

Acesso à justiça: uma abordagem sobre a assistência judiciária gratuita

Marcia Carla Pereira Ribeiro

Professora Doutora da UFPR e PUCPR

Coordenadora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da PUCPR

Procuradora do Estado do Paraná

Irineu Galeski Junior

Professor Mestre da UNICURITIBA

Doutorando pela PUCPR

Advogado

RESUMO

O acesso à justiça é um primado constitucional. A gratuidade desponta na Constituição Federal como um direito do cidadão que comprovadamente for destituído de condições econômicas que possam suportar os custos de um processo. A disciplina da gratuidade processual, assim como a posição dos Tribunais sobre o assunto influenciam na utilização da prerrogativa. As teorias econômicas que trabalham conceitos como os de gratuidade, custos, conhecimento, ética e comportamento oportunistas podem contribuir para a análise de institutos jurídicos, auxiliando na busca de um sistema jurídico que assegure direitos essenciais, mas que também privilegie a melhor alocação possível dos recursos, contribuindo para o desenvolvimento econômico e social de um país. A proposta do artigo é de apresentar o benefício da gratuidade processual em sua extensão na prática nacional e as conseqüências que gera e pode gerar na administração da justiça. Ao final, apresenta-se um esboço da conformação que o benefício pode adotar para a minimização de comportamentos oportunistas.

Direito; Economia; Gratuidade processual; Efeitos; Alternativas

RESUMÉE

L'accès à la justice est une règle constitutionnelle. L'accès sans frais fait son apparition dans la Constitution Fédérale Brésilienne comme un droit pour ceux qui s'avèrent être dépourvus de conditions économiques pour supporter les coûts d'une procédure judiciaire. La discipline de la reconnaissance de ce droit, ainsi que la jurisprudence des tribunaux ont une influence sur l'utilisation de la prérogative. Les théories économiques à l'aide de concepts tels que la gratuité, le coût, les informations, l'éthique et les comportements opportunistes peuvent contribuer à l'analyse des institutions juridiques et à suivre le chemin pour aboutir à un système juridique qui garantisse les droits fondamentaux, et au même temps favorise la meilleure allocation possible des ressources de façon à contribuer au développement économique et social d'un pays. Le but de cet article est de présenter l'accès sans frais à la justice dans son extension dans la pratique national et les conséquences qui sont produites et peuvent être produites à l'administration de la justice. A titre de conclusion, il présente un

aperçu de la conformation que la prestation sans frais peut prendre pour minimiser les comportements opportunistes.

Droit; Economie; l'accès sans frais à la justice; effets; alternatives

Acesso à justiça: uma abordagem sobre a assistência judiciária gratuita

1. Introdução

O movimento denominado Análise Econômica do Direito ou “*Law and Economics*”, pode ser definido como a aplicação da teoria econômica, em especial, seu método, para o exame da formação, estruturação e impacto da aplicação das normas e instituições jurídicas na sociedade. Os primeiros pensamentos surgiram a partir do desenvolvimento das doutrinas econômicas e da atenção dos economistas para os assuntos jurídicos, vindo, posteriormente, também a chamar a atenção dos juristas para esse novo enfoque do fenômeno jurídico (RIBEIRO e GALESKI JR, 2009, p.53).

A garantia de gratuidade no acesso ao Poder Judiciário, por outro lado, responde a um comando constitucional e é normatizada por lei própria. Porém, a existência de comandos normativos por si só não garante que os ideais de justiça e eficiência sejam alcançados, transformando muitas vezes a pretensão de acessibilidade ao Poder Judiciário num longo e insatisfatório caminho, tanto para aqueles que se beneficiam da gratuidade como para os demais usuários das formas estatais de solução de controvérsias.

Princípios originários da economia podem auxiliar na formação do olhar do jurista. Na confecção da norma, dirigindo-a a patamares realizáveis ou com potencialidade para alteração das condições de fato a ponto de modificá-las – evitando a triste realidade que as vezes se confirma em nosso país no que se refere à aceitação de normas que são absolutamente vazias de aplicabilidade. Na aplicação da norma, chamando a atenção do

intérprete para a repercussão que algumas decisões pode trazer para além das partes envolvidas diretamente na lide – colocando-o, a depender da natureza da lide, no difícil mas responsável papel de decidir entre o interesse individual e o interesse coletivo. No estabelecimento de políticas públicas realizáveis e eficientes – e talvez aqui esteja a maior dificuldade-, permitindo a separação entre políticas públicas e demagogia.

Partindo desta premissa, o presente trabalho se propõe a analisar a regulamentação legal e jurisprudencial acerca da concessão do benefício da gratuidade da justiça no Brasil (análise econômica positiva), para, quiçá, apresentar uma proposta para a busca da eficiência (análise econômica normativa) que permita a conjugação do princípio constitucional de acesso à justiça com critérios econômicos de eficiência que poderão colaborar, por exemplo, para o exercício consciente do direito de ação, evitando-se a propositura indiscriminada de demandas amparadas na certeza da impunidade, no caso de julgamento pela improcedência.

