

A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO DE VALIDADE DA LEI DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – LEI FEDERAL N. 1.060/1950.

Fernando Cesar Faria*

Sumário: **1** – *Esclarecimentos iniciais e a onerosidade do processo;* **2** – *O cenário jurídico existente ao tempo da edição da Lei Federal n. 1.060/1950;* **3** – *Da Constituição de 1946 à atual ordem constitucional vigente – teoria da aplicabilidade das normas constitucionais do Prof. José Afonso da Silva;* **4** – *A normatização constitucional vigente quanto à assistência jurídica [e não mais judiciária] gratuita e sua inserção na teoria do Prof. José Afonso da Silva;* **5** – *Cerne da problemática: da revogação, em razão do advento da Constituição da República de 1988, da obrigatoriedade do pagamento das custas – disciplina da Lei Federal n. 1.060/1950;* **6** – *Conclusão do trabalho.*

1 – Considerações iniciais e a onerosidade do processo:

A **República Federativa do Brasil** constitui-se em Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, cabeça), destinado a assegurar o exercício dos Direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a Justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias.

Obedecemos, irrestritamente, uma norma: a **Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB)**, que é a promulgada aos 05 dias do mês de outubro do áureo ano de 1988. *Apelidada*, por **Ulisses Guimarães** [um dos maiores homens que esse país já viu!], de *Constituição Cidadã*. Trata-se de um documento cujo foco precípua é assegurar Direitos e Garantias, como nenhum outro os trouxe nessa magnitude.

Não mesmo.

Nesse sentido, o chamado Sistema de Direito Positivo obedece uma estrutura piramidal. É dizer, todas as normas que o compõem obedecem e, **principalmente**, retiram seu **fundamento de validade** diretamente da Constituição da República.

A nossa Constituição é [**na classificação da doutrina quanto a estabilização**] tida como *rígida*¹. É dizer, consubstancia em norma fundamental e suprema, a qual assenta o moderno Estado.

Assim sendo, todas as normas que integram o ordenamento jurídico nacional tão-somente serão válidas se se conformarem com os mandamentos tipificados na Constituição da República.

O fundamento de validade tem a ver com a noção de supremacia hierárquica das normas constitucionais. Por sua vez, a supremacia está ligada com a noção de rigidez constitucional [tema sempre em baila na doutrina].

Nesse sentido, supracitada rigidez decorre da maior dificuldade para a modificação da Constituição.

Nisso se consubstancia a ordem jurídica, que como dizia *Kelsen* não é [**tão-só**] um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção

1 Chamamos a atenção para a classificação aludida pelo Prof. Alexandre de Moraes. Para esse preclaro constitucionalista, nossa Constituição não é *rígida* e sim *super-rígida*. Explica o professor que, em nossa Lei Maior, existe uma parte rígida [e assim modificáveis por um processo solene, dificultoso, etc.] e outra *super-rígida* [que seria as partes imutáveis da Constituição, que sabemos ser tudo aquilo disposto no art. 60, § 4º da **CRFB**: (1) a forma federativa de Estado; (2) o voto direto, secreto, universal e periódico; (3) a separação dos Poderes; e (4) os direitos e garantias individuais. Ressaltamos que há celeuma no meio jurídico sobre outros dispositivos constitucionais que seriam cláusulas pétreas, especialmente os direitos sociais (**CRFB**, art. 6º) e outros direitos individuais dispersos pelo texto constitucional. É dizer, todo o texto constitucional é rívido, salvo as **matérias dispostas no art. 60, § 4º da CRFB e, dependendo do entendimento, outro dispositivo a que se pode dizer ser cláusula pétrea.**

escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas.

Nessa linha, a unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar [**chegar**] finalmente na norma fundamental pressuposta.

Para esse incontestável jurista, a norma fundamental – hipotética, nestes termos – seria, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora.

As normas constitucionais [**leia-se, numa visão formal, como todas aquelas dispostas na Constituição**] estão no ápice dessa pirâmide e dão fundamento de validade a todas as demais espécies normativas dispostas pelo precitado sistema.

Isso mesmo: é a velha lição *kelseniana*, onde toda produção normativa tem, necessariamente, assento noutra [relação *kelseniana* de subordinação e hierarquia de normas].

Convém colacionarmos a lição do Prof. Livre-Docente da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo [**PUC-SP**] **Roque Antonio Carrazza**², para que:

“As normas jurídicas apresentam-se hierarquizadas, no mundo do direito, formando o que se convencionou chamar de ‘pirâmide jurídica’. Nela, a juridicidade de cada norma é haurida da juridicidade daquela que a suspende. Resulta daí, que a ordem jurídica, longe de ser um sistema de regras disposta no mesmo patamar, é uma construção escalonada de diferentes níveis de normas jurídicas, onde a Constituição, no dizer expressivo de Hans Kelsen, ‘[...] representa o escalão de Direito Positivo mais elevado’. Em suma, o direito positivo caracteriza-se pela estrutura normativa escalonada, onde a Constituição possui a suprema hierarquia”.

Não podemos nos olvidar do princípio lapidado pelo professor **de Direito Público e Eclesiástico [emérito] da Universidade de Freiburg [Alemanha], Konrad Hesse**, em sua obra *“A Força Normativa da Constituição”*, pugnando que o **princípio da força normativa** da Constituição confere a esta plena eficácia, ou seja, a todo o custo as proposições mandamentais ali elencadas devem ser observadas.

