

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

**PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA
JUSTIÇA II**

MARCOS LEITE GARCIA

MIGUEL KFOURI NETO

ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Miguel Kfourri Neto, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-198-2

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

O Conpedi acaba de realizar seu XXV Encontro Nacional como mais uma iniciativa de estímulo às atividades de intercâmbio científico entre os atores da Pós-graduação em direito no Brasil. Coube-nos conduzir as apresentações referentes ao Grupo de Trabalho: Processo, Jurisdição e efetividade da Justiça II. Os artigos dali decorrentes, agora, são ofertados à leitura segundo uma ordem lógica, que prestigia tanto o aspecto principiológico das inovações operadas pelo Novo Código de Processo Civil, mas, sobretudo, dando especial ênfase - como ponto de maior destaque das inovações - à adoção da doutrina do Precedente Judicial. Esperamos com isso proporcionar o acesso eficiente às novidades e novos olhares sobre os avanços do processo civil. Para tanto recomenda-se a leitura pela ordem que se segue:

1. As normas fundamentais do novo CPC (lei 13.105/2015) e o fenômeno de constitucionalização do processo civil.
2. Precedentes e argumentação jurídica.
3. Precedentes e novo cpc: razão argumentativa na consolidação do estado democrático via direito judicial.
4. O novo CPC e o sistema de precedentes (“commonlização”).
5. A aplicação do precedente judicial: contrastes com as súmulas vinculantes.
6. A democratização do processo civil através do sistema de precedentes: o *amicus curiae* como instrumento de participação popular na formação de precedentes vinculantes de grande repercussão social.
7. Os modelos americano e inglês de vinculação ao precedente.
8. Brevíssimas considerações a respeito do incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR).

9. Inovações e alterações do código de processo civil e a manutenção do subjetivismo do termo “insuficiência de recursos” para a concessão da gratuidade de justiça.
10. O princípio da publicidade como medida essencial ao controle dos atos estatais.
11. A contratualização do processo judicial: análise principiológica de sua efetividade à luz do novo diploma processual cível.
12. Novo CPC: negócios jurídicos processuais ou arbitragem?
13. Algumas observações sobre os prazos processuais e o princípio da segurança jurídica no novo código de processo civil.
14. O princípio da cooperação judiciária do novo código de processo civil: uma análise a partir da proteção ao trabalhador frente ao instituto da recuperação judicial.
15. O direito à prova no processo civil: sob uma perspectiva constitucional.
16. A distribuição do ônus da prova no processo coletivo ambiental.
17. Toda decisão será motivada?
18. O artigo 489 do novo código de processo civil e a fundamentação das decisões judiciais na perspectiva dworkiniana.
19. Fundamentação das decisões e a superação do livre convencimento motivado.
20. Operações midiáticas e processo penal: o respeito aos direitos fundamentais como fator legitimador da decisão judicial na esfera penal.
21. Tutelas diferenciadas: instrumento de auxílio à efetivação da justiça
22. Desconstituição do título executivo judicial fundado em norma declarada inconstitucional pelo STF e a impugnação do art. 525, § 12º do CPC.
23. Técnica procedimental e a audiência de justificação nos procedimentos possessórios: por um contraditório dinâmico.

24. O mandado de segurança coletivo e a proteção dos direitos difusos.

Na esperança de encontrarmos dias de maior efetividade processual e procedimental no atendimento e na efetivação dos direitos fundamentais, desejamos uma excelente leitura.

Professor-doutor Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC)

Professor-doutor Marcos Leite Garcia (UNIVALI)

Professor-doutor Miguel Kfourì Neto (UNICURITIBA)

**INOVAÇÕES E ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, E A
MANUTENÇÃO DO SUBJETIVISMO DO TERMO “INSUFICIÊNCIA DE
RECURSOS” PARA A CONCESSÃO DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA.**

**INNOVATIONS AND CHANGES OF PROCEDURE CIVIL CODE, AND
MAINTENANCE OF THE SUBJECTIVISM TERM "RESOURCES
INSUFFICIENT" FOR GRANTING OF JUSTICE OF GRATUITY.**

**Juliane Dziubate Krefta
Aline Fatima Morelatto**

Resumo

O presente trabalho é voltado à análise da Gratuidade da Justiça como um importante mecanismo de acesso à justiça. Pretende abordar as novidades sobre a Gratuidade da Justiça no atual Código de Processo Civil, recentemente alterado pela Lei nº. 13.105/2015, trazendo à tona importantes alterações que corrigiram a obsoleta Lei nº. 1.060/50. Objetiva fazer uma reflexão a respeito do requisito para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, qual seja, a insuficiência de recursos, e o seu alto grau de subjetivismo, pontuando algumas questões positivas e negativas a ele relacionadas.

Palavras-chave: Acesso à justiça, Gratuidade, Alterações, Inovações, Insuficiência de recursos, Subjetivismo

Abstract/Resumen/Résumé

This work is focused on the analysis of Gratuity of Justice as an important mechanism of access to justice. It aims to address the news about the Gratuity of Justice in the current Civil Procedure Code, recently amended by Law nº. 13,105/2015, bringing out important changes that fixed the obsolete Law nº. 1,060/50. Aims to reflect about the requirement for granting the benefit of free justice, namely the lack of resources, and its high degree of subjectivity, emphasizing some positive and negative issues related to it.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Justice acess, Gratuity, Change, Innovations, Insufficient resources, Subjectivism

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o desiderato de fazer uma reflexão acerca do instituto da Gratuidade da Justiça e as alterações promovidas pela Lei nº. 13.105/2015 no atual Código de Processo Civil, partindo da premissa de que é um importante instrumento de efetivação dos direitos fundamentais, notadamente o direito ao acesso à justiça.

O regramento sobre a Gratuidade da Justiça sofreu mudanças significativas no Código de Processo Civil, corrigindo várias distorções e lacunas da decrépita Lei nº. 1.060/50, que tratava sobre o assunto, e que há tempos estava sendo plasmada pela jurisprudência.

A correção terminológica (*gratuidade da justiça*), a expressa previsão de que a pessoa jurídica também pode figurar como beneficiária, a extensão da benesse às custas e aos emolumentos dos notários e registradores, são algumas das várias alterações a respeito do instituto preconizadas no Código de Processo Civil.

De outro lado, malgrado o Código de Processo Civil tenha inovado um pouco a nomenclatura do requisito para a concessão do benefício, passando a simplesmente exigir a alegação da *insuficiência de recursos*, manteve a sua natureza subjetiva, não revelando qualquer critério objetivo para elucidá-lo.

Sobre esse aspecto, o presente trabalho engendra um debate para saber se o legislador caminhou ou não bem, expondo os pontos positivos e negativos quanto ao indeterminismo do pressuposto *insuficiência de recursos* e refletindo a respeito de suas consequências no mundo jurídico – principalmente a reação da jurisprudência – e também na sociedade, tendo como metodologia acolhida a bibliográfica.