2. Ética e Economia

A utilização mais criteriosa do acesso ao Poder Judiciário pode ser vista como um agente auxiliar na busca da celeridade processual, permitindo com que as lides amparadas no direito possam receber uma resposta mais ágil, deixando de concorrer espacialmente e temporalmente com lides que muitas vezes são propostas sem qualquer perspectiva de serem acolhidas, seja em razão de sua não compatibilidade com o melhor direito, seja pelo excesso de demanda estimulados pelo *não* risco de aplicação dos efeitos da condenação em ônus de sucumbência, ou pela má gestão do processo, por vezes agravada pela não remuneração da atividade advocatícia e baixa possibilidade de sucesso.

Evidentemente que além da possibilidade de serem revistos os princípios gerais da gratuidade, também a percepção do elemento ético do exercício da advocacia deve ser reforçado, orientando-se os advogados a uma conduta profissional responsável, associada à defesa de interesses que mereçam a tutela judicial, na correta medida da extensão da pretensão, cômicos de que a noção de gratuidade é meramente aparente, uma vez que existem custos na administração da justiça e externalidades que atingirão terceiros como consequência da utilização abusiva do acesso à justiça.

A associação entre economicidade e ética está longe de ser um disparate. Há correntes desenvolvidas por economistas que destacam que a economia pode e será mais produtiva se der atenção às considerações éticas que determinam o comportamento e o juízo humanos (SEN, 2006). Num ambiente ético, noções como as de lealdade, dever e boa vontade

auxiliam o desenvolvimento econômico, para Sen, pode-se tomar como exemplo a cultura japonesa e seus reflexos na economia daquele país (SEN, 2006, p.34).

Portanto, assim como a economia pode ser mais eficiente se conjugada a elementos éticos, a administração da justiça pode ser otimizada a partir destes mesmos elementos.

As lides apresentadas ao Poder Judiciário se inserem num dado ambiente institucional. O ambiente institucional em que se processam as lides são estruturados a partir de elementos formais e informais (NORTH, 2004). As instituições formais são estatuídas pela força de uma autoridade e adquirem o *status* de oficiais, como as leis de um país, ou o estatuto de uma empresa. Já as instituições informais nascem do perfil histórico, moral e social de uma dada organização. São, normalmente, mais fluídos e dispares do que as instituições formais.

As teorias econômicas consolidadas sobre a rubrica de Nova Economia Institucional percebem a interferência das instituições no comportamento do agente econômico (ZYLBERSZTAJN, 1995), vale dizer, no que se refere à prática econômica, as normas incidentes sobre o mercado podem estabelecer as balizas sobre as quais a atividade empresarial será desenvolvida. A opção normativa e os comportamentos que são por ela impostos podem ter por resultado uma maior ou menor eficiência no campo econômico, a depender da adequação de sua determinação e da compatibilidade entre o comando normativo e as necessidades da organização.

Transpondo-se para o tema deste artigo, a gratuidade de acesso à justiça, a perspectiva constitucional é de que a possibilidade do cidadão recorrer de forma ilimitada ao Poder Judiciário, sem entraves de ordem econômica, condiz com os princípios norteadores do Estado Brasileiro. A legislação, bastante branda quanto aos requisitos para a invocação da gratuidade, funciona como estímulo à sua invocação, ao mesmo tempo em que aparece como indispensável a que sejam confirmados na prática alguns dos princípios norteadores da sociedade brasileira.

No que se refere às instituições informais, tanto a conduta do advogado, ao eventualmente estimular uma pretensão insustentável, como a pouca resistência da população brasileira em geral em valer-se de prerrogativas associadas à gratuidade e programas assistenciais, juntam-se para um quadro de abusividade no exercício do direito de acesso à justiça pela via da gratuidade.

A via da análise econômica do direito pode trazer ferramentas aptas ao controle da eficiência do sistema adotado no Brasil e da efetiva confirmação do objetivo constitucional, ao assegurar a plenitude de acesso à justiça.

3. A Assistência Judiciária

A Lei Federal nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950 regulamentou no Brasil a concessão de assistência judiciária a todo aquele considerado pobre na acepção jurídica do termo, vale dizer, todo aquele cidadão que não pudesse prover os custos de um processo judicial sem prejuízo de seu próprio sustento.

O artigo 3º da mencionada lei elencou as rubricas abrangidas pela isenção: taxas judiciárias; selos; emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça; despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais; indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados; dos honorários de advogado e peritos. A Lei Federal nº 10.317 de 2001 acrescentou o inciso VI, abrangendo as despesas com a realização do exame de código genético – DNA quando for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

A lei, em sua redação original, previa que o benefício seria concedido à parte que requeresse ao Juiz o deferimento, “mencionando, na petição, o rendimento ou vencimento que percebe e os encargos próprios e os da família”, de acordo com a redação do artigo 4º. Entretanto, de acordo com o parágrafo 1º do mesmo artigo, não bastava a mera afirmação, mas também se fazia necessária a comprovação mediante juntada de um atestado de que o necessitado não poderia arcar com as despesas do processo, cabendo sua expedição à autoridade policial ou prefeito municipal. Essa exigência teve sensível alteração, com a modificação de sua redação dada pela Lei Federal nº 6.707, de 1979, quando passou a ser admitida a substituição do atestado, quando apresentado contrato de trabalho comprobatório de que o pretendente recebia salário igual ou inferior ao dobro do salário mínimo regional.

