



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

RICARDO MEYER PEREZ

**DO PLEITO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E A
BOA-FÉ NO PROCESSO**

Salvador
2014

RICARDO MEYER PEREZ

**DO PLEITO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E A
BOA-FÉ NO PROCESSO**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Tarsis Cerqueira.

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO**RICARDO MEYER PEREZ****DO PLEITO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E A
BOA-FÉ NO PROCESSO**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

A
Meu pai Eduardo Ferraz Perez, minha
mãe Mary da Silva Meyer, minha avó
paterna Maria do Socorro Ferraz Perez,
minha avó materna Dinorá da Silva Meyer
e a meu eterno amigo Rafael Mendonça.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus por toda a oportunidade e por ter abençoado o meu caminho para que eu conseguisse chegar ao final desta jornada. Agradeço também aos meus pais, Eduardo Ferraz Perez e Mary da Silva Meyer por todo o incentivo, apoio, dedicação. Não menos importantes eu agradeço ao meu primo André Meyer, a minha avó Maria do Socorro e a minha tia Carmen Meyer pelos conselhos, e pela preocupação. Agradeço também a minha namorada Daniela Duran por todo o carinho, paciência e atenção durante esta fase. Por fim, aos meus amigos pela compreensão e incentivos. Agradeço ao meu orientador Tarsis Cerqueira por toda a dedicação, apoio e pelos ensinamentos que me permitiram realizar o trabalho.

RESUMO

O presente trabalho se iniciou abordando o princípio da boa-fé. Foi demonstrado que no direito existe uma concepção dualista da boa-fé, ambas jurídicas, uma relacionada a elementos psicológicos, internos ao sujeito, conhecida como boa-fé subjetiva e a outra relacionada a padrões de comportamentos, norma de conduta conhecida como boa-fé objetiva, da qual se extrai o princípio da boa-fé, foi explicado que o princípio da boa-fé derivada da boa-fé no seu aspecto objetivo. Foi feita uma análise do desenvolvimento da boa-fé no ordenamento brasileiro que surgiu no direito privado, principalmente no campo das obrigações, e se espalhou por diversas searas do direito, atingindo o patamar de norma constitucional. Foi demonstrado a importância do patamar constitucional do princípio da boa-fé que passou a ter aplicação obrigatória em todas as relações jurídicas, inclusive na processual. Após isto iniciou-se o estudo sobre a teoria das provas e as presunções no processo sendo estudado o objeto de prova, os tipos de prova e a influência das presunções no sistema probatório para que posteriormente fosse demonstrado como ocorre o ônus probatório nos casos de assistência judiciária gratuita. No que se refere a assistência judiciária gratuita foi demonstrado a sua importância para a efetivação das garantias constitucionais de acesso a justiça ao afastar o fator econômico como obstáculo de ingresso ao poder judiciário. Tratando sobre o tema houve uma análise de como ocorre a concessão do benefício, sendo demonstrado o procedimento e os requisitos necessários para o sujeito se beneficiar do instituto. Concluiu-se que a lei de assistência judiciária gratuita não foi nem um pouco rigorosa com os requisitos para a concessão do benefício ao exigir apenas uma manifestação da parte sobre o sua impossibilidade de arcar com as custas e os honorários advocatícios sem prejuízo de sustento próprio ou da sua família. Em razão da falta de rigor legal concluiu-se pela necessidade de observância de padrões de comportamentos impostos pelo princípio da boa-fé no momento da requisição. Entretanto, foi dito que apesar da exigência constitucional a realidade demonstra que em partes dos casos os sujeitos realizam o pedido sem que seja necessário, ou seja, realizam o pedido de assistência judiciária gratuita sem observar os padrões de comportamentos estabelecidos pelo princípio da boa-fé. Por conta disto evidenciou-se a necessidade de uma postura mais ativa do magistrado que deve utilizar dos seus poderes para garantir o equilíbrio da relação jurídica processual e evitar a aplicação errônea do instituto. Além disto, concluiu-se que a própria parte contrária tem a possibilidade de se opor ao benefício, porém neste caso incumbe a ela o difícil ônus da prova de demonstrar a desnecessidade do benefício. Desta forma foi realizada uma crítica ao engessamento do ônus da prova pelo CPC, sendo defendida a necessidade do magistrado manusear a distribuição deste ônus de acordo com cada caso concreto para que se obtenha uma melhor solução ao litígio apresentado. Por fim, abordou-se sobre a necessidade de aplicação de sanções aos indivíduos que requerem o benefício da assistência judiciária gratuita sem que seja necessário como forma de inibir futuras condutas no mesmo sentido.