1. O ACESSO À JUSTIÇA, OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A GRATUIDADE DE JUSTIÇA – PRELIMINAR E INDISSOCIÁVEL COMPREENSÃO.

O direito à gratuidade da justiça é um direito fundamental do jurisdicionado (e não um simples benefício). A Constituição Federal em seu artigo 5º, LXXIV, prevê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”. Ele tem o desiderato de evitar que a insuficiência de recursos financeiros represente um obstáculo insuperável ao acesso à justiça¹.

¹ Art. 5º, XXXV, CF. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A justiça deve estar ao alcance de todos², ricos e pobres, competindo ao Estado – na sua atuação positiva –, como seu gestor³, garantir que a pessoa de poucos recursos financeiros tenha condições de acionar o Poder Judiciário da mesma forma que o afortunado.

Como afirma Boaventura de Souza Santos, “o tema do acesso à justiça é aquele que mais diretamente equaciona as relações entre o processo civil e a justiça social, entre igualdade jurídico-formal e desigualdade socioeconômica” (2003, p.167).

Para Cappelletti e Garth uma das finalidades do termo acesso à justiça é determinar que o sistema jurídico fosse igualmente acessível a todos e reafirmam a importância de sua efetividade:

De fato, o direito ao acesso efetivo tem sido progressivamente reconhecido, como sendo de importância capital entre os novos indivíduos sociais, uma vez que a titularidade de direitos é destituída de sentidos na ausência de mecanismos para sua efetiva reivindicação. O acesso à Justiça pode, portanto, ser encarado como requisito fundamental – *o mais básico dos direitos humanos* – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar, os direitos de todos (2002, p. 4).

Os referidos autores identificam vários óbices ao acesso à justiça – entre elas as desigualdades socioeconômicas – e, sequencialmente, propõem soluções práticas ao problema, emergindo como primeira a assistência judiciária, ao que eles denominaram de “*primeira onda*” (CAPPELETTI; GARTH, 2002, p. 6-12).

Nesse viés a gratuidade da justiça – não tecendo, nesse primeiro momento, qualquer consideração acerca das distinções terminológicas – eclode com um importante mecanismo viabilizador do acesso à justiça e tem a precípua finalidade de dar efetividade a outros direitos fundamentais constitucionalmente previstos, como a igualdade (art. 5, *caput*, CF), a cidadania (art. 1º, inciso II, CF), e a própria dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, CF).

² É o que Emetério Silva e Juvêncio Vasconcelos chamam de universalização ou horizontalização do acesso à justiça ensinando que: “Horizontalizar é fazer com que à todas as pessoas (pobres ou ricas) sejam assegurados os mesmos meios de acesso à justiça. É promover a isonomia, ou seja, a igualdade na e perante a lei, pois esta ‘não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos’ (BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 10). Com efeito, o acesso à justiça, nos termos do artigo 60, § 4º, inciso IV, da Carta de 88, é cláusula pétrea, e por está alçado à categoria hierárquica superior não pode sofrer menoscabos, o que exclui possíveis discriminações arbitrárias entre as pessoas quando da execução desta garantia fundamental. Assim, considerando a força normativa da constituição²³, portanto das normas de direitos e garantias nela previstas, a universalização do acesso à justiça, aliada a efetividade da tutela jurisdicional ou dos meios assecuratórios de direitos fomentadores da justiça social, avultam imprescindíveis. (NETO, Emetério Silva de Oliveira; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. **Acesso à justiça e o novo Código de Processo Civil**: um olhar crítico. *In*: Acesso à justiça (recurso eletrônico on-line). Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2015, p. 186.

³ A jurisdição é monopólio do Estado, proibindo a lei que as pessoas façam justiça com as próprias mãos, salvo raras exceções, como, por exemplo, as hipóteses de autotutela – arts. 1210 e 1219 do Código Civil.

À medida que se busca a efetividade dos direitos fundamentais o direito processual passa a ter um importante papel nessa missão⁴, pois é ele quem indica qual é o (melhor) caminho para se alcançar o direito material, sob essa perspectiva vê-se a necessidade de atualização da lei processual a fim de se adequar as exigências da sociedade moderna.

A única lei que regulamentava o benefício da justiça gratuita data de 1950, é uma lei não só defasada do ponto de vista material e processual, como também dotada de imperfeições técnicas e entraves à concessão do benefício. Era preciso simplificar e desmistificar para então, avançar – pelo menos um degrau – na universalização do acesso à justiça, e a Lei nº 13.105/2015, que alterou o Código de Processo Civil (CPC), o fez.

O autor Luiz Dellore (2015) ao tecer elogios ao legislador diz que “as inovações do CPC simplificam o procedimento, buscam evitar abuso dos requentes da gratuidade e, especialmente, pretendem obstar debates laterais e incidentes, para que se possa focar na discussão do mérito.”

2 O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL EM VIGOR E AS INOVAÇÕES RELATIVAS À GRATUIDADE DE JUSTIÇA

A atualmente (e corretamente) nominada *gratuidade da justiça* foi profundamente reformulada pelo Código de Processo Civil. As mudanças são muito significativas, o Código consolidou o assunto em seis dispositivos, do artigo 98 ao artigo 102, além do que revogou expressamente vários artigos da Lei nº 1.060/50 (arts. 2º, 3º, 4º, 6º, 7º, 11, 12 e 17).

Considerando isso, o artigo pontuará as alterações legitimadas.

2.1 Terminologia

O Código corrigiu os equívocos praticados quanto à terminologia que redundavam em incompreensões acerca do tema. Não se pode confundir assistência judiciária gratuita, gratuidade da justiça (justiça gratuita) e assistência jurídica integral e gratuita.

A *assistência judiciária gratuita* consiste no patrocínio gratuito da causa, seja por advogado do Estado, entidades conveniadas com o Estado, escritórios de prática jurídica das faculdades de Direito ou mesmo advogados particulares nomeados como dativos. Já a *gratuidade da justiça* traduz-se na isenção para o adiantamento das custas do processo. Por

⁴ O processo não deveria ser colocado no vácuo. Os juízes precisam, agora, reconhecer que as técnicas processuais servem a questões sociais [...] o ‘acesso’ não é apenas um direito social fundamental, crescentemente reconhecido; ele é, também, necessariamente, o ponto central da moderna processualística. CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002, p. 5.

sua vez, a *assistência jurídica integral e gratuita* engloba além da representação do hipossuficiente em juízo, a orientação jurídica dele em questões extrajudiciais (TARTUCE; DELLORE, 2014, p. 308 e 309).