Ocorre que a sistemática de alegação e comprovação pela parte acabou sendo alterada de forma ainda mais substancial, depois que a Lei Federal nº 7.510, de 1986, deu nova redação ao artigo 4º e parágrafo 1º. Assim, de acordo com a literal disposição da lei, a partir de então, para que a parte pudesse ser beneficiária, passou a bastar a simples afirmação de que não estava em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família, sendo que tal afirmação teria força de presunção relativa, exigindo prova em contrário para sua cassação, sendo que neste caso, o beneficiado poderia ser condenado ao pagamento de até o décuplo das custas judiciais. O parágrafo 2º do

artigo 4º passou a prever a figura da impugnação que caberia à parte contrária, que seria autuada em apartado e seu processamento não suspenderia o processo.

A legislação mencionada é anterior à Constituição Federal hoje vigente, a qual consagra em seu artigo 5, como direito fundamental, o acesso à justiça, garantido pelo Estado: “XXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Está expresso no texto constitucional que cabe ao Estado prestar assistência jurídica integral, condicionada à comprovação da insuficiência de recursos pelo demandante.

As leis infraconstitucionais ampliaram, a partir de suas modificações, a própria extensão do direito assegurado pelo Estado, dispensando o requerente da comprovação de seu real estado econômico.

Cotejando-se as normativas específicas com a Constituição Federal, observa-se que a norma máxima foi de um lado respeitada, pela garantia de acesso gratuito ao Poder Judiciário, de outro lado desrespeitada, ao se retirar do demandante o dever de comprovação de seu estado de carência.

Porém, a posição dos Tribunais brasileiros tem sido no sentido de admitir a mera alegação do solicitante.

4. O Entendimento Jurisprudencial sobre a Assistência Judiciária e sua extensão

O entendimento consolidado nos tribunais superiores brasileiros acerca da concessão do benefício da gratuidade judiciária atendem à literalidade do artigo 4º da Lei Federal nº 1060/50, ou seja, basta a mera afirmação da parte para que lhe seja concedido o benefício, cabendo à parte contrária impugnar tal deferimento.

Além do amplo reconhecimento pelo Poder Judiciário do cabimento do benefício da assistência gratuita àquele que a requer por mera declaração, há precedentes que extrapolam até mesmo este limite.

Para tanto comprovar, traz-se precedente do Supremo Tribunal Federal, órgão responsável, em última análise, por garantir a aplicabilidade da Constituição Federal, que apresenta uma interpretação exacerbada com relação ao disposto na Carta Constitucional, ao considerar deferido o benefício, mesmo sem manifestação jurisdicional a respeito; em outras palavras, havendo pedido, considera-se automaticamente deferido o benefício, a não ser que haja decisão interlocutória negativa do Juiz, ou tenha sido acolhida a impugnação da parte contrária. Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTOU O ATO DECISÓRIO QUESTIONADO - CONSEQÜENTE DESCUMPRIMENTO DE DEVER PROCESSUAL QUE INCUMBE À PARTE AGRAVANTE - PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA, FORMULADO POR SERVIDORES PÚBLICOS, QUE NÃO FOI APRECIADO PELO ÓRGÃO JUDICIÁRIO COMPETENTE - HIPÓTESE DE DEFERIMENTO TÁCITO - INOCORRÊNCIA DE DESERÇÃO RECURSAL - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O RECURSO DE AGRAVO DEVE IMPUGNAR, ESPECIFICADAMENTE, TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. - O recurso de agravo a que se referem os arts. 545 e 557, § 1º, ambos do CPC, deve infirmar todos os fundamentos jurídicos em que se assenta a decisão agravada. O descumprimento dessa obrigação processual, por parte do recorrente, torna inviável o recurso de agravo por ele interposto. Precedentes. ALEGAÇÃO DE INCAPACIDADE FINANCEIRA E CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE. - O acesso ao benefício da gratuidade, com todas as conseqüências jurídicas dele decorrentes, resulta da simples afirmação, pela parte (pessoa física ou natural), de que não dispõe de capacidade para suportar os encargos financeiros inerentes ao processo judicial, mostrando-se desnecessária a comprovação, pela parte necessitada, da alegada insuficiência de recursos para prover, sem prejuízo próprio ou de sua família, as despesas processuais. Precedentes. - Se o órgão judiciário competente deixar de apreciar o pedido de concessão do benefício da gratuidade, reputar-se-á tacitamente deferida tal postulação, eis que incumbe, à parte contrária, o ônus de provar, mediante impugnação fundamentada, que não se configura, concretamente, o estado de incapacidade financeira afirmado pela pessoa que invoca situação de necessidade. Precedentes.¹

No mesmo sentido de que o benefício será garantido à parte que simplesmente afirmar não ter condição de arcar com os custos financeiros do processo, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA AFASTADA NA HIPÓTESE A PARTIR DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO CARREADO NOS AUTOS. REEXAME NA VIA ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. SUMULA 07/STJ.