2 **CARRAZZA**, Roque Antonio. *ICMS*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, p. 25.

A ordem constitucional inaugurada irradia sua força normativa por todo o ordenamento jurídico, criando uma barreira (1) *formal*, (2) *material* e (3) *interpretativa*.

Essa obediência é, segundo pensamos, *tridimensional*, a saber:

(1) *formal*, que impõe a obediência do respeito à normatividade de edição de lei (processo legislativo, art. 59 e ss., da CRFB/88);

(2) *material*, ao tempo que determina o respeito aos preceitos e princípios [explícitos e implícitos decorrentes] contidos na Constituição da República; e, ao fim

(3) *interpretativa*, que determina que qualquer espécie normativa deve ser interpretada de acordo com a Constituição da República, se a contrariá-la estaremos diante da seguinte situação: - se a espécie normativa *contrariante* é posterior a norma constitucional *contrariada*, estaremos diante de situação de *inconstitucionalidade*; - se, ao revés, a espécie normativa *contrariante* é anterior, estar-se-á diante de revogação. É como o Supremo utiliza a expressão.

O item n. 3, retro, nos seduz sobremaneira. É que estamos no terreno da *interpretação conforme a constituição*.

Trata-se [diz Rogério Greco, em seu *Curso*] de um método de interpretação através do qual o intérprete, de acordo com uma concepção penal garantista, procura aferir a validade das normas mediante o seu confronto com a Constituição.

Com efeito, o presente trabalho pauta-se em tema que, **particularmente**, nos aflige sobremaneira: a *teoria, a crítica e a práxis* da chamada assistência judiciária gratuita, que na verdade, até a sua nomenclatura é contrária à Constituição da República [é que nossa ordem constitucional vigente determina a *assistência jurídica, que veremos mais adiante ser gênero*].

A aflição repousa, notadamente, na obrigatoriedade da devolução do valor não pago [taxas, selos, emolumentos etc., – art. 3º da lei em apreço], aos cofres do Judiciário.

Essa obrigatoriedade perdura pelo período de 05 (cinco) anos [art. 12], pois, ao final deste prazo, a obrigação ficará *prescrita*. É, isso mesmo, *prescrição*! A lei criou uma espécie de prescrição, que, na verdade esse não seria o termo correto. É que se assim for, será uma espécie de obrigação *natural*, o que, convenhamos, não é o termo correto.

Pois bem.

Sobre essa lei, fazemos nossas as palavras do arguto [e amigo] advogado cuiabano **Thiago Ramos Varanda**³, que bem faz um resumo da parte geral da lei que ora nos ocupa:

“Sancionada em 05 de fevereiro de 1950, a Lei Federal n. 1.060, dispõe sobre as normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados, sendo que, no parágrafo único do art. 2º, tem como necessitado, para os fins legais, toda a pessoa cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo ou os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família.

“Ademais, o art. 3º desta Humanitária lei dispõe que a assistência judiciária compreende isenções sobre taxas judiciárias e dos 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 empregadas; os honorários de advogado e peritos e, inclusive, as despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

“Assim, seu art. 4º prescreve que a parte gozará dos benefícios da assistência judiciária, mediante simples afirmação, na própria petição inicial, de que não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

“Sendo que os parágrafos deste artigo determinam que se presume pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

“Prescrevem tais comandos legais que a impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados.

3 **Thiago Ramos Varanda** é advogado militante na capital do Estado de Mato Grosso (Cuiabá), a amizade que o autor deste trabalho nutre para com esse causídico é de longa data, mais precisamente, deita raízes no disputadíssimo estágio na Procuradoria da República em Mato Grosso, onde trabalhamos na mesma assessoria, 4º ofício, com os ilustres procuradores da República drs. Ricardo Rage Ferro e Fernando Amorim Lavieri. O trecho que se colaciona foi retirado de uma petição que nos foi apresentada, pelo amigo Thiago. Daí se vê o quão são primorosos os trabalhos por ele elaborados.

“Importante ressaltar ainda que o art. 9º da lei em exame impõe que os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo, até decisão final do litígio, em todas as instâncias”.

Em remate, aduz o **jovem jurista**: “E a parte final do art. 10 concede, inclusive, a concessão dos benefícios para os sucessores que continuarem a demanda e que necessitarem de tais favores, na forma estabelecida na lei em análise”.

Com efeito, não é por demais lembrar que a concentração de riquezas no Brasil assume patamar estratosférico, chegando na expressão de que cerca de 10% das pessoas concentram 80% da riqueza nacional [Índice de GINI, de 15.05.2008, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-Ipea].

Por essa razão a assertiva se impõe: a maioria das pessoas no Brasil são consideradas pobres, faticamente e pela ficção legal. Com essa ideia em mãos, podemos divagar que, como a solução de conflitos é monopólio estatal [**por intermédio da função judiciária do Poder**] e, levando em consideração a onerosidade dessa função dirimente de conflitos [**heterocomposição**], constata-se da exegese do art. 19 do Código de Processo Civil essa onerosabilidade:

“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. §1º O pagamento de que trata este artigo será feito por ocasião de cada ato processual. § 2º Compete ao autor adiantar as despesas relativas a atos, cuja realização o juiz determinar de ofício ou a requerimento do Ministério Público”.

A seara penal não fica longe da aludida onerosabilidade, é o que dessume da letra do art. 804 do Código de Processo Penal: “A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”.