Preconiza Rafael Alexandria de Oliveira:

É comum a confusão quanto aos conceitos de *benefício da justiça gratuita* (ou da gratuidade da justiça, ou ainda da gratuidade judiciária), de *assistência judiciária* e de *assistência jurídica*. Todos eles decorrem do direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita de que trata o art. 5º, LXXIV, da CF/1988, mas não se confundem. Pontes de Miranda: (a) benefício da justiça gratuita é, como já dito, a dispensa do adiantamento de despesas processuais, para o qual se exige a tramitação de um processo judicial, o requerimento da parte interessada e o deferimento do juízo perante o qual o processo tramita; (b) assistência judiciária consiste no direito de a parte ser assistida gratuitamente por um profissional do Direito, normalmente membro da Defensoria Pública da União, do Estados ou do Distrito Federal, e que não depende do deferimento do juízo nem mesmo da existência de um processo judicial; (c) assistência jurídica é um conceito mais amplo, que abrange o benefício da justiça gratuita e a assistência judiciária, mas vai além deles, englobando todas as iniciativas do Estado (em sentido amplo) que têm por objetivo promover uma aproximação entre a sociedade e os serviços jurídicos – como, por exemplo, as campanhas de conscientização de direitos do consumidor promovidas por órgãos administrativos e os serviços jurídicos itinerantes prestados à população carente (2015, p. 355).

Semelhantemente, Augusto Tavares Rosa Marcacini desenvolve um conceito distinguindo os institutos da assistência judiciária, justiça gratuita e a assistência jurídica integral e gratuita:

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, inclui entre os direitos e garantias individuais a assistência jurídica integral e gratuita. Utiliza a Lei Maior um terceiro conceito, que também não deve ser confundido como sinônimo de assistência judiciária ou justiça gratuita. Por justiça gratuita, deve ser entendida a gratuidade de todas as causas e despesas, judiciais ou não, relativas a atos necessários ao desenvolvimento do processo e à defesa dos direitos do beneficiário em juízo. O benefício da justiça gratuita compreende a isenção de toda e qualquer despesa necessária ao pleno exercício dos direitos e das faculdades processuais, sejam tais despesas judiciais ou não. Abrange, assim, não somente as custas relativas aos atos processuais a serem praticados como também todas as despesas decorrentes de efetiva participação na relação processual. A assistência judiciária envolve o patrocínio gratuito da causa por advogado. A assistência judiciária é, pois, um serviço público organizado, consistente na defesa em juízo do assistido, que deve ser oferecido pelo Estado, mas que pode ser desempenhado por entidades não-estatais, conveniadas ou não com o Poder Público [...] Por sua vez, a assistência jurídica engloba a assistência judiciária, sendo ainda mais ampla que esta, por envolver também serviços jurídicos não relacionados ao processo, tais como orientações individuais ou coletivas, o esclarecimento de dúvidas, e mesmo um programa de informação a toda a comunidade (2009, p 40-43).

O Código de Processo Civil ao usar o termo técnico *gratuidade da justiça*, acertadamente, corrigiu as distorções terminológicas, afastando qualquer possibilidade de

confusão que se possa fazer com a *assistência judiciária gratuita* e a *assistência jurídica integral e gratuita*.

2.2 Beneficiários

De acordo com a legislação processual em vigor, podem ser beneficiários da justiça gratuita a pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira.

A redação do Código de Processo Civil encerrou uma discussão histórica, pontuada jurisprudencialmente pelo STJ, e agora reconhecida legislativamente, ao prever (art. 98, *caput*) que a pessoa jurídica tem direito ao benefício da gratuidade da justiça.

Para que a pessoa jurídica seja beneficiada com a gratuidade da justiça não basta a mera declaração, devendo demonstrar que efetivamente necessita do benefício, independentemente de ter ou não finalidade lucrativa (MEDINA, 2015, p. 190).

Não obstante a utilização do termo “pessoa”, entende-se que o benefício pode ser gozado pelos entes despersonalizados, como por exemplo, o condomínio, a massa falida, etc. (OLIVEIRA, 2015, p. 357-358).

Além disso, o art. 98 estende o benefício da justiça gratuita aos estrangeiros, sejam eles residentes ou não no país, diferentemente do que traz o *caput* do art. 5º da CF/88 que em relação à generalidade dos direitos fundamentais engloba apenas os estrangeiros residentes no país (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 472).

2.3 Pressupostos

A letra do Código de Processo Civil alterou o aspecto objetivo para a concessão do benefício, passando a constar apenas a “*insuficiência de recursos financeiros*” para o adiantamento das custas, não mais se exige a situação de miserabilidade da parte requerente, como também se aboliu o uso da expressão “*a parte não pode arcar com as custas sem prejuízo do sustento próprio ou da família*”.

Para que se conceda o benefício, há uma presunção *iuris tantum* de veracidade da declaração feita pela parte pessoa natural, mas só com relação à pessoa natural, a pessoa jurídica deve comprovar a impossibilidade de adiantar as custas.

Apesar desta mudança de paradigma, a lei não dispôs de forma suficientemente clara o que significa “*insuficiência de recursos*” e quais seriam os seus parâmetros mínimos, deixando, mais uma vez, ao encargo do intérprete a função de aquilatar se o requerente faz jus ou não à benesse, o que certamente continuará acarretando distorções e insegurança jurídica.

O subjetivismo da expressão será mais bem aprofundado no tópico seguinte, mesmo porque a sua discussão constituiu um dos pilares do presente artigo.

2.4 Abrangência

A Lei da Assistência Judiciária, previa em seu artigo 3º quais seriam as despesas processuais compreendidas pelo benefício da justiça gratuita, e nesse aspecto a norma era satisfatória, então o Código de Processo Civil manteve o que tinha na Lei nº. 1060/50 e avançou, como por exemplo, no tocante à previsão da remuneração do intérprete e do tradutor, bem como na realização de memória de cálculo pelo contador para fins de execução, entre outros.

O art. 98, §1º, do Código em vigência, tratou de exemplificativamente discriminar as despesas processuais que podem ser compreendidas pela gratuidade da justiça, algumas delas já previstas no art. 3º, da Lei nº. 1.060/50, agora expressamente revogado.

O beneficiário está dispensado de adiantar o pagamento de taxas ou custas judiciais (*inciso I*). O CPC foi redundante ao prever taxas e custas, mormente porque tais despesas tem o mesmo significado, elas “designam o valor que se deve pagar ao Estado pela prestação do serviço judiciário. Têm natureza jurídica tributária, constituindo-se numa taxa [...] a concessão do benefício não constitui isenção tributária, visto que não dispensa o pagamento em si, mas sim o *adiantamento* da verba.” (OLIVEIRA, 2015, p. 359).

As despesas com postagens de qualquer natureza e com publicação na imprensa oficial também são abrangidas pelo benefício da justiça gratuita (*incisos II e III*).

O benefício engloba também, as indenizações de testemunhas (*inciso IV*), tanto os custos com a viagem para depor em juízo, quanto às relativas ao dia de trabalho ganho e não trabalhado, que deve ser paga ao empregador (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 472).

As despesas com realização do exame de DNA (*inciso V*) também são albergadas pelo benefício da gratuidade da justiça. Aliás, o Código de Processo Civil inovou em relação à Lei da Assistência Judiciária Gratuita, incluindo neste inciso outros exames periciais considerados essenciais.

