao exercício do direito aos honorários advocatícios fixados em sentença pelo advogado, na qual o beneficiário da gratuidade restou sucumbente, basta que o Estado, destinatário da norma constitucional, arque

com os seus custos, implicando-lhe sub-rogar-se ao direito de exigir, pelo regresso, o que despendeu para remunerar o trabalho do advogado, se estiverem presentes as condições de exigibilidade do crédito contra o beneficiário da gratuidade da Justiça.

5.2 A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE DA INEXIGIBILIDADE DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS EM RELAÇÃO AO SEU TITULAR ORIGINÁRIO

Como discorrido, a política de gratuidade da Justiça no processo adotada pelo Código de Processo Civil, ao suspender a exigibilidade dos honorários advocatícios fixados em sentença decorrentes da sucumbência do beneficiário da gratuidade, atribuído pelo §3º., do artigo 98, estabeleceu um ambiente de conflito entre o direito fundamental à assistência gratuita pelo Estado e o direito à remuneração do trabalho realizado pelo advogado que atuou na causa. Neste sentido, submetendo-se a política pública adotada aos critérios do princípio da proporcionalidade, esbarrou-se no subprincípio da necessidade, eis que, como destinatário da norma, cabe ao Estado prover um direito com vias adequadas de abster-se em impedir o exercício do outro, tornando ilegítimo, diga-se, inconstitucional, o meio adotado para garantir a assistência gratuita no processo civil neste aspecto.

Entretanto, ao promover o controle de constitucionalidade, cuida-se, o julgador, em não produzir um efeito, cujo resultado será a redução do gozo do direito constitucional que a norma infraconstitucional pretendia garantir. Na questão que se apresenta, insta pressupor que não será adequado o tribunal, sob o argumento de violação ao direito do advogado de perceber os honorários sucumbenciais fixados contra o beneficiário, extirpar do ordenamento, por inconstitucionalidade material, o texto do §3º., do artigo 98, do Código de Processo Civil, pois estará, por consequência, regredindo a proteção ao direito fundamental de assistência jurídica estatal, o que é defeso relativamente aos direitos fundamentais.

Entende-se do exposto que a solução estaria na manutenção do texto; porém, com a adequação necessária para impedir a violação do direito do advogado sobre os honorários sucumbenciais. Nesta perspectiva, entre as formas de conteúdo das decisões em controle de constitucionalidade, a declaração de inconstitucionalidade, conforme a Constituição, atribui melhor solução para o problema. A doutrina tem entendido, de forma didática, que a interpretação conforme a Constituição comporta três modalidades: (i) a leitura da norma objeto da decisão de inconstitucionalidade da forma que melhor projete o sentido e alcance dos valores e objetivos constitucionais; (ii) o afastamento de incidência da norma, objeto de

inconstitucionalidade, em determinadas circunstâncias fáticas; e (iii) a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, excluindo uma das interpretações possíveis, afirmando-se outras alternativas compatíveis com a Constituição (BARROSO, 2016).

A interpretação conforme a Constituição é a técnica de controle de constitucionalidade, que consiste em impedir a declaração de inconstitucionalidade da norma infraconstitucional, afirmando-se que esta tem um sentido que é amparado pela Constituição da República (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2017). Assim, confrontada a norma infraconstitucional à Constituição no que concerne à regra firmada pelo §3º, do artigo 98, do Código de Processo Civil, tanto a redução do texto, quanto à sua manutenção na forma interpretada, incide na incompatibilidade com a Constituição.

Surge deste entendimento um desafio ao julgador, de conformar a regra à Constituição mediante a interpretação criativa, devendo caminhar a curtos passos, eis que, neste campo, facilmente se pode extrapolar a atribuição jurisdicional, usurpar a competência legislativa, violando o princípio da separação dos poderes; entretanto, o universo das decisões interpretativas aditivas em sede de controle de constitucionalidade não é desconhecido da atuação jurisdicional, como já afirmou a doutrina (MENDES; COLEHO; BRANCO, 2007, p. 1.193):

Ao analisar detidamente a jurisprudência do Tribunal, no entanto, é possível verificar que, em muitos casos, a Corte não atenta para os limites, sempre imprecisos, entre a interpretação conforme delimitada negativamente pelos sentidos literais do texto e a interpretação modificativa desses sentidos originais postos pelo legislador.

Por sinal, a Corte Suprema não tem deixado de apropriar-se da interpretação criativa aditiva para conformar as políticas públicas à Constituição da República⁴, podendo-se antever que o Supremo Tribunal Federal “acabará por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e aliar-se-á à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva” (MENDES; COLEHO; BRANCO, 2007, p. 1.194).