É por essa razão que a falta de disponibilidade financeira compromete sobremaneira a possibilidade de arguir e defender-se em Juízo. Em outras palavras: ausência de dinheiro, analisando-se isoladamente, pode ser sinônimo de ausência de Defesa.

E isso, em um Estado que se intitula *democrático de Direito*, soa mal, nos deixa opróbrio.

Nesse sentido, concordamos com o pensar do professor Livre-Docente da Acadêmia de Direito da Universidade de São Paulo [**USP**] **Candido Rangel Dinamarco**, que em suma aduz que em nosso sistema jurídico existe a figura do *consumidor do serviço jurisdicional* e que essa é a tônica do acesso à Justiça, por isso mister que se amplie a via de acesso à Justiça como meio de evitar a perpetuação de insatisfações reprimidas e a consumação de decepções que constituem fator de generalizada insatisfação social e instabilidade das instituições democráticas, e até como fator de legitimidade da jurisdição na sociedade brasileira contemporânea.⁴

Em clássica passagem de sua obra [*Acesso à Justiça*], o Prof. **Mauro Capelletti**, brilhantemente leciona que:

“O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental - o mais básico dos direitos humanos - de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”.

É a afirmação de um Direito Fundamental da pessoa humana, intrinsecamente considerada: **pelo simples fato de ser 'humano'!**

Destarte, como o título deste trabalho bem explica, propomos uma releitura da chamada assistência jurídica gratuita, hoje [ou melhor seria dizermos: **até hoje**] disciplinada pela Lei Federal n. 1.060, de 05 de fevereiro de 1950.

Ao final, conclui-se que padece de ausência de fundamento de validade a sobredita norma, notadamente quando determina a obrigatoriedade de ressarcimento dessa gratuidade, pelo beneficiário, pelo período de 05 (cinco) anos.

Antes disso, mister tecermos o importante apanhado histórico do Direito em debate.

Assim poderemos expor, com clareza, nossa linha argumentativa.

É o que fazemos nos itens **2 e 3**, abaixo.

4 **DINAMARCO**, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Malheiros, 5a edição, p. 91.

2 – O cenário jurídico existente ao tempo da edição da Lei Federal n. 1.060/1950:

A rigor, melhor convercionarmos que a Lei Federal n. 1.060/1950 perdeu seu fundamento de validade em razão de superveniência de nova ordem constitucional.

É que somos partidários da ideia de que por ocasião de sucessão de ordens constitucionais, a novel ordem impõe total readequação das espécies normativas inferiores, de modo que ocorrendo alguma incompatibilidade, seja formal, material ou interpretativa [*interpretação conforme*], deve ser ela tida como revogada.⁵

A Lei Federal n. 1.060/1950 foi editada sob a égide da Constituição 1946 (*Constituição dos Estados Unidos do Brasil*). Referida Constituição foi a quinta de nossa história e marcou o retorno do Brasil à democracia.

Desse modo, o Brasil tinha acabado de *sair* da Constituição de 1937, outorgada por **Getúlio Vargas** em 10 de novembro daquele ano, que violando a ordem democrática em vigor, instalou uma ditadura com o golpe de Estado da mesma data.

Pois bem.

Nesse sentido, de rigor colacionarmos a lição, sempre hodierna, do Prof. **Pinto Ferreira**, em *seu Curso de Direito Constitucional*, da editora Saraiva:

“[...] Dissolvidos os órgãos legislativos da União e dos Estados-Membros, dominou a vontade despótica do presidente transformado em caudilho, à maneira do caudilhismo dominante nas Repúblicas latino-americanas. Os Estados-Membros viveram sob o regime da intervenção federal, sendo os interventores na verdade delegados do presidente. A liberdade de imprensa e de opinião foi amordaçada e também dissolvidos os partidos políticos [...]”.

Pois bem, essa é uma história triste de nosso país. Mas, felizmente, passou; por isso é forçoso abdicarmos digressões maiores!

5 No sentido do texto, deixamos claro a nossa preferência pelo termo *revogação* e não pelo *não-recepção*, uma vez que entendemos que este primeiro bem retrata o poder que uma nova ordem democrática-constitucional traz. Destarte, esse é o termo utilizado pelo Supremo Tribunal Federal, nesses casos.

Com efeito, analisando a Constituição de 1946, encontramos o fundamento de validade da Lei Federal n. 1.060/1950, no Capítulo II, que estabelecia os Direitos e Garantias individuais, assim, especificamente no art. 141, parágrafo 35, estabelecia:

"CAPÍTULO II

Dos Direitos e das Garantias individuais

Art 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados".

Chamamos a atenção para a cláusula de subordinação prevista no citado parágrafo 35: na forma que a lei estabelecer, bem como os verbetes: concederá [e] aos necessitados.

É cristalina a determinação de edição de lei futura, sob pena de inaplicabilidade do Direito trazido, porque a lei estabelecerá o que de Direito sobre a temática.

Só há esta interpretação.

Destarte, não se trata de uma noção tão simples que se imponha naturalmente, como algo *de per se* evidente que dispensaria qualquer esforço para gizar-lhes os contornos abstratos da temática que ora nos ocupa.

Com efeito, pelo que se vê, a Constituição de 1946 assegurou o Direito à assistência judiciária [**e não jurídica, ainda**], mas, condicionou a plena aplicabilidade desse Direito à edição de lei futura.

E a lei finalmente *deu seu ar de graça*, sendo editada o diploma que ora nos ocupamos: Lei Federal n. 1.060/1950, aproximadamente, então, 04 (quatro) anos depois.