1. É assente na Corte que "para o benefício da assistência judiciária basta requerimento em que a parte afirme sua pobreza, somente sendo afastada por prova inequívoca em contrário a cargo do impugnante" (AgRg no AG n.º 509.905/RJ, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros).
2. Estando consignado pelas instâncias de cognição plena que "os elementos dos autos evidenciam que o recorrente tem condições de arcar com o pagamento das custas, despesas processuais e honorários de sucumbência, sem o prejuízo do próprio sustento", rever referida conclusão revela-se labor proscrito à esta Corte Superior, na via especial, ante o teor do enunciado sumular n.º 07/STJ, verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

¹ STF, RE 245646 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJe-030 DIVULG 12-02-2009 PUBLIC 13-02-2009 EMENT VOL-02348-03 PP-00591.

3. Agravo regimental a que se nega provimento².

Os Tribunais Estaduais e Regionais Federais não apresentam entendimentos que discrepem dos acima demonstrados, de modo que pode ser afirmado com segurança que hoje no Brasil vige um sistema de concessão de gratuidade baseado na mera afirmação do pretendente, sem que sobre ele recaia qualquer ônus probatório, como acontecia no regime instituído pela redação original da Lei Federal nº 1060/50.

Há de se lembrar mais uma vez que nem mesmo o texto constitucional prevê tal extensão, pois sua redação expressamente contempla a necessidade de comprovação, o que é ignorado pela normativa específica e pelos julgados que confirmam sua desnecessidade.

A percepção social da extensão dada pelos órgãos julgadores pode servir como estímulo à invocação descabida do benefício. Ainda mais quando se sabe a dificuldade que recai sobre o outro litigante que se vê na contingência de fazer prova dos rendimentos de outro, utilizando-se de dados pessoais e muitas vezes sigilosos.

A lei aplicável permite à parte que se oponha ao pedido de gratuidade que promova uma impugnação incidental contra o benefício. Nela, deverá comprovar a capacidade financeira do solicitante, o que encontra obstáculos fáticos no sigilo de que se revestem dados financeiros e tributários.

Ainda sobre a gratuidade frente às lides judiciárias, cabe uma ponderação quanto à própria noção de gratuidade. Num processo instaurado com o benefício, a outra parte, normalmente pagante – uma vez que não haveria interesse econômico do não pagante em propor ações cíveis contra outro não pagante, em face da impossibilidade de efetivação de seu direito, caso confirmado – terá de arcar com os custos de sua própria defesa, sem possibilidade de reembolso, ainda que suas razões prevaleçam. Na hipótese de realização de prova pericial, o adiantamento dos custos de perícia muitas vezes recaem sobre o demandado, seja porque este a requer para poder comprovar suas alegações, seja por determinação legal, quando a perícia é solicitada por ambas as partes, pelo Ministério Público ou de ofício pelo juiz.

Logo, num ambiente institucional em que as instituições formais (leis e julgados) facilitam o acesso ao benefício e as instituições informais não reforçam comportamentos ponderados nesta questão, a eficiência do instituto pode ser contestada sob vários aspectos: ***(i)excesso de demandas que corroboram para o estrangulamento do Poder Judiciário com a***

² STJ, AgRg no REsp 1009376/MS, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJe 22/09/2008.

perspectiva de retardamento geral dos julgamentos em tramitação; (ii) transferência de oneração para a parte pagante, responsável pela contradita à invocação do benefício e por custas incidentais no processo; (iii) impossibilidade de recomposição ao status quo ante para o demandado mesmo quando a ação é julgada improcedente ou o pedido excessivo em face da suspensão da incidência dos ônus de sucumbência aplicáveis ao beneficiado pela gratuidade; (iv) a baixa qualidade geral das demandas propostas sob o manto da gratuidade; (v) o incentivo a pleitos desqualificados respaldados na ausência de qualquer consequência no caso de improcedência.

5. A Racionalidade e o Oportunismo

Os efeitos negativos do sistema atual da gratuidade forense podem ser explicados a partir de conceitos clássicos da economia.

Os adeptos da teoria econômica neoclássica afirmavam que os agentes econômicos agem de forma racional, ou seja, analisando os custos e benefícios com base nos dados concretos apresentados, para com isso maximizar seus resultados. Deixam de lado decisões que refogem à lógica racionalista, pautadas, por exemplo, numa simples vontade sem correspondente econômico ou num capricho. Também desconsideram a própria dificuldade de acesso aos dados necessários à formação do juízo de convencimento para a tomada de decisão.

Pinheiro e Saddi (2005, pp. 64-65) apontam para a Teoria dos Custos de Transação (TCT) como uma resposta de adequação à realidade contra a Teoria Neoclássica, especialmente, em três pontos: a racionalidade dos agentes não é ilimitada, como entendiam os neoclássicos, pelo contrário, nenhum agente consegue ter toda a informação possível para adotar a melhor decisão, além de que as partes estão sujeitas a restrições cognitivas; em segundo lugar, ao contrário dos neoclássicos, os agentes buscam maximizar seus resultados e nem sempre obedecem as regras do jogo, mas agem com oportunismo, definido como uma maneira de buscar o interesse próprio mediante práticas desonestas, incluindo mentir, trapacear e roubar; por último, nem sempre as transações ocorrem sem custo, vale dizer, quase sempre haverá perda na transferência de propriedade, ou haverá perda no valor do ativo quando é transferido de uma atividade mais rentável para outra em que não seja tão importante.