Os honorários do advogado e do perito, a remuneração do intérprete, tradutor e contador, e todos os terceiros que, de alguma forma, contribuem para o Poder Judiciário (*inciso VI e VII*) estão cobertos pela benesse da gratuidade.

Importante destacar, que o afastamento da responsabilidade pelo adiantamento das custas dos honorários advocatícios, não se refere aos honorários de sucumbência devidos pelo

beneficiário ao advogado da parte contrária, nos termos do §2º do artigo 98, mas tão somente os honorários devidos ao seu próprio advogado, quando este é nomeado pelo juiz, ou seja, o defensor dativo (OLIVEIRA, 2015, p. 361).

O art. 95, §3º, do Código Processual Civil, normatiza a respeito do custeio da perícia (inclusive honorários) na hipótese de o responsável pelo pagamento de tal despesa ser beneficiário da justiça gratuita. Dispõe o parágrafo, que nessa hipótese a perícia será realizada, preferencialmente, por um servidor do Poder Judiciário ou por órgão conveniado e, subsidiariamente, por particular. Em ambos os casos os honorários serão custeados com recursos do orçamento do ente público respectivo – União e Estado ou Distrito Federal.

Ainda, possibilita a legislação processual civil, que a Fazenda Pública recobre o valor despendido a título de honorários periciais, daquele que for condenado ao pagamento de tais verbas (art. 95, §4º, CPC), no caso de ser a parte vencida beneficiária da gratuidade da justiça, o ente público deve observar as regras pertinentes à sucumbência e a exigibilidade sob condição suspensiva, previstas nos parágrafos §§2º e 3º do art. 98. Mas, em nenhuma hipótese transferir tal ônus a outra parte não beneficiária.

Também estão incluídos no conceito de gratuidade da justiça, os depósitos devidos para interposição de recurso, propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório (*inciso VIII*), esse dispositivo acaba por servir como uma cláusula geral, incluindo todas aquelas despesas não arroladas nos incisos anteriores, e, que por estarem intrinsecamente relacionadas ao exercício do contraditório e da ampla, devem ser afastadas.

Por fim, e não menos importante, trouxe uma importante inovação, incluindo os emolumentos dos registradores e notários relativos a atos de averbação e registro decorrentes de processo judicial em que houve a concessão do benefício da gratuidade (*inciso IX*).

O Código de Processo Civil estendeu para o âmbito extrajudicial o benefício da gratuidade da justiça concedido judicialmente, garantindo-se, assim, a prestação jurisdicional em sua inteireza.

Outrossim, o § 8º do artigo 98 preconiza que se o tabelião ou registrador, no momento da realização do ato cartorial, tiver *dúvida fundada* quanto ao preenchimento dos pressupostos para a concessão da justiça gratuita – ou seja, insuficiência de recursos –, pode requerer ao juízo competente para decidir questões notariais ou registrais (competência do juiz corregedor dos cartórios extrajudiciais) que revogue a gratuidade ou permita o parcelamento dos valores devido (DELLORE, 2015).

Esse parágrafo deu ensejo a algumas críticas, para Luiz Dellore o questionamento judicial acerca da capacidade financeira da parte para arcar com as despesas notariais e registrais:

[...] não parece ser uma atividade jurisdicional, mas administrativa, em analogia à ‘suscitação de dúvida’ hoje existente. Trata-se de uma esdrúxula inovação, que traz ainda mais temas para decisão do Poder Judiciário. Assim, além de todas as questões que o juiz deve decidir, terá ainda de apreciar se uma parte, de um processo já findo, ainda tem ou não dificuldades financeiras para fins de pagamento de taxas de cartório (2015).

Ainda no que tange a abrangência do benefício, impende destacar que as multas processuais de qualquer natureza – como, por exemplo, as multas por litigância de má-fé e por ato atentatório a dignidade da justiça – não estão abarcadas pela gratuidade da justiça, pois elas são punições a comportamentos ilícitos. “E não poderia ser diferente: a gratuidade da justiça não pode servir como escudo para a procrastinação e a litigância de má-fé. Daí a razão pela qual o beneficiário da justiça gratuita deve ser executado normalmente em relação a eles.” (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 474).

2.5 Modulação do benefício

Outra importante novidade trazida pela Lei nº. 13.105/15, foi a possibilidade do juiz modular os efeitos do benefício, abrangendo apenas alguns dos custos do processo ou mesmo parcelar as despesas processuais (art. 98, §§5º e 6º, CPC).

Tal medida é interessante, ao passo que o postulante pode ter condições financeiras de arcar apenas com algumas despesas processuais, como por exemplo, as custas e taxas, todavia, não dispor de recursos para pagar os honorários periciais, por exemplo. Ainda, ao longo do processo pode sobrevir mudança na condição financeira da parte e ela passar por dificuldades para custear as despesas processuais, nesse ponto, o juiz poderá conceder-lhe os benefícios a partir de tal momento.

A possibilidade de parcelamento das despesas processuais sugere que o legislador quis dizer que a concessão da gratuidade da justiça é a última opção, sendo possível à parte arcar com as despesas de forma parcelada o juiz deve optar pelo seu seccionamento e não a sua dispensa (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 474).

2.6 Responsabilidade do beneficiário

A gratuidade da justiça, como já dito, é um instrumento do acesso à justiça daqueles que se declaram financeiramente desprovidos de condições de custear o processo. Isso

significa que se o beneficiário for perdedor em uma demanda ele será igualmente responsável pelo pagamento do ônus inerente a sua derrota, a diferença reside no fato de poder exigir ou não a sua cobrança.

Se o beneficiário for vencido ele terá responsabilidade pelas despesas processuais, ele deverá reembolsar os gastos realizados pela outra parte, será condenado às verbas sucumbenciais, ficando, todavia, sob condição suspensiva de exigibilidade, podendo ser cobradas pelo credor no prazo de 5 (cinco) anos, contados do trânsito em julgado da decisão que fixou a sucumbência, desde que demonstre a ocorrência um fato superveniente que alterou a condição financeira do beneficiário (MEDINA, 2015, p. 188-189).

Repisa-se, a gratuidade não isenta o seu beneficiário do pagamento das despesas processuais, tão somente as coloca sob condição suspensiva de exigibilidade.

2.7 Requerimento e impugnação

O benefício da gratuidade não pode ser concedido de ofício pelo juiz, devendo a parte interessada requerê-lo no primeiro momento em que ela ingressa no feito – petição inicial, contestação ou na peça de ingresso do terceiro interveniente – ou em um momento posterior – por meio de petição simples ou mesmo no bojo de outra manifestação –, inclusive, na m grau recursal (art. 99, *caput* e §1º, do CPC).

Nesse aspecto, não há um momento processual pré-estabelecido e único para o requerimento da gratuidade da justiça, todavia, o tempo do pedido é importante para delimitar quais são as despesas processuais que se dispensa o adiantamento, isto porque, a concessão do benefício tem efeito prospectivo não alcançando os atos processuais já praticados (OLIVEIRA, 2015, p. 371-372).