É dizer, nosso legislador há muito se mostra letárgico em matéria de implemento e asseguramento de Direitos. Isso sem entrar no mérito da atecnia desenvolvida.

3 – Da Constituição de 1946 à atual ordem constitucional vigente – teoria da aplicabilidade das normas constitucionais do Prof. José Afonso da Silva:

Desde a edição da Lei Federal n. 1.060/1950 nosso país foi agraciado com outras três Constituições [1967, 1969 e 1988].

Pontuemos o assunto nessas três Constituições nacionais.

A Constituição de 1967 também assegurava a assistência judiciária [e não jurídica, ainda] aos necessitados. A disposição encontrava previsão no art. 150, § 32, que dizia:

"150, § 32. Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei".

Da disposição acima plasmada verifica-se: **garante-se a assistência judiciária aos necessitados, na forma que a lei estabelecer. Há evidente subordinação do Direito a uma espécie normativa, que a Constituição em tela, textualmente, concedeu a lei ordinária.**

Na Constituição de 1969, que a bem da verdade foi a emenda constitucional n. 01, de 17 de outubro de 1969⁶, encontrou-se idêntica previsão, é o que vê da exegese do art. 153, § 32, que pela identidade do mandamento é despiciendo colacionarmos.

Vale frisar que em todas as disposições constitucionais asseguradoras da assistência judiciária [e não jurídica], antes da ordem de 1988, vemos a subordinação da operacionabilidade desse Direito, à edição norma futura reguladora:

6 Conforme deixamos antever, em verdade não há que se falar em Constituição de 1969. Perfilhamos o entendimento de parte da doutrina nacional no sentido de que não é realmente Constituição, mas tão-somente uma emenda a Constituição de 1967. Tanto é verdade que a própria Constituição da República de 1988, quando aborda a ordem constitucional anterior, se refere à Constituição de 1967: Vejamos alguns exemplos: "Art. 28. Os juízes federais de que trata o art. 123, § 2º, da **Constituição de 1967**, com a redação dada pela **Emenda Constitucional nº 7, de 1977**, ficam investidos na titularidade de varas na Seção Judiciária para a qual tenham sido nomeados ou designados; na inexistência de vagas, proceder-se-á ao desdobramento das varas existentes. (...) Art. 34. O sistema tributário nacional entrará em vigor a partir do primeiro dia do quinto mês seguinte ao da promulgação da Constituição, mantido, até então, o da **Constituição de 1967**, com a redação dada pela Emenda nº 1, de 1969, e pelas posteriores. § 1º - Entrarão em vigor com a promulgação da Constituição os arts. 148, 149, 150, 154, I, 156, III, e 159, I, "c", revogadas as disposições em contrário da Constituição de 1967 e das Emendas que a modificaram, especialmente de seu art. 25, III. (...)" . Pelo que se vê, o constituinte não considera a Constituição de 1969, uma real constituição.

- vemos, nas três últimas Constituições, a expressão "*na forma da lei*", denotando-se, claramente que a regra da assistência judiciária [e não jurídica] se enquadrava como norma constitucional de eficácia limitada, constituindo preceito que reclama, em caráter imperioso, para efeito de sua plena incidência (eficácia), o trabalho legislativo concretizador do mandamento nela positivado. Nesse sentido, ausente a norma [signo: *na forma da lei*, por exemplo], não se revela possível a adoção imediata do Direito nela trazido.

A equivalência da subordinação acima citada repousa, p. ex., em dias atuais, na norma contida no art. 5º, inciso VI, que disciplina que: "*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias*", ou em: "*é assegurada, nos termos da lei, a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva*", inciso VII [os grifos são nossos].

E assim por diante.

Com mais vagar, trouxe a Constituição de 1946 um Direito, mas reservou a normatização/operacionalização deste à atividade do legislador ordinário, que assim o fez com a edição da Lei Federal n. 1.060/1950.

Com efeito, a despeito de antevermos a classificação da norma constitucional da assistência judiciária nas Constituições de **1946, 1967, 1969**, ainda assim se mostra necessário a digressão sobre assunto que já é um clássico do Direito constitucional: a *Teoria da Aplicabilidade das Normas Constitucionais*.

Só assim poderemos entender o porquê do advento da lei que ora nos ocupa e, não mais porque, que a atual Constituição da República traz norma completa sobre a matéria de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

O emérito Professor Titular aposentado da Universidade de São Paulo [USP], **JOSÉ AFONSO DA SILVA**, cunhou uma das obras-primas do Direito Constitucional nacional: a sua teoria sobre a classificação das normas constitucionais, em sua obra, **hoje clássica e não menos de leitura obrigatória, Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, obra esta que lhe rendeu a cadeira de Direito constitucional da lendária academia de Direito nacional da Universidade de São Paulo [USP]. Seriam: (1) *normas de eficácia plena*, (2) *contida* e (3) *limitada*.

Normas constitucionais de eficácia plena [diz o Prof. José Afonso da Silva] seriam aquelas que, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem, ou têm possibilidade de produzir, todos os efeitos essenciais, relativamente aos interesses, comportamentos e situações, que o legislador constituinte, direta e normativamente, quis regular [*remédios constitucionais, v.g.*].

Em linguagem mais modesta das do mestre: **são normas constitucionais que têm a sua aplicação imediata, direta, integral, independentemente de legislação ulterior para a sua operatividade.** Podemos citar como típico exemplo, a norma estampada no art. 5º, inciso XI, que aduz ser: "*a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*".