Palavras-chave: Princípio da Boa-fé; Objeto de prova; Presunções Relativas; Assistência Judiciária Gratuita; Requisitos; Oposição; Ônus da prova.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal da República
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O PRINCÍPIO DA BOA-FÉ	12
2.1 Conceito de boa-fé	13
2.1.1 Boa-fé Subjetiva	15
2.1.2 Boa-fé Objetiva	16
2.2 FUNÇÕES DA BOA-FÉ	17
2.2.1 Função Interpretativa	17
2.2.2 Função Integrativa	18
2.2.3 Função Limitativa	18
2.3 A BOA-FÉ NO PROCESSO CIVIL	19
2.3.1 A proibição de agir de má-fé	24
2.3.2 Abuso de direito	26
2.3.3 A proibição do venire contra factum proprium	28
2.3.4 Perda de poderes processuais em razão do não exercício (supressio)	28
3 TEORIA DAS PROVAS E AS PRESUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL	30
3.1 Objeto da Prova	31
3.2 Os conceitos e as correlações entre fonte e meio de prova	36
3.3 As provas diretas e indiretas	37
3.4 As presunções e sua relação com o processo	39
3.5 Ônus da prova e a relação com as presunções	43
4 DO PLEITO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E A BOA-FÉ NO PROCESSO	
4.1 Instituto da Assistência Judiciária Gratuita	
4.2 Requisitos e Direito Positivo	
4.3 Procedimento	
4.4 Do pleito da assistência judiciária gratuita enquanto pleito ofensivo à boa-fé processual	

5 CONCLUSÃO

67

REFERÊNCIAS

69

1. INTRODUÇÃO

A CF consagra o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, estabelecendo que nenhuma lesão ou ameaça de direito será excluída de apreciação do Poder Judiciário. Como corolário, estabelece a garantia do acesso à justiça, sendo compreendida como o direito de acesso à uma justiça imparcial, a um processo justo que possibilite a participação efetiva e adequada das partes de forma que seja possível a efetividade da tutela dos direitos.

Entretanto, a realidade brasileira demonstra que grande parte da população não obtém acesso à justiça, não sendo assegurado as garantias constitucionais. É evidente que o custo do processo constitui um forte obstáculo de acesso à justiça e por conta disto o legislador criou algumas medidas para que fosse possível a concretização das garantias constitucionais, dentre elas ganha-se destaque a assistência judiciária gratuita.

A assistência judiciária gratuita, prevista pela Lei 1.060/50, é um importante instituto do ordenamento jurídico brasileiro que tem como objetivo afastar o fator econômico como causa de impossibilidade de acesso ao poder judiciário.

O presente trabalho aborda o tema da assistência judiciária gratuita, demonstrando os possíveis beneficiados, os requisitos para a sua concessão do benefício e a importância/obligatoriedade da observância do princípio da boa-fé no momento da requisição do instituto.

No que se refere ao princípio da boa-fé, primeiro demonstra-se que no ordenamento jurídico brasileiro há uma concepção dualista da boa-fé, a boa-fé subjetiva que se caracteriza como um estado, referindo a elementos psicológicos, internos ao sujeito, e a boa-fé objetiva da qual se extrai o princípio da boa-fé e que se exterioriza como padrão de conduta e está intimamente ligada à confiança, lealdade e honestidade.

Demonstra-se a expansão do princípio da boa-fé que surgiu no direito privado e se espalhou para os demais ramos do direito atingindo o patamar de norma constitucional, fato que trouxe consequências para o processo civil como um todo e consequentemente para a aplicação do instituto da assistência judiciária gratuita.

Aborda-se, também, sobre a importância da atuação do magistrado para que ocorra a aplicação correta do instituto da assistência judiciária gratuita assim como a possibilidade de oposição da parte contrária e sobre o ônus da prova nestes casos. Para que haja uma melhor compreensão sobre este tema realiza-se um estudo sobre a teoria das provas e as presunções no processo civil como um todo, demonstrando-se como estes institutos influem na resolução das controvérsias envolvendo a assistência judiciária gratuita.

Por fim, chama-se atenção para a aplicação de sanções para aqueles que não observam os padrões estabelecidos pelo princípio da boa-fé e se beneficiam do instituto da assistência judiciária gratuita sem que seja mesmo necessário.

2. O PRINCÍPIO DA BOA FÉ

Antes de iniciar o estudo sobre o princípio da boa-fé é necessário que se faça uma análise sobre o conceito e as características dos princípios em geral. Ressalvando-se, desde já, que não há intenção de realizar uma análise exaustiva sobre as diferentes teorias e entendimentos sobre o tema.

A ideia de princípio transcende a ordem jurídica, sendo fundamental a concepção do seu significado fora do âmbito jurídico, para que se torne possível uma melhor compreensão do conceito de princípio do direito.

A palavra “princípio”, de origem latina, *principium*, tem significado variado. Por um lado remete à ideia de início, ponto de partida, ou, também, à ideia de verdade primeira, de base de algo. Por outro lado, tem significado de regras a seguir, normas, rumos.

No Direito, os princípios dão rumos, são vetores de todo o sistema jurídico, normas com alto grau de generalidade e indeterminação em uma posição elevada de hierarquia.

Longe de serem apenas meros preceitos de cunho moral, os princípios são portadores dos mais altos valores de uma sociedade que, transformados em preceitos jurídicos, norteiam todo o sistema.

Os princípios jurídicos são dotados de abstração, estabelecem diretrizes, valores a serem seguidos, não se referem a um caso específico, a uma situação concreta.