O requerimento não demanda maiores formalidades, devendo a parte apenas declarar a insuficiência de recursos, se pessoa natural; no caso de pessoa jurídica, deverá ainda comprovar a necessidade do benefício.

O juiz ao analisar o pedido de gratuidade formulado apenas o indeferirá se nos autos existiram elementos que demonstrem que o postulante não preenche o pressuposto da *insuficiência de recursos*. Todavia, antes de indeferi-lo deve oportunizar a parte que comprove a alegada carência financeira para custear o processo (art. 99, §2º, CPC).

A oportunidade de ser ouvido antes do indeferimento do pedido de gratuidade da justiça, somente se aplica a pessoa natural, uma vez que em seu favor há presunção de veracidade da alegação de hipossuficiência, não necessitando juntar qual prova nesse sentido

no momento da realização do pedido, diferentemente do que acontece com a pessoa jurídica, que ao postular o benefício já deve comprovar a sua necessidade (OLIVEIRA, 2015, p. 373).

Importante destacar que o Código de Processo Civil encerrando discussões, expressamente previu que a assistência do requerente por advogado particular, por si só, não constitui óbice para a concessão do benefício (art. 99, §4º).

Na hipótese de não concessão do pedido o requerente poderá interpor agravo de instrumento, nos termos do art. 101, *caput*, do CPC, salvo se a questão for solvida na sentença, hipótese em que caberá apelação. De outro lado, se concedido, poderá a parte contrária impugná-lo.

A impugnação à gratuidade da justiça sofreu importantes alterações com o Código de Processo Civil, a primeira delas é que ela não mais se processa em autos apartados, devendo ser formulada nos próprios autos. Sem maiores formalidades, a impugnação deve ser oferecida pela parte no primeiro momento posterior à concessão que lhe couber falar nos autos, ou seja, se o benefício for deferido por ocasião da petição inicial, deve o réu impugná-la já na contestação; se concedido ao réu por ocasião da contestação, deve o autor impugná-la na réplica; se deferido no momento da interposição do recurso, a impugnação deve ser oferecida nas contrarrazões recursais; e se o pedido for superveniente, deve a parte contrária impugná-lo no prazo de 15 (quinze) dias contados de sua concessão.

Há, todavia, algumas questões que não restaram suficientemente esclarecidas pelo Código de Processo Civil, no que concerne a impugnação à gratuidade da Justiça. Entre elas, o autor Luiz Dellore (2015), aponta o termo inicial do prazo para a impugnação, defendendo o autor que este deveria se dar a partir do momento que a parte contrária tomasse conhecimento da situação de não hipossuficiência da parte, sob pena de se limitar o instituto.

Outro ponto, diz respeito ao ônus da prova na impugnação, pois o legislador manteve-se silente nesse aspecto.

A doutrina se inclina a defender que o ônus de comprovar que o beneficiário não faz jus à gratuidade é do impugnante ante a existência de presunção relativa da necessidade, com a mera alegação de insuficiência de recursos (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 479).

2.8 Revogação do benefício

A revogação do benefício da gratuidade da justiça implica na obrigação da parte ex-beneficiária de recolher todas as despesas de deixou de adiantar, inclusive as despesas que foram eventualmente adiantadas pelo ente público (perícia, por exemplo) e as vindouras (art.

100, parágrafo único, do CPC), isso no caso de a parte não fazer jus ao benefício desde o momento em que a requereu (OLIVEIRA, 2015, p. 377).

No entanto, a revogação pode se dar pelo fato de ter cessado a situação de hipossuficiência econômica que ensejou o benefício, hipótese em que ela apenas terá que arcar com as despesas processuais a partir do momento que passou a dispor da boa condição financeira.

Ainda evidenciada a má-fé do ex-beneficiário, o Código de Processo Civil prevê a aplicação de multa de até o décuplo das despesas que tiver deixado de adiantar – nesse caso não basta a mera revogação do benefício.

Decidiu-se, antes da entrada em vigor do Código, que “deve ser cabalmente demonstrada a intenção da parte em induzir o Poder Judiciário a erro, se aproveitando indevidamente do benefício” (MEDINA, 2015, p. 191).

Em linhas gerais, essas são algumas das alterações consubstanciadas pelo Código de Processo Civil em relação ao benefício da gratuidade da justiça, malgrado a lei processual não tenha esgotado o tema, esclareceu vários pontos que antes era debatido pela jurisprudência.

Além do mais, importante pontuar que o legislador reformador repensou o processo civil atento aos anseios da sociedade moderna e preocupado com a efetividade dos direitos constitucionais – acesso à justiça, por exemplo – prevendo expressamente no artigo 1º do CPC que “*o processo civil será ordenado, disciplinado e interpretado conforme os valores e normas fundamentais estabelecidas na Constituição da República Federativa do Brasil*”.

Ocorre, entretanto, que mesmo diante de significativas alterações, o legislador ainda não preencheu ou objetivou o pressuposto de concessão dos benefícios anteriormente citados, sendo remanescente o subjetivismo da análise do termo “insuficiência de recursos”, o que passará a ser refletido no presente artigo.

3. O SUBJETIVISMO DO PRESSUPOSTO: INSUFICIÊNCIA DE RECURSOS

Conforme já visto, o Código de Processo Civil alterou o requisito para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, bastando a declaração de *insuficiência de recursos* pela pessoa natural, e a sua comprovação no caso de pessoa jurídica.

Todavia, é inegável a carga de subjetividade que há no conceito de *insuficiência de recursos*, e como todo conceito jurídico vago traz certa insegurança jurídica, notadamente porque pode acarretar decisões extremamente díspares no cotidiano forense, uma vez que tal análise (o que é insuficiência de recursos?) fica a critério do entendimento de cada

magistrado, além do que pode gerar inúmeros abusos por parte dos seus requerentes – ainda mais quando a mera alegação é bastante à concessão do benefício – que diferentemente do que alegam gozam de boa saúde financeira para arcar com as despesas processuais (TARTUCE; DELLORE, 2015, p. 314-315).

Mesmo antes da alteração do CPC, ainda na Lei nº. 1.060/50, já discutia a doutrina e a jurisprudência acerca dos pressupostos para a concessão do benefício, ante a vagueza dos conceitos de *hipossuficiente*, *necessitado*, *carente de recursos financeiros para arcar com as custas do processo sem prejuízo do sustento próprio e de sua família* e a falta de um critério objetivo mínimo para a concessão do benefício⁵.

Nada obstante o progresso vivenciado com o Código de Processo Civil de 2015 no que tange a gratuidade da justiça, vê-se que no ponto concernente à triagem dos hipossuficientes de recursos, o legislador conservou um conceito jurídico indeterminado.

Segundo Frederico do Valle Abreu (2005) o conceito jurídico indeterminado é caracterizado pela “vaguidade semântica existente em certa norma com a finalidade de que ela, a norma, permaneça, ao ser aplicada, sempre atual e correspondente aos anseios da sociedade nos vários momentos históricos em que a lei é interpretada e aplicada”.