As **normas constitucionais de eficácia contida** são as que o legislador constituinte [**originário ou reformador**] regulou de forma suficiente determinada matéria, contudo autorizou o poder público, *nos termos da Lei*, restringir [**mas nunca aumentar**] seu alcance, uma vez que a Constituição já as concebeu com a abrangência devida.

Em linhas gerais, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas de aplicabilidade **imediata, integral, plena**, entretanto, destarte, podem ter seu alcance reduzido por ocasião de atuação do legislador infraconstitucional. Costuma a doutrina chamá-las de normas de eficácia redutível ou restringível.

Podemos citar, como exemplo dessa espécie de norma constitucional, o mandamento contido do art. 9º, parágrafo primeiro, que disciplina: "*A lei definirá os serviços ou atividades essenciais e disporá sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade*".

Ou, mais cristalinamente, vemos sua face na disposição expressa no art. 5º, inciso XIII, quando diz que: "*é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*", os grifos são nossos.

Já as **normas constitucionais de eficácia limitada** são o nosso foco. São normas que cuja eficácia plena depende de legislação futura. É limitada porque não é plena, mas ainda assim têm eficácia jurídica.

Dissemos eficácia pelo fato de a doutrina gizar-lhe sentido negativo que implica, **em linha principiológica**, e sempre que possível, **a revogação de todas as normatizações preexistentes que lhe sejam**

contrárias.

Com efeito, essas normas teriam uma aplicabilidade completamente diversa das duas anteriores. Sua aplicabilidade, como predito será **indireta**, ou seja, vai depender da conjugação de alguma outra vontade [legislativa-infraconstitucional]. Ou, outrossim, de alguma condição, terá uma aplicabilidade **mediata**.

O Prof. **José Afonso da Silva** as subclassifica em:

Normas de princípio institutivo ou organizatório: que seriam aquelas que dependem de um ato intermediador para dar forma ou estrutura a instituições por ela previstas. Criam uma determinada instituição, mas sem estabelecer a sua estrutura, deixando para a lei o fazer. Como exemplo poderíamos apontar o disposto no art. 102, parágrafo 1º da Constituição da República, que trata da *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*.

Como antevisto, toda norma constitucional detém parcela de eficácia, o que pode não ter é a chamada eficácia positiva (e, destarte, assim ficará enquanto não for devidamente regulamentada pelo legislador ordinário), mas terá eficácia negativa (que, como dito, a **revogação de todas as normatizações preexistentes que lhe sejam contrárias**).

Podem ser: **Normas Impositivas e Facultativas.**

As primeiras como no caso do Direito de greve, obrigatoriamente, tem que ser regulamentado. As segundas, impõe uma faculdade e não uma obrigação, como é o caso do art. 154 da Constituição da República quando aduz que: "*A União poderá: I - mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição; II - na iminência ou no caso de guerra externa, impostos extraordinários, compreendidos ou não em sua competência tributária, os quais serão suprimidos, gradativamente, cessadas as causas de sua criação*".

Normas de Princípio Programático: que são as que estabelecem diretrizes ou programas de ação a serem implementados pelos poderes públicos. Trazem, dessarte, um programa a ser implementado. Estabelecem uma meta, um objetivo, um fim a ser alcançado e vai caber aos poderes públicos atingi-lo.

A rigor, não estabelece os meios a serem utilizados, aduz qual o fim deve-se buscar. Nesse sentido, é exemplo o art. 3º da Constituição

da República, que são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Nossa Constituição os elege, mas, todavia, é silente no sentido de como alcançar tais fins.

Devemos, a despeito de fugir do tema aqui perquirido (mas a fazemos por rigor científico), plasmarmos o entendimento de alguns autores no sentido de repulsa a tais normas, programáticas. Autores como o grande professor português **Gomes Canotilho**, que decretam a *morte* de tais normas. Para o renomado professor, as normas programáticas devem ser repelidas. Deve este descrédito por causa da experiência europeia, que não foi bem sucedida, chegando a ser apelidada de *conselhos*.

Contudo, hoje, as Constituições não tem meros conselhos, são sempre normas. As normas programáticas são vinculantes. Obrigam o legislador a não contrariá-las, **textualmente e principiologicamente**.

Pugnamos o entendimento de que o constituinte se vale das normas programáticas em dois casos⁷: (1) *para protelar uma decisão política*; e (2) *constitucionalização álibi* (expressão cunhada pelo Prof. **Marcelo Neves**, em sua obra "A Constitucionalização Simbólica"): por algumas ocasiões, um Direito é positivado na Constituição tão-somente com escopo de demonstrar uma identidade de valores entre o constituinte (origiário ou reformador) e a sociedade, mas, entretanto, desprovida da intenção de implementá-los na prática.

Nesse sentido o Prof. **Marcelo Neves** aduz que a constitucionalização simbólica pode ser, até certo ponto, útil em determinado sentido, se houver uma parcela da população que cobre a sua implementação. **Fácil ideia**.

Mesmo assim possuem eficácia. Nesse ponto, esclarecedora é a lição do Prof. **Ingo Wolfgang Sarlet**, que aduz: "[...] Os direitos fundamentais sociais de cunho prestacional, independentemente da forma de sua positivação (mesmo quando eminentemente programáticos ou impositivos), por menor que seja sua densidade normativa ao nível da Constituição, sempre estarão aptos a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, já que não há mais praticamente quem sustente que existam normas constitucionais (ainda mais quando definidoras de direitos fundamentais) destituídas de eficácia e, portanto, de aplicabilidade."⁸

7 A doutrina é copiosa nesse sentido.

8 **SARLET**, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível no seguinte endereço eletrônico:

Cumprida, em vagar merecido, a digressão retro, continuemos.