Nas palavras de Humberto Ávila os princípios jurídicos são “espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas” (2004, p.28)

Outra característica sobre os princípios jurídicos está no caráter fundante destes. Entende-se que o caráter fundante dos princípios vem da própria definição como orientações de caráter gerais.

Além disto, a doutrina é pacífica ao reconhecer a posição hierárquica superior dos princípios no sistema jurídico, reconhecendo o seu papel fundamental no ordenamento jurídico.

A CF consagrou uma série de valores fundamentais sobre a forma de princípios, dentre eles o princípio da boa-fé.

Nos dizeres de Mariana Pretel “a boa-fé objetiva se caracteriza, em uma de suas facetas, como um princípio jurídico, mais precisamente um princípio constitucional” (2009, p.40).

Como princípio constitucional, o princípio da boa-fé norteia todo o ordenamento jurídico, devendo ser aplicado em todos os ramos do direito seja ele público ou privado.

Paulo Bonavides discorrendo sobre o processo de constitucionalização dos princípios conclui que ao ser elevado ao patamar de princípio constitucional estes se tornam as normas supremas do ordenamento, se convertem em normas das normas, devendo ser aplicados em todas as relações. (2013, p.300)

As relações devem ser pautadas na honestidade, probidade, lealdade, ou seja, de acordo com padrões de comportamentos impostos pelo princípio da boa-fé.

2.1 Conceito de Boa-fé

A primeira observação a ser feita é que a boa-fé apresenta-se como um conceito moral com significado impreciso, subjetivo, de difícil definição sendo necessário para a compreensão a análise das circunstâncias do caso concreto sempre levando em conta os aspectos históricos, sociais e econômicos do momento.

Menezes Cordeiro ao abordar sobre a boa-fé relata sobre a complexidade do tema, concluindo sobre a natureza juscultural da boa fé que implica o seu assumir como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos.(2001, p.18)

Mariana Pretel e Pretel, por sua vez, adverte que:

Embora o campo de atuação da boa-fé seja vasto, é grande a dificuldade de sua conceituação, visto que comporta uma série de significados, conforme seja analisado sob o prisma subjetivo ou objetivo, como princípio ou cláusula geral (2009, p.17).

A boa fé, antes de tudo, é regra fundamental nas relações humanas, constitui um princípio de substrato moral que passou a ser aplicado no campo do direito.

Portanto, aqui não há a pretensão de exaurir o tema, mas de que sejam traçadas linhas gerais a fim de que seja aplicado, posteriormente, no estudo sobre a requisição da assistência judiciária gratuita.

A expressão boa-fé tem origem latina, em “*fides*”, sendo encontradas suas primeiras referências no Direito Romano em que já se visualizava uma dualidade de conceitos na caracterização simultânea da “*bona fides*” e da “*fides bona*”.

Segundo Mariana Pretel no Direito Romano por um lado analisava-se a crença do sujeito para avaliar se este procedia conforme os ditames legais e também, por outro lado, todas as relações eram fundadas na confiança (2009 ,p.17).

Na Idade Moderna, entretanto, com ascensão da burguesia e com todos os valores a esta relacionados, principalmente os ideários da revolução francesa de liberdade, igualdade e fraternidade a boa fé como norma de conduta perde espaço para os dogmas da autonomia da vontade.

Nesta fase, ocorre uma verdadeira intensificação da diluição da boa fé objetiva que já havia perdido espaço na Idade Média por conta do domínio exercido pela Igreja Católica, onde traduzia-se a boa-fé como ausência de pecado.

Menezes Cordeiro adverte que na linha dos valores próprio do Direito da Igreja, qualquer que fosse o caso, a boa-fé dependia sempre da consideração do pecado, concluindo que a presença da boa-fé correspondia à ausência do pecado (2001, p.154).

O desenvolvimento da boa-fé objetiva continuou restrito na época das codificações, visto que vigia o absolutismo da lei contrapondo-se a existência de um sistema aberto fundamental para a sua expansão.

Os ideais da classe dominante que ansiava pela liberdade de contratar somados a redutibilidade positivista retardaram o desenvolvimento da boa-fé objetiva que só ocorreu no direito germânico com a criação do BGB, marco do início de uma nova época.

“O Código Alemão, o famoso BGB (*Burgerliches Gesetzbuch*), em sua disposições, adotou a distinção entre boa-fé, admitindo a existência concomitante do instituto em seus aspecto objetivo e subjetivo” (PRETEL, 2009, p.30)

No pós primeira guerra, a acolhida dupla dimensão da boa-fé pelo BGB ganhou forças com a doutrina e jurisprudência alemã que se incumbiram de concretizar o princípio da boa-fé.

Atualmente, no âmbito do direito há uma concepção dualista da boa-fé, entendendo-se que existem duas espécies de boas-fés, ambas jurídicas, sendo uma subjetiva e a outra objetiva. Desta forma, é necessário que seja realizada uma análise detalhada das duas boas-fés para que torne mais fácil a compreensão da influência do princípio da boa-fé no âmbito das relações jurídicas e no ordenamento jurídico como um todo.