Assim, o conteúdo abstrato do pressuposto *insuficiência de recursos* tenha sido propositadamente pensado pelo legislador, por entender que o intérprete, na análise casuística, goza de melhores condições para valorá-lo, refletindo, pois, uma decisão mais justa.

O autor Augusto Tavares Rosa Marcacini defende que a insuficiência de recursos é um conceito indeterminado e não segue um padrão rigoroso, por isso, a melhor solução é a análise caso a caso:

O conceito de necessitado não é determinado mediante regras rígidas, matemáticas, não se utilizando limites numéricos determinados. Têm direito ao benefício aqueles que não podem arcar com os gastos necessários à participação no processo, na medida em que, contabilizados os seus ganhos e os seus gastos com o próprio sustento e da família, não lhe reste numerário suficiente para tanto. O direito ao benefício decorre da indisponibilidade financeira do sujeito. Em face da notória insuficiência do salário mínimo vigente em nosso país, pode ser possível presumir que aquele que aufera até cinco salários mínimos, por exemplo, é quase que certamente merecedor de usufruir dos benefícios. Mas, como dissemos, não se deve utilizar números fechados como critério. Um chefe de uma família numerosa, que pague aluguel, e que tenha filhos em idade escolar, por exemplo, mesmo percebendo o equivalente a dez salários mínimos pode não ter condições de arcar com as despesas de um processo. De outro lado, um jovem que viva com os pais, os quais

⁵ Fernanda Tartuce e Luiz Dellore, por exemplo, no artigo escrito em coautoria, *Gratuidade da Justiça no novo CPC*, divergem sobre o assunto, enquanto ela acredita ser acertada a opção do legislador em trazer um conceito dotado de subjetividade, por outro lado, ele discorda, defendendo que ainda que a norma deixasse uma margem para a decisão do juiz de acordo com a casuística, deveria, ao menos, estabelecer um critério objetivo mínimo de modo a evitar disparidades nas decisões (2015, 314-315).

provêm o seu sustento, moradia e estudo, e que ganhe uns dois ou três salários mínimos que não são empregados em qualquer despesa essencial para sua manutenção, pode não ser considerado beneficiário (2009, p. 90-91).

Nesse espectro, o aplicador da norma jurídica é quem tem o poder-dever de materializar, no caso concreto, o conceito jurídico indeterminado do que é ser necessitado economicamente para arcar com as despesas processuais, dando assim, maior efetividade ao preceito constitucional do acesso à justiça.

Atento às alterações do Código de Processo Civil quanto ao tema leciona Rafael Alexandria de Oliveira:

Insuficiência de recursos. Faz jus ao benefício da gratuidade aquela pessoa com ‘insuficiência de recursos para pagar as custas, despesas processuais e honorários advocatícios’. Não se exige a miserabilidade, nem estado de necessidade, nem tampouco se fala em renda familiar ou faturamento máximos. É possível que uma pessoa natural, mesmo com boa renda mensal, seja merecedora do benefício, e que também o seja aquele sujeito que é proprietário de bens imóveis, mas não dispõe de liquidez. A gratuidade judiciária é um dos mecanismos de viabilização do acesso à justiça; não se pode exigir que, para ter acesso à justiça, o sujeito tenha que comprometer significativamente a sua renda, ou tenha que se desfazer de seus bens, liquidando-os para angariar recursos e custear o processo. A lei não fala em números, não estabelece parâmetros. O sujeito que ganha boa renda mensal pode ser tão merecedor do benefício quanto aquele que sobrevive à custa de programas de complementação de renda. O que pode diferenciá-los é a maior ou menor dificuldade com que o pedido de concessão do benefício é tratado: o de melhor renda pode ser chamado a justificar o seu requerimento, provando a insuficiência de recursos. Por isso mesmo, nem sempre o beneficiário será alguém em situação de necessidade, de vulnerabilidade, de miséria, de penúria. É preciso atentar para isso. (2015, p. 359).

É compreensível a carga de subjetividade impregnada ao termo *insuficiência de recursos*, notadamente porque o legislador adotando a teoria do direito processual constitucional (art. 1º do CPC) quis que a normativa do benefício atendesse realmente às exigências da sociedade hodierna, deixando ao encargo do juiz o dever jurídico de buscar identificar e adotar a solução apta a, no caso concreto, alcançar satisfatoriamente a finalidade⁶ da norma – de que garantir a todos o acesso à justiça.

Todavia, é cediço que a valoração de um conceito subjetivo pelo magistrado (assim como para qualquer pessoa) transcende a sua formação jurídica, e, mesmo que inconsciente, revela suas convicções pessoais (crenças, valores, referências sociais), deste modo, o que no sentir de um julgador é pessoa hipossuficiente aos olhos do outro não o é, é aí que repousam as “injustiças”.

⁶ Interpretação teleológica.

A falta de a lei definir um critério objetivo mínimo para se determinar o que é a *insuficiência de recursos*, demandou trabalho da doutrina e especialmente da jurisprudência, que, mesmo timidamente, adotou os mais diversos parâmetros.

Nesse sentido, uma das primeiras orientações que surge na jurisprudência é a necessidade de prova cabal da insuficiência de recursos para a concessão do benefício da gratuidade às pessoas jurídicas⁷. Depois de muita discussão, o entendimento sedimentado na jurisprudência⁸ foi consagrado pelo legislador no Código de Processo Civil de 2015, em seu artigo 98, *caput*.

Também se firmou o entendimento de que o requerente que se dedica a emprestar dinheiro não faz jus ao benefício, uma vez que tal circunstância é incompatível com a alegada necessidade (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 475).

Os Tribunais também já fixaram como critério objetivo para se determinar se o requerente é realmente hipossuficiente, a renda mensal inferior a dez salários mínimos⁹, todavia, o Superior Tribunal de Justiça já refutou a utilização desse critério, sob o fundamento de que "a desconstituição da presunção estabelecida pela lei de gratuidade de justiça exige perquirir, in concreto, a atual situação financeira do requerente"¹⁰.

Outro parâmetro que tem sido utilizado pelos juristas para aferir a condição de miserabilidade do requerente é a faixa de isenção do Imposto de Renda, extraído da tabela progressiva do tributo devidamente atualizada¹¹.

O critério do patrocínio da causa por advogado particular para afastar a benesse já era rechaçado pela jurisprudência¹² e foi recepcionado pelo atual Código de Processo Civil em seu artigo 99, §4º.

⁷ Assistência judiciária. Pessoa jurídica. Demonstração cabal da insuficiência de recursos. 1. Ademais de fundamentado, exclusivamente, na interpretação do art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, o certo é que a Corte já assentou a necessidade de demonstração cabal da insuficiência de recursos para que a empresa possa desfrutar dos benefícios da assistência judiciária. 2. Recurso especial não conhecido (STJ - REsp: 182557 RJ 1998/0053550-0, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 02/09/1999, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 25.10.1999 p. 79)

⁸ Súmula 481 STJ. Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais.