A partir destes conceitos, pode-se analisar a regra que permite a concessão do benefício da gratuidade judiciária por mera afirmação da parte.

A consequência do deferimento do benefício é permitir que a parte litigante fique isenta de custas processuais em geral (incluindo as relativas à instauração e andamento do processo, incluindo despesas com publicações e demais comunicações, como mencionado), indenização a testemunhas, honorários de advogados, de peritos e com exame de DNA, quando a lide versar sobre investigação de paternidade.

Voltando-se à questão dos auxiliares da Justiça, especialmente os peritos, é importante esclarecer que atuarão no processo de forma gratuita, mas apenas em um primeiro momento – e com a possibilidade do Juiz determinar o adiantamento de valores pela parte pagante, se indispensáveis à instalação dos atos periciais ainda que, por força do artigo 19 do Código de Processo Civil³, os honorários periciais não sejam em regra depositados no início da produção da prova, como nos demais casos em que não há o benefício. Caso o vencedor da demanda seja o beneficiário, os honorários serão exigidos do sucumbente, por força do artigo 20 do Código de Processo Civil.⁴

Questão complexa, ainda que mais rara, ocorre quando ambas as partes são beneficiárias da assistência judiciária. Não raro, a prova pericial depende da atuação de um particular nomeado pelo Juiz, uma vez que o Estado, até o presente momento, não tem a estrutura suficiente para oferecer técnico habilitado nas diversas áreas técnicas que podem ser chamadas para a realização de perícia. A inviabilidade da remuneração se torna, sem dúvida, não atraente para o profissional, estimulando sucessivas recusas dos profissionais indicados.

Partindo-se exclusivamente de raciocínios lógicos, quando o autor é beneficiário da assistência judiciária e o réu pagante, tomando-se em consideração que a remuneração será devida ao final pelo vencido, talvez se revele mais oportuno, no caso da dúvida, opinar pela procedência do pedido do beneficiado em detrimento da outra parte, pois assim o perito terá garantido o recebimento de seus honorários.

Se na hipótese da invocação da assistência judiciária gratuita existe a condenação aos honorários e custas, acompanhada de uma suspensão de sua exigibilidade enquanto perdurar a condição financeira desfavorável do perdedor da demanda, há que se considerar ainda aquelas demandas para as quais a lei prevê isenção de tais ônus pelo vencido.

³ “Art. 19. Salvo as disposições concernentes à justiça gratuita, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizam ou requerem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até sentença final; e bem ainda, na execução, até a plena satisfação do direito declarado pela sentença.”

⁴ “Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (Redação dada pela Lei nº 6.355, de 1976)”

É o que decorre, por exemplo, da previsão constitucional expressa no art. 5º, LXXIII: “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

Sem dúvida que a Constituição Federal quer afastar os riscos normais de uma ação para estimular a defesa do interesse coletivo consubstanciado no patrimônio público ou na moralidade administrativa. Porém, também esta defesa do interesse público se insere num ambiente institucional que favorece abusos, principalmente quando tal defesa na verdade oculta interesses eleitorais ou pessoais.

Tanto no caso da assistência judiciária, como naquela da ação popular a própria ordem normativa estabelece uma potencialidade de sanção, prevendo condenações punitivas se comprovada a irregularidade ou abuso. Porém, lembre-se, cabe à outra parte comprovar a real situação econômica daquele que se utilizou do benefício da gratuidade, no primeiro caso, ou a má-fé (elemento subjetivo) no segundo caso, conservando ainda aqui uma posição de passividade por parte de quem invoca um benefício especial e excepcional de afastamento dos ônus financeiros que incidem sobre o perdedor.

Tome-se como exemplo no início dos anos 2000, quando dos processos de desestatização de empresas estatais, decisão administrativa das mais polêmicas, não foi incomum a instalação de sites que instavam as pessoas a ajuizarem ações populares, utilizando-se dos modelos lá postados, sob o argumento de que os postulantes não corriam riscos, em razão da isenção de custas e honorários assegurada pela Constituição. Apenas em um dos procedimentos de desestatização no Estado do Paraná foram ajuizadas 99 demandas contra os integrantes da comissão de desestatização, sendo que todas as ações foram na sequência abandonadas e julgadas extintas. Em razão do tema especialmente polêmico relacionado à decisão administrativa de afastamento do Estado do exercício direto de atividades econômicas, a comprovação da má-fé dos demandantes mostrava-se bastante polêmica. Mais uma vez, a partir deste último exemplo, torna-se possível identificar que a gratuidade é apenas aparente, pois os demandados contrataram advogados ou despenderam tempo produtivo na elaboração de suas defesas, para depois terem as ações extintas por abandono dos interessados, isto sem se falar dos custos da estrutura judiciária.

Por conseqüência, tanto na hipótese do deferimento da assistência judiciária gratuita, quando naquela de isenção geral de custas e honorários, cria-se um ambiente, sobretudo em

razão do quadro institucional vigente, favorável ao comportamento oportunista das partes, estimulando a promoção de demandas temerárias.