2.1.1 Boa-fé Subjetiva

A boa-fé subjetiva, também denominada de boa-fé crença, se caracteriza como um estado, referindo a elementos psicológicos, internos ao sujeito. Em uma situação de boa-fé subjetiva, o indivíduo acredita ser titular de um direito que na realidade não tem, existindo apenas na aparência. Diz-se “subjetiva” justamente porque para a sua caracterização deve-se analisar o estado de consciência, de convencimento individual.

Segundo Mariana Pretel, “poder-se-ia dizer que a boa-fé subjetiva se refere a dados psicológicos, elementos internos, os quais conduzem o sujeito a uma ignorância do caráter ilícito de suas condutas, relaciona-se com a ideia de crença errônea” (2009, p. 19).

Discute-se sobre os elementos caracterizadores da boa-fé subjetiva, de um lado a concepção psicológica defende que para a sua caracterização basta apenas o estado de ignorância sobre a real situação, de outro lado para a concepção ética, que tem o entendimento predominante, entende que não é qualquer estado de ignorância que a caracteriza, exige-se que este seja desculpável.

Fernando Noronha entende que:

Nos quadros da concepção ética da boa-fé, exige-se, para que se possa falar em boa-fé subjetiva, uma ignorância que seja desculpável da situação de lesão do direito alheio. A ignorância seria indesculpável quando a pessoa houvesse desrespeitado deveres de cuidado (1994, p.134).

Portanto, segundo maior parte da doutrina, para que o sujeito esteja de boa-fé subjetiva não basta apenas que ele ignore as características da situação jurídica que

se apresenta, mas é necessário que este estado de ignorância seja desculpável, principalmente quando se trata de relações jurídicas baseadas na autonomia privada que tem como característica a confiança que uma parte deposita na outra.

2.1.2 Boa-fé Objetiva

A boa-fé objetiva, também conhecida como boa-fé lealdade, relaciona-se com a honestidade, lealdade e probidade. É um princípio que determina que o sujeito deve agir de acordo com determinados padrões.

A boa-fé objetiva impõe que as partes dentro de uma determinada relação jurídica de se comportar de maneira leal e correta de forma a não frustrar a confiança depositada pela outra parte.

A boa-fé objetiva tutela a confiança das relações jurídicas de modo que impõe determinados padrões de comportamentos que devem ser adotados para que haja maior segurança e estabilidade.

Realmente, de forma similar à subjetiva, também a boa-fé objetiva tem a sua base uma idéia de confiança, a necessidade de tutelar esta. Só que, enquanto na boa-fé subjetiva se tutela a confiança de quem acredita numa situação aparente, na objetiva tutela-se a de quem acreditou que a outra parte procederá de acordo com os padrões de conduta exigíveis (NORONHA, 1994, p.136).

Como dito, a boa-fé objetiva se baseia na confiança depositada pelas partes, tutelando as legítimas expectativas da contraparte para que seja possível garantir a estabilidade e a segurança das relações. Nas palavras de Mariana Pretel “o princípio da boa-fé traduz o estabelecimento de verdadeiros padrões de comportamento no caso concreto” (2009, p.50).

Desta forma, como a boa-fé objetiva é um princípio que determina o modo de agir de acordo com determinados padrões para que uma parte possa exigir o comportamento da outra é preciso que ela cumpra com o que lhe incumbia para que a sua expectativa seja tutelada.

Neste sentido, Fernando Noronha que tratando sobre a concepção dualista da boa-fé conclui que das “duas acepções da boa-fé, ou mesmo duas boas-fés, uma subjetiva e outra objetiva, só se pode falar em princípio da boa-fé a propósito da

objetiva: só esta é dever de agir” (1994, p. 129). Ressalva-se que o princípio da boa-fé como padrão ético ou modelo de conduta que deve ser adotado pelo sujeito nas suas relações surge a partir da boa-fé no seu aspecto objetivo.

2.2 FUNÇÕES DA BOA-FÉ

O princípio da boa-fé implica em observar os direitos secundários constantes nas relações jurídicas, quando uma parte se relaciona com a outra é preciso que sejam observados os deveres acessórios.

Nos dizeres de Judith Martins Costa, quando aplicada à seara do direito obrigacional: “são ditos, geralmente, deveres de cooperação e proteção dos recíprocos interesses, e se dirigem a ambos os participantes do vínculo obrigacional, credor e devedor” (1999, p.439).

Portanto, além da prestação principal, o princípio da boa-fé objetiva impõe que os sujeitos das relações jurídicas adotem determinados padrões de comportamento e cumpram com deveres laterais. As partes devem conduzir a relação de maneira idônea cumprindo os deveres acessórios para que não frustre a confiança depositada pela outra parte

2.2.1 Função Interpretativa

A função interpretativa da boa fé é extraída do art. 113 do CC que estabelece que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e o uso dos lugares de sua celebração.