⁹ ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA - AJG. PARÂMETRO. DEZ SALÁRIOS MÍNIMOS. 1. A Segunda Seção desta Corte vem consolidando entendimento no sentido de fixar patamar objetivo para a concessão do benefício da AJG, qual seja dez salários mínimo. 2. Hipótese em que a agravante comprovou renda mensal bem inferior ao limite paradigmático destacado, inexistindo qualquer razão para o indeferimento do pleito, em prestígio à norma de regência (Lei n. 1.060/1950) e ao princípio da acessibilidade (artigo 5º, XXXV, Constituição Federal). (TRF-4 - AG: 50101513420134040000 5010151-34.2013.404.0000, Relator: NICOLAU KONKEL JÚNIOR, Data de Julgamento: 14/08/2013, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 16/08/2013)

¹⁰ STJ - AgRg no AREsp: 626487 MG 2014/0315675-3, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, Data de Julgamento: 28/04/2015, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/05/2015

¹¹ TJ-PR - AI: 14520235 PR 1452023-5 (Decisão Monocrática), Relator: Paulo Cezar Bellio, Data de Julgamento: 27/10/2015, 16ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ: 1683 05/11/2015

O Superior Tribunal de Justiça preconiza que o intérprete deve conjugar o binômio *necessidade-possibilidade*, assim, para se conceder o benefício da gratuidade da justiça deve-se considerar não apenas os rendimentos mensais do requerente, mas, também, o comprometimento de suas despesas¹³.

A análise da condição financeira do postulante deve ficar restrita a sua situação presente, e não ao seu histórico de riquezas, o simples fato de o requerente já ter sido rico empresário ou pessoa de posses não significa que não possa ser, hoje, pessoa pobre na acepção jurídica do termo e necessitar da assistência judiciária. Da mesma forma, a recíproca é verdadeira o pobre que é beneficiário da gratuidade, pode, por fatores supervenientes, tornar-se pessoa abastada financeiramente, o que, certamente, lhe cassará o benefício (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 477).

Destarte, a adoção pelo juiz de um parâmetro como ponto de partida para verificar o preenchimento dos requisitos para a concessão da justiça gratuita não deve ser visto como violador da norma. Bem da verdade, a gratuidade da justiça é uma das portas de acesso ao Poder Judiciário, entretanto, não pode ser utilizada pelo beneficiário, tão-somente, para se furta das obrigações oriundas do processo.

A Lei nº. 1.060/50 exigia, em sua redação original, que o requerente comprovasse o estado de pobreza alegado, hoje – a partir da nova redação dada ao art. 4º, §1º da referida lei pela Lei Federal nº. 7.510/86 –, basta a simples afirmação de necessidade do benefício, o que, inclusive é referendado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça¹⁴. Nesse sentir, o

¹² Assistência judiciária. Defensoria Pública. Advogado particular. Interpretação da Lei nº 1.060/50. 1. Não é suficiente para afastar a assistência judiciária a existência de advogado contratado. O que a lei especial de regência exige é a presença do estado de pobreza, ou seja, da necessidade da assistência judiciária por impossibilidade de responder pelas custas, que poderá ser enfrentada com prova que a desfaça. Não serve para medir isso a qualidade do defensor, se público ou particular. 2. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 679198 PR 2004/0103656-9, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 21/11/2006, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 16/04/2007 p. 184)

¹³ STJ - REsp: 263781 SP 2000/0060786-0, Relator: Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Data de Julgamento: 22/05/2001, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20010813</br> --> DJ 13/08/2001 p. 150</br> JBCC vol. 193 p. 249

¹⁴PROCESSUAL CIVIL. RECONHECIMENTO DE CONCUBINATO E PARTILHA DE BENS. PEDIDO ALTERNATIVO DE INDENIZAÇÃO POR SERVIÇOS PRESTADOS. INDEFERIMENTO DE PLANO DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA E GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DA PARTE. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DE O ADVOGADO NÃO ESTAR SENDO REMUNERADO. PRESUNÇÃO. RECURSO PROVIDO. Pelo sistema legal vigente, faz jus a parte aos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família. O deferimento da gratuidade, garantia assegurada constitucionalmente aos economicamente hipossuficientes (Constituição, art. 5º, LXXIV), não exige que a parte demonstre que o advogado não está sendo por ela remunerado. Enquanto a Justiça gratuita isenta de despesas processuais e condenação em honorários advocatícios, a assistência judiciária, mais ampla, enseja também o patrocínio por profissional habilitado. Caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento, de plano, da inicial de ação que pretendeu o reconhecimento de concubinato e partilha de bens, com pedido alternativo de indenização de

aplicador do direito exerce um fundamental papel para que o processo não seja um fim em si mesmo, mas sim um instrumento para a materialização de um direito.

Nota-se que o indeterminismo do termo *insuficiência de recursos* aliado a *mera alegação da necessidade*, poderia transviar o sentido da norma, devendo o magistrado ficar atento para que os privilegiados de fortuna não ingressem gratuitamente no feito.

Assim, havendo elementos no processo que infirmem a alegação do postulante – que goza de presunção *iuris tantum* – a hipossuficiência deve ser comprovada:

Dúvida fundada quanto à pobreza. O juiz da causa, valendo-se de critérios objetivos, pode entender que a natureza da ação movida pelo interessado demonstra que ele possui porte econômico para suportar as despesas do processo. A declaração pura e simples do interessado, conquanto seja o único entrave burocrático que se exige para liberar o magistrado para decidir em favor do peticionário, não é prova inequívoca daquilo que ele afirma, nem obriga o juiz a se curvar aos seus dizeres se de outras provas e circunstâncias ficar evidenciado que o conceito de pobreza que a parte invoca não é aquele que justifica a concessão do privilégio. Cabe ao magistrado, livremente, fazer juízo de valor acerca do termo *pobreza*, deferindo ou não o benefício (NERY JUNIOR; NERY, 2015, p. 477).

Infelizmente a finalidade do benefício, não raras vezes, é distorcida, seja pela abstração do conceito ou mesmo pela lisura do ser humano, e isso contribui para o aumento de demandas desqualificadas respaldadas na ausência de riscos no caso de improcedência.

Para Márcio Pirôpo Galvão (2010), os mecanismos de acesso à justiça fomentam ações despreziosas – e cita como exemplos as ações trabalhistas e aquelas do âmbito dos Juizados Especiais – exclusivamente pela ausência de custo econômico, defende, inclusive, que o acesso ao Judiciário de forma gratuita virou uma “loteria onde todos querem tentar a sorte”.

E continua o autor, citando a decisão do Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da Comarca de Dourados, Dr. José Carlos de Souza, que as demandas desnecessárias “abarrotam o Poder Judiciário e dificultam o acesso à Justiça de jurisdicionados com pretensões mais nobres. Incentivam o aumento da inadimplência e sedimentam a cultura do não-cumprimento dos contratos [...] Configuram provocação abusiva da máquina judiciária e má-fé do devedor” (GALVÃO, 2010).