Empós a definição de norma constitucional de eficácia limitada, fica fácil entender que quando a Constituição da República usa a expressão: *na forma da lei* [art. 225, § 4º]; *nos termos da lei* [art. 5º, VII]; *fixada em lei* [art. 5º, VIII]; *na forma em que a lei estabelecer* [art. 5º, XII]; *nos termos e nos limites definidos em lei específica* [art. 37, VII]; etc., está se referindo às normas constitucionais de eficácia limitada, que a despeito de viger, necessitam de lei infraconstitucional para gizar-lhe contornos de capacidade de execução.

Desse modo, aplicando a teoria aqui invocada, podemos afirmar que, **em linha teórica**, a normatização quanto à assistência judiciária [e não jurídica] gratuita era, antes da Constituição da República de 1988, **norma de eficácia limitada, e não plena**.

É dizer, as Constituições de 1946, 1967, 1969 deram total liberdade ao legislador infraconstitucional **disciplinar o Direito à assistência judiciária**.

4 - A normatização constitucional vigente quanto à assistência jurídica [e não mais judiciária] gratuita e sua inserção na teoria do Prof. José Afonso da Silva:

A atual ordem constitucional eleva como Direito Fundamental a assistência jurídica integral e gratuita, nos seguintes termos:

"LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos".

Vêmos agora a normatização constitucional quanto à assistência jurídica, não mais apenas judiciária. Esses termos guardam suas diferenças.

A bem da verdade, *assistência jurídica* é o gênero que compreende a assistência jurídica gratuita em sentido estrito, a assistência administrativa gratuita, a assistência judiciária gratuita e a gratuidade de justiça.

Não nos cabe aqui diferenciá-las, sendo pertinente, tão-somente, tratar *da assistência judiciária, tal como disciplinado na Lei Federal n. 1.060/1950*.

<<http://www.direitopublico.com.br/pdf/REVISTA-DIALOGO-JURIDICO-01-2001-INGO-SARLET.pdf>>.

Não quer isso dizer que somos contrários a sua aplicação, analogicamente, em processos outros que não judiciais, isso pelo fato de a Constituição da República assim disciplinar, mormente pela locução "*assistência jurídica*", que como antevemos é gênero.

Não vemos como coadunar com o pensamento do Prof. **Glauco Gumerato Ramos**⁹, que aduz ser a norma prevista no inciso supracitado [LXXIV, do art. 5º] *norma constitucional de eficácia contida ou restringível*.

Destarte, não há como adequar o presente mandamento constitucional na espécie criada pelo Prof. **José Afonso da Silva**, qual seja *norma constitucional de eficácia contida*.

Com efeito, como já dexamos antever no decorrer deste trabalho, normas de eficácia contida são as que o legislador constituinte [originário ou reformador] regulou de forma suficiente determinada matéria, contudo autorizou o poder público, *nos termos da Lei*, restringir [mas nunca aumentar] seu alcance.

E essa autorização há sempre que ser expressa, nunca implícita e muito menos ao talante do interprete assim a conceituar, sob pena de humores e azares [de **infindáveis contrastes**] contaminar a **efetiva e verdadeira** determinação da eficácia da norma constitucional.

Em linhas gerais, **na linha ideológica que lançamos neste trabalho**, as normas constitucionais de eficácia contida são aquelas de aplicabilidade **imediate, integral, plena**, entretanto, destarte, podem ter seu alcance reduzido por ocasião de atuação do legislador infraconstitucional.

Essa a razão de não aceitarmos outra classificação senão a de *norma constitucional de eficácia plena*.

O pensar dos que adotam o entendimento de que a norma concessora da assistência jurídica gratuita [CRFB, art. 5º, inciso LXXIV], é nessa diretriz [norma constitucional de eficácia *contida*] pelo fato de a lei poder restringir o alcance da norma, como o fez no caso da Lei Federal n. 1.060/1950.

É que quando o legislador aduz que "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*", em nenhum momento estabeleceu qualquer ressalva ou limite capaz de se completar com edição de lei.

9 **RAMOS**, Glauco Gumerato. *Assistência Jurídica Integral ao Necessitado*, in RT nº 765, p. 51.

É dizer, não limita a plena incidência que aqui se afirma.

Em verdade, a lei já existia e se fosse vontade do constituinte limitar esse Direito Fundamental teria o feito, pelo simples fato de já existir limitação em vigor [estamos nos referindo às limitações impostas pela Lei Federal n. 1.060/1950, notadamente a obrigatoriedade de *pagamento das custas, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita – exegese do art. 12 da citada Lei*].

Dessa forma, o constituinte originário nada dispôs no sentido de autorizar o legislador infraconstitucional [**menos forte**] a limitar o alcance da norma deitada no **art. 5º, inciso LXXIV**.

É paradoxal pensar em sentido contrário.

A norma contida no **art. 5º, inciso LXXIV** é norma constitucional de eficácia imediata e plena, isso pelo fato de a Constituição da República não mais condicionar a prestação da assistência jurídica integral e gratuita à elaboração de qualquer espécie normativa [**Lei, Decreto, ato administrativo etc.**].

Assim, o mandamento constitucional produz efeito desde logo.