Esta regra define que as normas jurídicas devem ser interpretadas de acordo com o seu sentido objetivo, aparente, determinando a atuação do interprete “quando o próprio sentido objetivo suscita dúvidas, devendo a boa-fé indicar a direção que seja a mais razoável” (SLAWINSKI, 2002, p. 146).

A interpretação das normas de acordo com a boa-fé e com os usos do lugar é um mecanismo de interpretação com base na ética, levando em consideração o nível sócio-cultural dos integrantes da relação, o momento histórico e econômico.

2.2.2 Função Integrativa

O art. 422 do CC estabelece que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e de boa-fé”.

Aqui, encontra-se a segunda função do princípio da boa-fé que estabelece que os direitos e deveres das partes não se limitam a prestação principal, visto que acompanhada a ela vêm uma série de direitos e deveres que devem ser observados estando eles previstos ou não nas cláusulas contratuais.

Tratando a função integrativa da boa-fé Fernando Noronha (1994, p,157) entende que a boa-fé impõe que sejam observados muitos outros deveres de conduta além da prestação principal que vêm sendo evidenciados a partir da análise da obrigação de uma perspectiva sistêmica ou globalizantes.

Desta forma, entre estes deveres pode-se destacar o dever acessório de lealdade que obriga as partes a absterem-se de comportamentos que possam falsear a relação jurídica para que não ocorram prejuízos à parte adversa.

2.2.3 Função Limitativa

Em relação aos direitos, parte da doutrina entende que não existe direitos absolutos, já que são limitados na sua extensão e o seu exercício exige determinadas condições. Em um ordenamento jurídico existem muitos direitos e estes devem ser regulados de tal forma que o exercício de um não impeça ou impossibilite o exercício de outro. Os direitos se relacionam, cruzam-se e por isto é necessário que exista um limite no exercício.

A função limitativa, também conhecida como função de controle da boa-fé, é uma forma de limitação ao direito subjetivo, não se admitindo que o exercício do direito extrapole os limites impostos pela boa-fé, sob pena de proceder ilicitamente.

A boa compreensão da função de controle exige referência obrigatória à autonomia privada (que, afinal, é a controlada) e ao abuso de direito (em que se traduz todo o exercício inadmissível de um direito). Por um lado, o poder de auto-regulamentação de interesses, em que consiste a autonomia

privada, exige que se conceda aos particulares ampla margem de discricionariedade. Por outro lado, se todos os direitos têm uma função social, nenhum pode ser legitimamente utilizado senão de acordo com sua função; para cada direito, haverá um modo normal de exercício e existiram formas de exercício anômalo (NORONHA, 1994, p.167).

Portanto, exerce regulamente o direito aquele que o utiliza conforme sua finalidade e de acordo com o seu modo normal de exercício. Acontece que em alguns casos a própria lei define qual a finalidade do direito, mas na generalidade dos casos isto não ocorre, gerando grande dificuldade para se determinar até onde vai o direito de um sujeito e a partir de que ponto ele passa a agir de forma irregular.

A função limite estipula o modo normal de usufruir o direito como aquele utilizado de acordo com sua função social e sem exceder o seu modo natural de exercício, de forma que quem age além dos limites impostos pela boa-fé comete abuso de direito. Portanto, “por meio da boa-fé objetiva, visa-se a evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos” (GAGLIANO, PAMPLONA FILHO, 2009, p.76).

Abordando sobre o abuso de direito, Aldemiro Rezende Dantas Júnior defende que “em princípio, todo direito pode ser exercido de modo abusivo, até mesmo alguns direitos da personalidade, principalmente aqueles que, quando exercidos, repercutem na esfera jurídica alheia” (2007, p. 260).

Desta forma, a boa-fé atua como limitadora da autonomia, exige determinados padrões de comportamento e impede que o sujeito cometa um abuso de direito.

2.3 A BOA-FÉ NO PROCESSO CIVIL

A boa-fé surgiu no direito brasileiro ligada ao Direito Civil, principalmente no que se refere às obrigações, e logo se espalhou para os demais ramos do direito.

A primeira previsão legal da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro diz respeito ao seu aspecto objetivo. O Código Comercial, no século XIX, referindo-se a algumas regras de interpretação dos contratos comerciais tratou da boa-fé objetiva.

Estabelecia o art. 131, I do Código Comercial: “a inteligência simples e adequada, que for mais conforme a boa-fé, e ao verdadeiro espírito e natureza do contrato, deverá sempre prevalecer à rigorosa e restrita significação das palavras”.

O Código Comercial antecipou a ideia da função interpretativa da boa fé que está presente no art. 113 do CC de 2002 ao determinar que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e o uso dos lugares de sua celebração.

Anos depois, o CC de 1916 não abordava a boa-fé em seu sentido objetivo, como norma de comportamento, tratava apenas da boa-fé no seu alcance subjetivo ao proteger o sujeito que realizava a conduta em estado de ignorância, dando um tratamento privilegiado para aquele que realizava o fato desconhecendo a verdadeira situação jurídica.

Nos dizeres de Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2007, p.91) “não havia, portanto, em nosso antigo Código, uma regra geral, aplicável a todas as situações (ou, pelo menos, a todos os contratos), que pudesse ser vista como um dever de conduta conforme os ditames da boa-fé”.