Se as teorias clássicas da economia estivessem corretas, a opção pelo recurso ao Poder Judiciário existiria apenas e tão somente quando a racionalidade perfeita das partes lhes permitisse concluir pelo ganho que adviria de sua conduta, capaz de justificar a interrupção de uma atividade produtiva (o que pressupõe que os agentes todos sejam produtivos) em proveito próprio e da coletividade, e não como expressão da busca de benefícios abusivos ou como estratégia de manipulação popular. As falhas na racionalidade, as desigualdades e imperfeições dos arranjos sociais destroem a base teórica do classicismo, vencida pela conduta oportunista de determinados agentes.

Logicamente que nas lides pagas também existe o risco de ações temerárias, não sendo um risco eminentemente ligado à parte realmente carente no sentido jurídico. Entretanto, o regime que atualmente vige incentiva o oportunismo também daqueles que ostentam capacidade econômica para arcar com as custas processuais e o peso da sucumbência, mas alcançam o benefício apenas com sua mera afirmação de pobreza, na busca de um enriquecimento não justificado e do afastamento dos riscos naturais de um processo.

No sistema que hoje vige há uma situação de inversão do ônus da prova quanto à condição financeira do demandante do benefício. Quando se inverte o ônus da prova em relação à condição financeira pessoal, impõe-se obrigação justamente a quem tem a menor possibilidade de provar, em razão da impossibilidade ou dificuldade material de se obter os elementos necessários para se comprovar o contrário. Ou seja, ao invés de se considerar a assimetria de informação da situação e imputar-se ao requerente que comprove sua condição, foi criada regra que justamente exacerba essa dificuldade, invertendo as tarefas.

Ademais, impõe-se à parte contrária o ônus financeiro de buscar a prova, quando nem sempre se revela racional buscar tal informação. Em demandas de pouca expressão financeira, quando os eventuais honorários advocatícios no caso de sucumbência também serão de baixa monta, não há incentivo para o advogado adversário, quiçá, da parte contrária, para diligenciar sobre a condição financeira da parte pleiteante.

Outrossim, os tribunais tem estendido indevidamente o benefício da gratuidade judiciária para eventos processuais que deveriam ser aplicados com isonomia para todas as partes litigantes, em virtude da exigência irrestrita de todas as partes em relação à moralidade e boa-fé processuais. São os casos relativos às multas impostas pela utilização indevida de recursos, especificamente previstas no artigo 538, parágrafo único e 557, parágrafo segundo, do Código de Processo Civil.

O Superior Tribunal de Justiça tem precedente que suspende a exigibilidade e consequentemente o depósito do valor da multa para a parte que conte com o benefício da gratuidade:

Agravo regimental. Embargos de declaração. Multa. Art. 557, § 2º, c/c 545 do Código de Processo Civil. Justiça gratuita. Omissão inexistente.

1. A circunstância de ser o recorrente beneficiário da gratuidade de justiça não impossibilita a imposição das multas em razão da interposição dos recursos manifestamente improcedentes e protelatórios. A Corte, assim, impõe a multa na hipótese referida, porém, tem determinado a suspensão do pagamento em razão da concessão de gratuidade de justiça.

2. O acórdão embargado contém amplos e suficientes fundamentos ao negar provimento ao agravo, aplicando a Súmula nº 182/STJ, esclarecendo, ainda, que a tese recursal é manifestamente improcedente, motivo da incidência da multa. As apontadas omissões e contradições, portanto, não estão caracterizadas, revestindo-se os embargos de mero caráter infringente, incompatível com a via eleita.

3. Reconsiderada a decisão agravada (fls. 816/817) e rejeitados os embargos de declaração (fls. 813/814)⁵.

Não se pode olvidar que a *mens legis* em relação à concessão da assistência judiciária é possibilitar que o pobre no sentido jurídico possa litigar, vale dizer, deduzir sua pretensão, sem precisar adiantar as despesas processuais. Em nenhum momento, foi instituído em prol do beneficiário que estaria ele isento também dos deveres processuais das partes, previsto no Código de Processo Civil.

Decisões como a acima citada, em que se toma uma solução ofensiva à isonomia das partes em relação às responsabilidades processuais, seja ela pobre ou apta juridicamente, acabam por incentivar comportamentos oportunistas das partes litigantes, estimulando não apenas a propositura de demandas temerárias, como também de recursos protelatórios.

6. Das Despesas

De acordo com o último relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, intitulado “Justiça em Números”⁶, a partir dos dados coletados durante o ano de 2008, percebe-se que a prestação jurisdicional é extremamente deficitária no cotejo entre despesas e receitas – não se está tendo por base o resultado financeiro da demanda que beneficia o demandante e não o Poder Judiciário para se chegar a esta conclusão, mas sim a relação entre as custas recebidas e as despesas para manutenção da estrutura da Justiça Federal.

⁵ STJ, AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 563.492/GO, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/10/2004, DJ 21/02/2005 p. 171.

⁶ www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf, acesso em 03 de abril de 2010.

Considerando como créditos os valores arrecadados com taxas, custas, emolumentos, alvarás, certidões e fotocópias, no âmbito da Justiça Estadual, foram arrecadados cerca R\$ 56 milhões para despesas na ordem de R\$ 5,2 bilhões, o que representa o ínfimo percentual de 1,1% do total das despesas. Não se deve desconsiderar, contudo, que a competência desse ramo da jurisdição se faz basicamente pelo critério pessoal, tratando das demandas geralmente promovidas por pessoas jurídicas de direito público que são isentas de adiantamento das despesas processuais.