Ora, analisando a exegese do art. 5º, inciso LXXIV: "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*", é possível se extrair todos os efeitos dela esperado, sendo assim, a afirmação de ser este mandamento de eficácia imediata e plena se impõe por seus próprios termos.

Por isso, na clássica classificação das normas constitucionais proposta pelo Prof. **José Afonso da Silva**, a norma que assegura a assistência jurídica integral e gratuita é **norma constitucional de eficácia plena**.

Assim, com o perdão de sermos um tanto pleonástico, temos para nós que a garantia de assistência jurídica, tal qual plasmada no art. 5º, inciso LXXIV, é um Direito, por si bastante, nos termos da Constituição da República, ou seja, a norma contida no precitado inciso constitucional, é por si só suficiente para gerar o Direito nela previsto.

Não venhamos dizer que a questão de limitação se impõe; levando-se em consideração a onerosidade da Justiça ou lograr êxito do Judiciário, no sentido de operacionalidade, a esse preço. Isso não!

5 – Cerne da problemática: da revogação, em razão do advento da Constituição da República de 1988, da obrigatoriedade do pagamento das custas – disciplina da Lei Federal n. 1.060/1950:

Determina o art. 12 e 13, respectivamente, da Lei Federal n. 1.060/1950:

"Art. 12. A parte beneficiada pelo isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita.

"Art. 13. Se o assistido puder atender, em parte, as despesas do processo, o Juiz mandará pagar as custas que serão rateadas entre os que tiverem direito ao seu recebimento".

Sobeja cristalinamente a determinação do legislador no sentido de que o beneficiário deve pagar as custas [*mutatis mutandis*, o **benefício em si**], na hipótese de o fazer sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final. Se assim não o puder, a obrigação prescreverá.

Rememorando o que já foi dito: na ocasião da edição da lei em comento a ordem constitucional assim permitia que o legislador infraconstitucional se portasse: *disciplinando o alcance da norma concessora de assistência jurídica*, e o legislador assim o fez, editando a lei em tela.

Para sermos mais enfáticos: a determinação da assistência judiciária, antes do advento da ordem constitucional de 1988, se revestia de norma constitucional de eficácia limitada.

Hoje, na vigência na ordem constitucional cidadã, já não é mais assim. Temos normatização, pelo constituinte, suficiente para o exercício, carecendo de fundamento de validade a determinação contida na lei no sentido da obrigatoriedade [**em cinco anos**] do pagamento das custas afastadas pelo deferimento da assistência jurídica gratuita.

Reafirmemos: a norma inscrita no art. 5º, inciso LXXIV: "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*", é norma constitucional de eficácia plena e imediata, dispensando qualquer norma no sentido

de lhe gizar eficácia.

Por isso, não pode a norma, de 1950, prevalecer em face da nova ordem constitucional. É que a Constituição da República no precitado inciso do art. 5º é silente a esse respeito: *limitar [obrigar a devolução do quantum do benefício]*.

A hipótese de devolução do valor do benefício, pelo período de 05 (cinco) anos é esdrúxula.

Nesse sentido, o Prof. **Ridalvo Machado de Arruda** faz importante observação quando aduz:

"Ora, a se admitir tal entendimento, seria impor ao pobre a esdrúxula condição de ficar na miserabilidade até que se completassem os cinco anos, só para não ter que pagar os honorários advocatícios do vencedor".

Concordamos **integralmente** com o ilustríssimo professor. É mesmo um contrasenso pensarmos da forma tal qual estabelecida pela lei e consolidada pela jurisprudência.

6 – Conclusão do trabalho:

Ao longo do preliminar estudo dessa temática, um ponto gostaríamos de deixar claro: o acesso à Justiça de fato [**e de Direito**] revela-se como Direito fundamental do cidadão, que por vezes nem um trocado tem em seu *rasgado* bolso.

Por isso se vê compelido a bater às portas do Judiciário [**função última do Poder que se ocupa em solucionar conflitos**], em contrapartida, para um Estado que se declara *Democrático Direito*, ao mínimo deve assegurar, de forma digna [CRFB, art. 1º, III], a oportunidade se vê-lo [**esse cidadão de bolsos rasgados**] resolver suas pendengas no lugar erigido como ideal pela Lei Maior, e não pagar por isso.

É **dizer**: Estado não é *fisco* dos desafortunados. Não pode lograr operacionalidade a esse preço: afastar os *humildes* de sua *graça solucionadora de litígios*.

Pois bem, essas são [**com a ressalva de outras, que aqui não caberiam, sob pena de sermos exaustivos**] as conclusões que retiramos do modesto estudo da problemática posta:

Primus: a norma contida no art. 5º, inciso LXXIV é, segundo classificação cunhada pelo emérito Prof. **José Afonso da Silva**, norma constitucional de eficácia plena, dispensando qualquer normação futura no sentido de lhe giz a eficácia, eis que os contornos já estão [**suficientemente**] dispostos na Constituição da República.

Secundus: exigir a devolução do valor do *benefício* [entendemos que, a rigor, não poderíamos giz como *benefício*, uma vez que Direito não é benefício, por isso não se pleiteia Direito, se **requer!**], entretanto, superado o embate terminológico, é uma afronta ortogonal à normação exarada pela Constituição da República que, literalmente, **não** condiciona a eficácia e o exercício do Direito à assistência jurídica [**e não mais tão-só judiciária**], à edição de qualquer espécie normativa posterior à ordem constitucional.