Mais adiante, a CF de 1988 consagrou uma série de valores fundamentais sobre a forma de princípios e entre eles encontra-se o princípio da boa-fé. Como bem preceitua Mariana Pretel “a boa-fé objetiva se caracteriza como um princípio constitucional implícito” (2009, p.170).

O fato do princípio da boa fé ter sido “transportado” da legislação infraconstitucional para a CF é de grande importância e relevância para o direito, pois quando o princípio se torna constitucional ele deixa de ser fonte de mero teor supletório e se converte em fundamento de toda a ordem jurídica.

A partir do momento em que o princípio da boa fé foi elevado ao patamar de princípio constitucional a aplicação dos seus preceitos se tornou obrigatória em todos os ramos do direito, entre elas, no direito processual.

Por conta disto, mesmo que o CPC não tivesse previsto sobre o tema haveria a obrigatoriedade da observância de comportamentos conforme os padrões estabelecidos pelo princípio da boa fé. Acontece que, posteriormente, o CPC seguindo o caminho das legislações anteriores, também abordou sobre a boa-fé.

Neste sentido, o art. 14 do CPC elenca uma série de imperativos de conduta das partes ao longo do processo, disciplinando a forma de agir e como as partes e os demais envolvidos no processo devem se comportar. Como bem preceitua Aldemiro Rezende Dantas Júnior (2007, p.138) “no campo do direito processual se viu a

escala da aceitação da boa-fé objetiva, o que é também fácil de compreender, uma vez que o processo não tem um fim em si mesmo”.

O referido artigo impõe que os sujeitos da relação processual ajam de acordo com determinados comportamentos devendo ser observada a lealdade, a boa-fé e a veracidade no direito processual.

No que se refere ao inciso II do art. 14 do CPC que estabelece que é dever das partes e todos aqueles que participam do processo proceder com lealdade e boa-fé, merece destaque a lição de Fredie Didier Júnior (2012, p.70) que defende que o dever de agir conforme a boa fé, estabelecido no inciso II do referido artigo, deve ser compreendido como uma norma de conduta (boa fé objetiva) e é deste mandamento que se extrai o princípio da boa fé processual.

Portanto, o legislador teria optado por uma cláusula geral processual ao estabelecer no inciso II uma norma que impõe o dever de comportamento de acordo com a boa fé. A opção uma cláusula geral foi a mais correta, pois seria pouco eficaz uma enumeração exaustiva das condutas desleais diante das infinidades de situações que podem surgir no processo.

A enumeração das condutas desleais no processo inclusive torna-se desnecessárias diante da existência de uma cláusula geral.

Quando o legislador determinou no inciso II do artigo 14 do CPC que a parte deve agir com boa fé exigiu, entre outras condutas, que a parte fale a verdade, proceda com lealdade, assim como, não formule pretensões nem alegue defesa ciente de que são destituídas de fundamentos.

O que se percebe é que o legislador no inciso II do art. 14 do CPC estabelece uma norma de comportamento no processo bem abrangente que deve ser observada ao longo de toda a relação processual. Os sujeitos da relação processual devem agir de acordo com o princípio da boa fé.

Em verdade a cláusula geral da boa fé engloba todos os outros deveres de comportamento enumerados pelo art. 14, mas o legislador quis frisar as condutas mais importantes dentre as exigidas pela boa fé e optou por separá-las nos incisos.

No que se refere ao dever de lealdade, previsto no próprio inciso II do art. 14, para a sua compreensão faz-se necessário uma breve análise, sem a pretensão de ser exaustiva, sobre a ética e a moral.

A moral pode ser entendida como um conjunto de condutas reconhecidas como adequadas e convenientes e que orientam o comportamento humano dentro de uma sociedade, ou seja, podem ser tidas como limites que o homem estabelece para si nas suas ações, nos seus comportamentos dentro de uma sociedade. Baseia-se nos costumes de determinadas sociedades influenciados pelo momento histórico e social que vivem.

A ética, por sua vez, seria um verdadeiro estudo sobre a moral, determina como devem atuar as pessoas de uma sociedade, por isto é definida como uma ciência do comportamento moral e com esta não pode ser confundida. Nos dizeres de Mariana Pretel (2009, p.99) “a ética seria um verdadeiro estudo da moral e ambas se caracterizam como verdadeiros elementos formadores que influenciam a legislação escrita e lhes dão os necessários substrato e apoio”.

A ética é muito importante para o Direito, pois em muito contribui para a justa aplicação das normas legais em um Estado de Direito, como regulador do comportamento social não há como se falar em direito sem respeitar os limites impostos pela moral e pela ética.

O dever de lealdade é um dever ético do processo, aqui encontramos a lealdade no sentido de fidelidade, sinceridade, não se limitando ao dever de falar a verdade, mas também o de não omitir. Desta forma, “estabelece o dever de proceder, por atos, inclusive, gestos e palavras, com sinceridade” (PRETEL, 2009, p. 111).