A partir desta atuação, o julgador, ao promover o controle de constitucionalidade, afastando a nulidade do texto, mas conformando-o à inerente constitucionalidade da interpretação, adotá-lo-á como um dos seus efeitos a ser atribuídos, não raramente, à modificação da norma em questão, mantendo incólume a finalidade da política legislativa estabelecida de proteção de determinado direito constitucional, porém, alinhando ao menor impacto sobre uma possível violação de outros preceitos constitucionais. Neste sentido, o escólio de MEDEIROS (1999, p. 502):

⁴ Vide, por exemplo, Pet. 3.388/RR; ADI 4277; ADPF 54; HC 124.306/RJ.

É frequente a aceitação das decisões modificativas nos casos em que o Tribunal completa um regime basicamente escolhido pelo legislador e de um modo que em princípio o legislador não desdenharia. Diz-se, para o efeito, que não há aí, substituição da vontade ou da opção do legislador por outras substancialmente diversas.

Entende-se que, na verdade, há “casos em que os elementos objetivos disponíveis podem legitimar a modificação da lei” (MEDEIROS, 1999, p. 502), seja pela necessidade de complementar-se a norma para desempenhar o papel de melhor proteção ao direito garantido, seja para conformá-la para diminuir, ou mesmo impedir, o vilipêndio a um direito constitucional por via reflexa da proteção a outra garantia de espectro constitucional. Nesta ótica, vislumbra-se possível estabelecer o controle de constitucionalidade sobre o disposto no §3º., do artigo 98, do Código de Processo Civil, não para proferir a nulidade do texto, que resultaria na regressão à proteção constitucional do direito à assistência jurídica, mas para conformá-lo à Constituição, de forma que a proteção não se revele na violação ao direito fundamental de remuneração do trabalho do advogado por meio dos honorários sucumbenciais fixados contra o beneficiário da Justiça gratuita.

Esta interpretação criativa mediante a técnica aditiva à norma, vislumbrando-se no exame das opções que tem o Estado, como destinatário da norma e sujeito obrigado a, ativamente, promover os meios necessários para o exercício dos direitos fundamentais, leva a solução de impor-lhe a assunção da obrigação do beneficiário da gratuidade da Justiça, condenando-o ao pagamento de honorários sucumbenciais e sub-rogando-se no direito de, preenchidos os requisitos, exigir do devedor o que pagou ao advogado pela via regressiva.

O procedimento mencionado no parágrafo anterior trata de impor ao Estado a obrigação de assumir efetivamente o seu dever de garantir o direito fundamental de assistência jurídica gratuita aos que dela necessitarem, sem pesar sobre outros direitos igualmente fundamentais, mormente sobre o advogado da causa.

6 CONCLUSÃO

A garantia de acesso à Justiça, prevista no inciso XXXV, do artigo 5º., da Constituição da República, é corolário de efetivação dos direitos fundamentais, sem o qual estes restariam esvaziados pela inexigibilidade do cumprimento, pelo Estado e particulares, por meio da atividade jurisdicional. Por este motivo, complementa-se por outras garantias processuais constitucionais, ladeadas pelo princípio da ampla defesa e contraditório, estatuído no inciso LV e devido processo legal, conforme inciso LIV, ambos do mencionado artigo 5º..

Acessibilidade em estudo apenas encontra a plenitude horizontal, tornando todos os jurisdicionados em condição de igualdade, para entrega apta, rápida, integral e satisfatória da tutela do bem da vida perseguido, ao garantir a assistência jurídica integral gratuita à pessoa que não tem suficiência econômica de arcar com os custos do processo, sem prejuízo de sua dignidade.

Em atenção à efetividade da garantia disposta no inciso LXXIV, do artigo 5º., da Constituição da República, no âmbito do processo civil, o artigo 98, do Código de Processo Civil, estende a garantia, afastando o dever do pretense beneficiário à comprovação de sua condição de hipossuficiência, bastando a declaração firmada de que não tem condições de arcar com os custos, despesas e honorários advocatícios e periciais decorrentes do processo, sem prejuízo de sua subsistência. Os honorários sucumbenciais ao serem fixados contra o beneficiário da gratuidade, restariam inexigíveis enquanto não for demonstrado pelo credor, antes do prazo de cinco anos, que houve a alteração da capacidade econômica do devedor, passando a ter condições de solver o débito. Interpreta-se, dessarte, que o Estado transfere ao particular, o advogado, que é titular e tem o direito autônomo sobre os honorários advocatícios, a eficácia da política pública adotada de acesso à Justiça do beneficiário da gratuidade do processo, violando o direito alimentar do profissional sobre a remuneração do seu trabalho desenvolvido.