Já a Justiça do Trabalho teve como receita de custas cerca de R\$ 220 milhões de reais, que significou apenas 2,4% de seus gastos na ordem de R\$ 9,3 bilhões. Também deve ser considerada que essa justiça especializada atua geralmente em prol do trabalhador, concedendo de forma generalizada o benefício da assistência judiciária, não raro isentando até mesmo as empresas reclamadas, sem maiores razões.

Acredita-se que esse regime deficiente, que representa um custeio quase total sem a contrapartida necessária dos litigantes, pode se justificar pelo dever estatal de organização e manutenção das estruturas de solução de litígios. Porém, a oferta de gratuidade processual de forma indiscriminada, sem critérios objetivos, pode se configurar um elemento de agravamento de uma situação deficitária por sua própria natureza. Não há estudos específicos sobre o impacto da assistência judiciária sobre os números acima apresentados, mas acredita-se que a existência não levaria a conclusões muito distantes das aqui expostas. O instrumental da economia aparece como uma importante alternativa para a realização de pesquisas quantitativas que possam servir de parâmetro para conclusões e eventual modificação das instituições formais

Até mesmo as considerações que tomam a prestação jurisdicional como função exclusiva e indelegável do Estado esbarram no entendimento já pacificado em relação à natureza das custas processuais.

O Supremo Tribunal Federal tem entendimento pacífico no sentido de que as custas processuais tem natureza jurídica de tributo, especificamente, taxa, logo, a prestação do serviço jurisdicional, segundo uma interpretação do posicionamento da Corte, é uma espécie de serviço público que deve ser prestado mediante o recolhimento de tributo da categoria das taxas, por ter caráter divisível e específico.⁷

⁷ STF, ADI 1378 MC/ES, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgamento em 30/11/1995, DJ 30-05-1997, p.23175, EMENT VOL-01871-02, p.00225.

Há uma lógica, portanto, em se pretender que a gratuidade judiciária seja tratada com maior atenção, pois se relaciona à contraprestação a uma prestação Estatal, remunerada por taxa, para que, em tese, recaia sobre os beneficiários diretos da prestação pública e não como ônus geral a recair sobre terceiros não contemplados pelo serviço, o que acaba por acontecer em função da necessidade de repasses públicos que cubram a situação deficitária.

7. As Externalidades

Vasco Rodrigues afirma que a externalidade é o custo ou benefício que um agente, na realização de uma atividade econômica, impõe a um terceiro, fora do sistema de preços. Do ponto de vista econômico, a externalidade é relevante porque analisa decisões que do ponto de vista individual são maximizadoras, porém não são eficientes do ponto de vista coletivo. O papel do Direito em face das externalidades negativas é evitar que elas prejudiquem a obtenção de resultados sociais eficientes ou, em outras palavras, desincentivar as atividades lesivas à eficiência coletiva (RODRIGUES, 2007, pp. 42-44).

Nos Estados-membros em que ainda há serventias judiciais não-oficializadas verifica-se que a assistência judiciária tem sido um pesado gravame para a organização, manutenção e prestação dos serviços. Nas serventias mantidas pelos Estados, o custo de seu financiamento se faz com a arrecadação pública, uma vez que, conforme foi demonstrado acima, as custas e emolumentos são praticamente irrisórios frente às despesas contabilizadas.

Nas serventias dirigidas em regime de delegação por particulares, é com base na arrecadação das custas processuais recolhidas que a estrutura do cartório se organiza. Não fosse as despesas com a remuneração dos juízes e auxiliares ser destacada da rentabilidade dos cartórios, em muitos casos o valor arrecadado não seria suficiente para remunerar o particular, cobrir a folha de pagamento e as despesas de suprimentos, causando com isso a degradação da qualidade do serviço, especialmente com relação às serventias menos favorecidas.

Independentemente de ser o custeio totalmente público ou ainda mediante concessão ao particular, a carência de eficiência na prestação jurisdicional relaciona-se facilmente à falta de estrutura dos serviços cartoriais.

De acordo com estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas, em relação a quatro serventias do estado de São Paulo, foi possível concluir que “o tempo em que o processo fica em cartório é grande em relação ao tempo total de processamento. Descontados os períodos em que os autos são levados ao juiz para alguma decisão ou retirados por advogados para

vista e manifestação, eles ficam nos cartórios por um período equivalente a 80% (no cartório A) e 95% (nos cartórios B e C) do tempo total de processamento”.⁸

Portanto, é fato que no Brasil a prestação jurisdicional célere está diretamente relacionada à estrutura e agilidade dos serviços cartoriais. Contudo, tais serviços, ao menos nos Estados-membros em que há serventias administradas em caráter privado não há subsídios para sua manutenção, realizada ordinariamente com base nos valores provenientes das custas processuais. Assim, a conclusão é lógica: havendo ampliação demasiada da concessão da gratuidade da justiça (leia-se incentivo para o comportamento oportunista), a médio e longo prazo não haverá aportes suficientes para a ampliação e desenvolvimento dos serviços (informatização, treinamento e ampliação do quadro funcional) independente do custeio ser totalmente público (recursos escassos) ou no regime de concessão.