Ultrapassadas estas questões, no que se refere ao inciso I do art. 14 do CPC conclui-se que o legislador quis enfatizar o dever de veracidade, demonstrando que dentre as condutas exigidas pela boa fé o legislador destaca-se ao dever de falar a verdade. O autor e o réu devem apresentar os fatos de forma verídica, não podem alterar intencionalmente os fatos apresentando. A atuação das partes e, também, dos outros sujeitos que compõem o processo devem se basear na veracidade.

O processo é um instrumento do direito material, através dele busca-se a justiça solucionando o litígio, dando para cada parte o que lhe confere. Para que o

processo tenha uma solução acertada é preciso que as partes exponham os fatos conforme a verdade.

No processo o juiz interpreta os fatos trazidos em juízo e busca a melhor solução para o caso concreto. Fundamental a atuação do juiz é que as partes exponham os fatos da forma que ocorreram, não mintam ou forjem.

Falta com a veracidade aquele que omite ou expõem os fatos como não foram, preceitua Mariana Pretel (2009, p.109) que “as partes possuem a faculdade de escolher os fatos que pretendem mencionar em juízo, o que não significa, todavia que possam deformá-los ou alterá-los”.

Desta forma, não significa que as partes têm o dever de levar todos os fatos a juízo, elas têm a faculdade de escolha, não são obrigadas a levar a juízo o fato que crer ser favorável a outra parte, mas o dever de veracidade impõe que os fatos eleitos pelas partes e levados a juízo devem ser claros, precisos, verdadeiros.

Por fim, ressalva-se que o dever de veracidade surge da relação das partes com o Estado que realiza a jurisdição e busca a verdade do caso concreto para que se possa fazer justiça.

Neste sentido, parte da doutrina defende que o dever de veracidade já existe quando existe a pretensão à tutela jurídica e tem que ser observado desde antes mesmo que se inicie a jurisdição. Entende-se que já pode infringir o dever de veracidade quem expõe os fatos inverídicos em petição inicial ou em ação preparatória.

O inciso III do artigo 14 do CPC, por sua vez, estabelece que as partes e todos aqueles que de qualquer forma participam do processo devem não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento. Para maior parte da doutrina este inciso se dirige mais aos advogados do que a própria parte, pois eles que tem capacidade postulatória, devendo sempre apresentar a tese que seja ao menos sustentável.

Analisados os incisos do art. 14 do CPC é importante destacar a crítica de parte da doutrina que entende que estes deveres de lealdade, veracidade e boa-fé são preceitos gerais, sem conteúdo prático, não sendo aplicado diretamente ao processo, mas dependentes da caracterização da litigância de má-fé para que surgissem efeitos do seu descumprimento.

No entanto, não parece ser correta esta interpretação “a lealdade, a veracidade e, sobretudo, a boa-fé não devem ser consideradas como preceitos sem conteúdo prático, principalmente porque a boa-fé considerada é a objetiva, que possui incidência em todo ordenamento jurídico” (PRETEL, 2009, p.108). O processo é uma relação jurídica na qual os litigantes têm direitos, deveres, ônus e faculdades, entres os deveres os contidos no art. 14 do CPC que são decorrentes da exigência de comportamento conforme o princípio constitucional da boa fé.

Pela análise do art. 14 fica evidente que os sujeitos do processo devem se comportar de acordo com a boa fé sendo entendida nesse caso como uma norma de conduta, a boa fé no sentido objetivo. O art. 14 do CPC impõe normas de comportamento de acordo com padrões estabelecidos pela boa fé no seu aspecto objetivo, podendo ser reduzido “ao princípio básico de que todas as partes devem colaborar com a administração da justiça, fazendo valer as suas razões, mas atuando de forma leal, sem o emprego de subterfúgios ou atitudes antiéticas” (PRETEL, 2009, p. 98).

A clausula geral da boa fé extraída do inciso II do art. 14 do CPC brasileiro segundo Freide Didier (2012, p. 72) “não esta relacionado com à boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito do processo: trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada”

No que se refere a aplicação da boa fé no processo a doutrina alemã agrupa em quatro casos: a proibição do venire contra factum proprium, a proibição de agir de má-fé, a proibição de abuso de poderes processuais e a perda de poderes processuais em razão do seu não exercício (supressio). Fundamental que seja realizada a análise em separado dos institutos para que haja uma melhor compreensão da aplicação do princípio da boa fé no processo.

2.3.1 A proibição de agir de má-fé

De inicio é preciso que seja feito uma análise sobre a definição de má-fé, expressão utilizada inclusive anteriormente aos estudos de direito.

A expressão é derivado do baixo latim, “*malefatius*” sendo empregada na terminologia jurídica para exprimir tudo que se faz com o entendimento do mali ou da maldade que nele se contem.

Como afirma Rui Stoco a má-fé “decorre de um conhecimento do mal, que se encerra no ato executado, ou do vício contido na coisa, que se mostra como perfeita, sabendo-se que não é” (2002, p.44).