Deste modo, mister erigirmos a normação contida no inciso LXXIV de plena aplicabilidade, irradiando seus efeitos sem que demande interpretação, condicionamentos e/ou obediência de qualquer espécie normativa.

Tertius: não somos radicais [**a esse tanto**] de dispensarmos o trabalho *instrumental* do legislador ordinário, no sentido de giz de concretude forense, a abstração da norma constitucional concessora da assistência judiciária.

É dizer, como a norma constitucional aduz que: "*o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos*", há determinação no sentido de que:

(1) o Estado tem o dever de prestar assistência jurídica integral e gratuita; **mas há uma condicionante nessa cláusula [que entendemos ser aí a razão das ilustres vozes que defendem ser esta uma norma constitucional de eficácia contida], que é,**

(2) as pessoas que comprovarem insuficiência de recursos.

Dessa forma abre-se um leque de questionamentos, dentre os quais o mais importante, talvez, seria: *como será a aferição dessa insuficiência de recursos?*

Por isso, em finalização deste despretencioso pensar, entendemos aceitável que a norma discipline exclusivamente a questão processual do pedido de assistência jurídica, deixando o Direito material incólume, tal qual estampado em nossa Constituição da República.

É dizer, como há determinação expressa no sentido do direito

ser assegurado àqueles que não têm suficiência de recursos, nada mais razoável disciplinar como perquirir essa constatação, mas tão-somente isso, nada mais.

Desta forma, a limitação, em sentido diverso do que aqui se pontua será flagrantemente incompatível com a nossa Lei Maior.

A obrigatoriedade de se devolver [aos cofres públicos, leia-se: Estado], não passa pelo crivo estabelecido pela Constituição da República de 1988.

Afirmar o contrário, com fundamento na operacionalidade do sistema e na onerosidade do processo judicial, não passa de falácia, recurso que mitiga a cidadania, e isso é insustentável, uma vez que esta é fundamento de nossa República [CRFB, art. 1º, inciso II]. Socorrer-se ao Judiciário é exercer a Cidadania, não se podendo dela preterir, sob pena de ferir de morte a Constituição da República.

E isso, não podemos admitir, devemos fazer valer os Direitos tão duramente conquistados, notadamente os que buscam uma igualização do povo, daquele que *mal sabe declinar seu próprio nome*, enfim: de todos, porque o Brasil é um país de todos e não *de poucos*.

É esse, com a cláusula de inesgotamento do assunto, nosso pensar.

***Fernando Cesar Faria** é graduando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (5º Ano), ex-estagiário do Ministério Público do Estado de Mato Grosso, ex-estagiário da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, ex-estagiário da Procuradoria da Defensoria Pública do Estado de Mato Grosso, ex-estagiário do Ministério Público Federal (Procuradoria da República em Mato Grosso), ex-Inspetor de Menor, voluntário, exercendo suas atividades em regime de plantão na comarca de Várzea Grande-MT, atual servidor público efetivo do Ministério Público do Estado de Mato Grosso. Autor de artigos jurídicos.

Bibliografia consultada:

ALVARES, Anselmo Prieto. *Uma moderna concepção de assistência jurídica gratuita*. In *Revista dos Tribunais* n° 778, ago.2000.

ARRUDA, Ridalvo Machado de. *Beneficiário da assistência judiciária gratuita deve ser condenado em honorários advocatícios, quando vencido?*, set. 1998. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/opiniao/ridalvo2.html>>. Acesso em: 10 de agosto de 2009.

- ASSIS**, Araken. *Benefícios da gratuidade*. In *Ajuris* n° 73.
- BARBOSA**, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. V. II. São Paulo: Saraiva, 1933.
- BARROSO**, Luis Roberto. *Aplicação e Interpretação da Constituição*. 6ª ed. p. 9. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BASTOS, BRITO**. Celso Ribeiro De, Carlos Ayres. *Interpretação e Aplicabilidade das normas Constitucionais*. São Paulo: Saraiva, 1982.
- BONAVIDES**, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros. 2006.
- CANOTILHO**, Jose Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra. Livraria Almedina, 2008.
- CAPPELLETTI**, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- DINAMARCO**, Candido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*, São Paulo: Malheiros, 2008.
- FERREIRA**, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GARCIA**, Maria. *Mas, quais os Direitos Fundamentais?* In *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 10, abril-junho, n.º 39, p. 115-123. São Paulo, 2002.
- GRAU**, Eros. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. P. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- GRECO FILHO**, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Ed. Saraiva, 1994, v. 1.
- GRINOVER**, Ada Pellegrini e outros. *Teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.
- HESSE**, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
- KELSEN**, Hans. *Teoria Pura do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- MAXIMILIANO**, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1988.
- MIRANDA**, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.
- _____. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- MONTEIRO**, Washington de Barros. *Curso de direito civil – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1964.
- NEVES**, Marcelo, *A Constitucionalização Simbólica*, São Paulo: Editora Acadêmica, 1994).
- PINHEIROS**, Eduardo Bezerra de Medeiros. *Breves considerações acerca da lei 1.060/50*.

In *Revista dos Tribunais* n° 733, nov. 1996.

REZENDE FILHO, Gabriel de. *Curso de direito processual civil*. São Paulo: Editora Saraiva, 1954.

SILVA, José Afonso Da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.

TAVARES, André Ramos. *Fronteiras da Hermenêutica Constitucional*. São Paulo: Método, 2006.

_____. *Teoria da Justiça Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

TEIXEIRA, J. H, Meireles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense Universitária, 1991.