Nesse contexto, a externalidade do regime atual de benefício da assistência judiciária gratuita repercute em dois aspectos econômicos: *(i) no caso do custeio público, na extensão dos custos que seriam cobertos pelas taxas cobradas dos querelantes para outros administrados, mediante repasse de verba arrecada por outros tributos para a cobertura do déficit do sistema; (ii) no caso do custeio privado, pela deterioração do serviço e consequências para todo tipo de litigante, pagante, não pagante, razoável ou oportunista.*

8. Conclusões

O acesso à justiça, como parte do ideal de oferta de uma condição razoável de vida a todo cidadão tem como um de seus pilares a determinação constitucional de gratuidade para aquele destituído de condições econômicas para arcar com os custos de um processo.

A realidade do Poder Judiciário brasileiro, especialmente quando se considera o número de demandas em tramitação, o tempo gasto para tramite do processo, o número de recursos utilizados pelos litigantes, o grau de satisfação dos usuários do sistema público de justiça, expressa uma condição bastante distante da ideal e que acaba por macular o ideal constitucional.

Diante da racionalidade imperfeita dos agentes, dos comportamentos oportunistas e das carências de um ambiente institucional que necessita de aperfeiçoamentos, os fundamentos da economia podem auxiliar o jurista no entendimento do fenômeno jurídico, e, especialmente, na elaboração de propostas de modificação das imperfeições do sistema.

⁸ Site visitado <http://conjur-s1.simplecdn.net/dl/pesquisacartorios.pdf> em 14 de março de 2009.

A forma como está disciplinada a justiça gratuita no Brasil, além de conflitar com norma expressa da Constituição que prevê a comprovação da situação de insuficiência financeira, cria condições para o exercício irregular do benefício. A condição informacional do requerente do benefício faz com que seja muito menos custoso e mais lógico que a comprovação se dê por sua iniciativa, não havendo eficiência no sistema atual que remete ao demandante o ônus de tal comprovação.

O custo da máquina judiciária não permite tal elasticidade no deferimento da gratuidade sem comprovação, sob pena de produzir externalidades que atingirão seja a eficiência do sistema, seja a prestação de outros serviços indispensáveis, em razão da transferência de fundos para cobertura do déficit do serviço dos cartoriais.

Uma possível reforma do sistema atual autorizador do acesso gratuito à justiça poderia considerar, no mínimo, a necessidade de comprovação por parte de quem a requer, ou, um passo mais ousado, estabelecer ônus processuais percentualmente compatíveis com os níveis de rendimentos do querelante, para induzi-lo a ponderar racionalmente sobre a escolha em querelar, sem que tais níveis de taxaço esvaziem por completo o interesse em recorrer ao Poder Judiciário.

Esta seria uma tarefa nada simples para o jurista e para o economista, mas ninguém nunca afirmou que mudanças responsáveis seriam necessariamente fáceis de serem concebidas e implementadas.

9. Referências

Brasil. CNJ. Justiça em números. Disponível em : www.cnj.jus.br/images/imprensa/resumo_justica_em_numeros_2008.pdf, Acesso em: 03 de abril de 2010

__. STJ, AgRg no REsp 1009376/MS, Rel. Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), QUARTA TURMA, julgado em 21/08/2008, DJ 22/09/2008.

__. STJ, AgRg nos EDcl no AgRg no Ag 563.492/GO, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, TERCEIRA TURMA, julgado em 28/10/2004, DJ 21/02/2005, p. 171.

__. STF, ADI 1378 MC/ES, Relator Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgamento em 30/11/1995, DJ 30-05-1997, p.23175, EMENT VOL-01871-02, p.00225.

___ . STF, RE 245646 AgR, Relator Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/12/2008, DJ 030, DIVULG 12-02-2009, PUBLIC 13-02-2009, EMENT vol. 02348-03, p. 00591.

___ . Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: www.planalto.gov.br/CCIVIL/Leis/L5869.htm. Acesso em: 20mar 2010

___ . Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L1060.htm. Acesso em: 20mar 2010

Faraco, Alexandre Ditzel, e Fernando Muniz Santos. “Análise Econômica o Direito e possibilidades aplicativas no Brasil.” *Revista de Direito Público da Economia*, jan./mar de 2005: 27-61.

Forgioni, Paula A. “Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou mistificação?” *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, jul/set de 2005: 242-256.

Mackaay, Ejan. *L'analyse économique du droit*. Quebec, Canada: Les Éditions Thémis, 2000.

North, Douglas. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.

_____. *Custos de transação, instituições e desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2004.

Nusdeo, Fabio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. São Paulo: RT, 2008, 1994.

Pinheiro, Armando Castelar; SADDI, Jairo. *Direito, Economia e Mercados*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

Rodrigues, Vasco. *Análise Económica do Direito*. Coimbra: Editora Almedina, 2007.

Sen, Amartya. *Sobre Ética e Economia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

Zylbersztajn, D. *Estrutura de governança e coordenação do agrobusiness: uma aplicação da Nova Economia das Instituições*. Departamento de Administração, FEAP/USP. 1995.

<http://conjur-s1.simplecdn.net/dl/pesquisacartorios.pdf> em 14 de março de 2009.