Como visto, a utilização abusiva da gratuidade da justiça pode representar o congestionamento da máquina judicial, comprometendo a razoável duração do processo e ao

serviços prestados, sem possibilitar à parte a produção de qualquer prova, notadamente em se tratando de alegado relacionamento de mais de trinta anos. (Recurso Especial nº 91.609/SP, 4ª Turma do STJ, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira. Recorrente: A. P. M. R. Recorrida: V. G. F. B. j. 16.04.98, un., DJU 08.06.98, p. 113).

revés de seu propósito, servir como óbice ao efetivo acesso à justiça daqueles que tem realmente tem urgência na prestação jurisdicional.

Talvez uma boa alternativa para se evitar decisões díspares e a banalização do benefício, ante a carga de subjetividade do seu pressuposto, fosse exigir uma comprovação mínima da *insuficiência de recursos*. Afinal, quem realmente necessita do benefício não teria dificuldade alguma em demonstrar a sua impossibilidade financeira para arcar com as despesas processuais.

É certo que a Lei nº. 1.060/50, e agora o Código de Processo Civil, estabelecem ônus ao litigante que de má-fé requereu o benefício da gratuidade, todavia, a prova nesse sentido deve ser contundente, o que estimula, de certa forma, pedidos indiscriminados de gratuidade, uma vez que sopesando os riscos, os ganhos prevalecem.

Destarte, o que se percebe é que, nesse ponto, o legislador civil não conseguiu encerrar as discussões, deixando a solução para a doutrina e a jurisprudência, agora basta saber como as discussões serão encaminhadas de modo que não se instale – ou aumente – um estado de desconfiança em torno do benefício da gratuidade da justiça, em decorrência dos abusos praticados, mas que, também, não se deixe de cumprir a sua precípua finalidade constitucional de ser um instrumento de acesso ao Judiciário daqueles que não desfrutam de plenas condições financeiras.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual Código de Processo Civil atuou muito positivamente no que pertine ao instituto da Gratuidade da Justiça, ele alvoreceu pontos que a Lei nº 1.060/50 era retrógrada e mesmo silente, bem como normatizou questões já consolidadas pela jurisprudência.

Em contrapartida, a legislação processual civil não se fez clara quanto ao pressuposto para a concessão do benefício da gratuidade da justiça, mormente porque se limitou a prever que a simples afirmação de *insuficiência de recursos* para pagar as despesas processuais é suficiente ao seu deferimento.

Afinal, o que *insuficiência de recursos*? Qual o critério objetivo para se definir quem se enquadra ou não nesse perfil. Mais uma vez, a lei que trata sobre a gratuidade da justiça silenciou nesse pormenor, reservando ao aplicador do direito a missão de examinar casuisticamente quem é merecedor ou não da benesse, partindo de uma interpretação alicerçada na finalidade da lei – promover o acesso à justiça.

Assim, duas questões surgem. A primeira é se o legislador foi relapso ou se ele propositadamente preferiu a um conceito indeterminado para a concessão do benefício. E a segunda é se ele agiu bem.

E, ao que se conclui é que a preferência por um termo dotado de subjetivismo tem um propósito, qual seja permitir que a lei seja adaptável as mais diversas situações do cotidiano forense, de modo a tornar o acesso à justiça um direito fundamental mais efetivo. Conquanto à segunda questão (se ele agiu bem), apenas a experiência prática poderá dizer, notadamente porque vai depender e muito da consciência do postulante (e seu advogado), o qual é o real sabedor de sua condição financeira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Frederico do Valle. *Conceito jurídico indeterminado, interpretação da lei, processo e suposto poder discricionário do magistrado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 674, 10 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6674>>. Acesso em: 27/03/2016.

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade mecum acadêmico de direito Rideel*. 21.ed. atual. e ampl. São Paulo: Rideel, 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 1998/0053550-0, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes. Data de Julgamento: 02/09/1999. Data de Publicação: DJ 25.10.1999 p. 79.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Agravo Regimental no Recurso Especial nº. 2014/0315675-3, Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva. Data de Julgamento: 28/04/2015. Data de Publicação: DJe 07/05/2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº. 2004/0103656-9, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Data de Julgamento: 21/11/2006. Data de Publicação: DJ 16/04/2007 p. 184.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial 2000/0060786-0, Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito. Data de Julgamento: 22/05/2001. Data de Publicação: 13/08/2001, p. 150.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial 91.609/SP, Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira. Data de Publicação: 08/06/1998, p. 113.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). Terceira Turma. Agravo nº. 50101513420134040000 5010151-34.2013.404.0000, Relator: Nicolau Konkel Júnior. Data de Julgamento: 14/08/2013. Data de Publicação: 16/08/2013.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 16ª Câmara Cível. Agravo de Instrumento nº. 14520235 PR 1452023-5 (Decisão Monocrática), Relator: Paulo Cezar Bellio. Data de Julgamento: 27/10/2015. Data de Publicação: 05/11/2015.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Normas Fundamentais do Processo Civil*. Em: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Tereza Arruda Alvim Wambier et al. [coord.]. São Paulo: Editora RT, 2015.

DELLORE, Luiz. *Novo CPC: o lado A da justiça gratuita*. Disponível em: <http://http://jota.uol.com.br/justica-gratuita-novo-cpc-lado>, publicado em 09 de março de 2015, Acesso em: 27/03/2016.

_____. *Novo CPC: o lado B da justiça gratuita*. Disponível em: <http://jota.uol.com.br/novo-cpc-o-lado-b-da-justica-gratuita>, publicado em 13 de abril de 2015, Acesso em: 27/03/2016.

GALESKI JUNIOR, Irineu; RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. *Direito e economia: uma abordagem sobre a assistência judiciária gratuita*. In: *Publica Direito* (recurso eletrônico on-line). Fortaleza: CONPEDI, 2010.

GALVÃO, Márcio Pirôpo. *Abuso de direito à gratuidade da Justiça*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3339, 22 ago. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/22466>>. Acesso em: 27/03/2016.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. *Assistência Jurídica, Assistência Judiciária e Justiça Gratuita*. São Paulo: Editora Forense, 2009 (edição eletrônica).

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. São Paulo: Editora RT, 2015.

NERY JUNIOR; Nelson e NERY, Rosa Maria de Andrade. *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Editora RT, 2015.

NETO, Emetério Silva de Oliveira; VIANA, Juvêncio Vasconcelos. *Acesso à justiça e o novo Código de Processo Civil: um olhar crítico*. Em: *Acesso à justiça* (recurso eletrônico on-line). Florianópolis: CONPEDI/UFSC, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Da Gratuidade da Justiça*. Em: *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. Tereza Arruda Alvim Wambier et al. [coord.]. São Paulo: Editora RT, 2015.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. São Paulo, Cortez, 2003.

TARTURE, Flávia; DELLORE, Luiz. *Gratuidade da justiça no novo CPC*. Em: *Revista de Processo*, São Paulo, v. 39, n. 236, p. 305-323, out. 2014.