Não há dissenso sobre a necessidade de afastar-se o dever de arcar com os eventuais honorários de sucumbência do beneficiário da gratuidade da Justiça, eis que a possibilidade de sucumbência, possivelmente, reflete como entrave ao jurisdicionado menos favorecido financeiramente em buscar a realização de seu direito pelas vias jurisdicionais; porém, a solução empregada pelo artigo 98, do Código de Processo Civil, impossibilita ao advogado exigir o crédito dos honorários sucumbenciais fixados em sentença, que é um direito seu, de natureza alimentar.

O direito aos honorários eleva-se ao espectro de direito fundamental social, por ser a remuneração do trabalho do profissional, valor republicano garantido na Constituição da República equiparado ao salário, traduzindo-se na forma como o advogado sustenta-se. Ao retirar o direito de o advogado perceber os frutos de seu trabalho desenvolvido no processo para atender a disposição constitucional de garantia de acesso ao beneficiário da gratuidade da Justiça, o Estado está promovendo filantropia com o chapéu alheio, transportando o peso de sua obrigação institucional ao particular.

A inexigibilidade estabelecida sobre os honorários de sucumbência a que é condenado o beneficiário da Justiça gratuita instaura conflito entre os direitos fundamentais, de um lado, o

direito do beneficiário quanto ao acesso gratuito, por outro, o direito fundamental decorrente do trabalho, cujo titular é o advogado. Embora seja possível, em atenção à necessidade de efetivar-se os direitos fundamentais, a limitação da fruição de outros determinados direitos, o Estado, em suas funções constitucionais, deve sopesar adequadamente as políticas de acesso, promovendo o mínimo de intervenção necessária entre os direitos constitucionais.

Esbarra-se na política do benefício da gratuidade firmada no §3º., do artigo 98, do Código de Processo Civil, no critério da necessidade, subprincípio de ponderação do princípio da proporcionalidade, pois, apesar de adequado o meio para atingir os seus fins, é de fácil verificação que outras medidas podem ser igualmente adotadas, sem a intervenção sobre o direito aos honorários de sucumbência pelo advogado, bastando que o destinatário da norma constitucional efetivamente cumpra o seu dever institucional, assumindo perante o particular os créditos decorrentes da sucumbência do beneficiário da gratuidade da Justiça que fora vencido no processo civil.

A partir desta concepção, deflagra-se inconstitucional a inexigibilidade do crédito alimentar do advogado; todavia, a solução simples de nulidade do texto é incompatível com a Constituição da República, pois afastará parte do objetivo da política legislativa adotada, implicando em prejuízo do direito à assistência jurídica gratuita. Desta feita, defende-se que, em uma análise do conteúdo da decisão de inconstitucionalidade, a melhor solução seria a declaração de interpretação conforme a Constituição sem a redução do texto.

Normalmente, esta modalidade de decisão em sede de controle de constitucionalidade adota uma técnica aditiva ao texto legislativo, pois adiciona um critério que outrora não fora pensado pelo legislador; porém, é comum que esta forma de decidir seja em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade, pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo a violação do princípio da separação dos poderes, mas a conformação da política adotada aos ditames constitucionais.

Portanto, o tema da constitucionalidade na questão em estudo estaria em determinar a assunção, pelo Estado, do pagamento dos honorários advocatícios fixados em sentença contra o beneficiário da gratuidade da Justiça sucumbente no processo civil, restando ao Estado, por sub-rogação, substituir a titularidade do direito do advogado para exigir o pagamento, desde que presentes os requisitos autorizadores de exigibilidade previstos no §3º., do artigo 98, do Código de Processo Civil.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- BARROSO, Luiz Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BENEDUZI, Renato. **Comentários ao código de processo civil, artigos 70 ao 187**, v. II, MARINONI, Luiz Guilherme (Dir); ARENHART, Sérgio Cruz (Org); MITIDIERO, Daniel (Org). São Paulo: RT, 2016.
- BUENO, Cassio Scarpinella (Coord). **Comentários ao código de processo civil, arts. 1º a 317**. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **A natureza alimentar dos honorários advocatícios sucumbenciais**. Disponível em: <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/003.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revistas dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, mar/1997.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria dos direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: RT, 2011.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v.. I. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Instituições de direito processual civil**, v. II. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do novo processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Teoria geral do processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- GOES, Gisele Santos Fernandes. **Princípio da proporcionalidade no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2004.
- LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MEDEIROS, Rui. **A decisão de inconstitucionalidade**. Os autores, o conteúdo e os efeitos da decisão de inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica Editora, 1999.
- PULIDO, Carlos Bernal. **El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucional, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- STEIMENTZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**, v. I, 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.