“Na má-fé, portanto, o enganador está inteiramente consciente do engano que ele mesmo formula. É a antítese da boa-fé subjetiva, pois envolve a crença errônea, o conhecimento. Trata-se da intenção dolosa, da perfídia” (PRETEL, 2009, p.118).

No campo do processo a má-fé é definida como a conduta daquele que atua em juízo convencido de não ter razão com o ânimo de prejudicar o adversário ou de alcançar um fim ilícito.

Portanto, aquele sujeito que atua no processo em dissonância com a verdade, com deslealdade age de má-fé e sua conduta se configura como litigância de má-fé. O CPC, como visto no tópico anterior, estabelece no art. 14 a cláusula geral da boa fé definindo padrões de comportamento para os litigantes, mas vai mais além, no art. 17 elenca uma série de condutas penalizando todo e qualquer comportamento de má-fé.

Entretanto, para alguns doutrinadores como as condutas elencadas como de litigância de má-fé pelo art. 17 do CPC há existência do dolo interno, da intenção de prejudicar o CPC teria exigido a boa-fé no sentido subjetivo aos litigantes.

Importante se faz destacar a lição de Mariana Pretel:

A boa fé objetiva é mencionada no inciso II do artigo 14, juntamente com a lealdade processual, exigindo-se um padrão de conduta da parte, independente de qualquer questionamento subjetivo, ao passo que a boa-fé subjetiva é exigida no momento em que se penaliza todo e qualquer comportamento da má-fé, sendo capitulados as condutas no artigo 17. Haveria uma complementaridade entre os respectivos institutos (2009, p.17).

Entretanto, este não parece ser o entendimento adequado. Em verdade no CPC existem regras de proteção da boa fé que concretizam o princípio da boa fé (norma de conduta) e entre elas encontram-se as normas sobre litigância de má-fé estabelecidas no art. 17.

Não se deve confundir o princípio da boa-fé que nasce da boa-fé no seu aspecto objetivo, como norma de conduta, com a exigência da ausência da boa-fé no seu sentido subjetivo para a configuração de alguns ilícitos processuais. Neste sentido, preceitua Fredie Didier Júnior (2012, p.72) que “a boa-fé subjetiva é elemento do suporte fático de alguns fatos jurídicos; é fato portanto. A boa-fé objetiva é norma de conduta: impõe e proíbe condutas, além de criar situações jurídicas ativas e passiva”.

A proibição de condutas emanadas de má-fé é consequência da aplicação do princípio da boa fé no campo do processo. Dentro do princípio da boa fé encontra-se a vedação de condutas munidas de má-fé, não podendo se falar em exigência da boa fé subjetiva no campo processual.

2.3.2 Abuso de direito

Existem diferentes teoria para a caracterização do abuso de direito. Para os defensores da corrente subjetivista o abuso de direito é sinônimo de má-fé, ou seja, é caracterizado quando o indivíduo conscientemente prejudica direitos de terceiros, quando há o dolo para prejudicar.

Os defensores da corrente objetiva, por sua vez, entendem que o ato abusivo se caracteriza independentemente da má-fé. Para eles comete abuso de direito o indivíduo que age de forma contrária aos padrões de condutas definidos pelo princípio da boa fé.

Fernando Noronha adverte que:

Na acepção subjetiva, pode-se ainda dizer que a boa-fé se contrapõe a má-fé. Na concepção objetiva, porém, ao nosso ver, boa-fé contrapõe-se a ausência de boa-fé, e não a má-fé. Quando uma pessoa está ligada a outra pelos laços de uma determinada relação jurídica (e em especial por um contrato) que lhe imponha especiais deveres de conduta, ela infringirá a boa-fé sempre que não proceder em conformidade com tais deveres, qualquer que seja o motivo da desformidade: pode ser uma atitude dolosa, uma situação meramente culposa, ou até um estado de ignorância não culposa nas hipóteses-limite em que seja cogitável uma situação dessa natureza, ainda associada a uma obrigação de agir segundo padrões determinados” (NORONHA, 1994, p. 139).

Desta forma, segundo a concepção objetiva, para a configuração do abuso de direito não seria necessária a análise dos elementos subjetivos, se o indivíduo estava ou

não agindo de má-fé, sendo este configurado no momento em que o indivíduo não observa os padrões estabelecidos pela boa fé objetiva.

Como foi visto, prevalece o entendimento que a função limite da boa-fé determina o modo normal de usufruir um direito, de forma que comete abuso de direito aquele que excede os limites impostos pela boa fé. Em suma, o abuso de direito ocorre quando o sujeito excede os limites da extensão do seu direito e acaba lesionando outros.

Em verdade, todos os atos apontados como abuso de direito encontra-se violação ao dever de agir conforme os padrões exigidos pela boa-fé, não sendo exigido a análise dos elementos internos.

No que se refere ao processo civil, o exercício do direito de ação, assim como o de defesa, devem se dar de forma que não ocorra o abuso de direito na esfera processual. No processo, assim como no universo jurídico, coexistem diversos direitos que podem se chocar, de forma que a boa fé processual deve atuar como limitadora para a garantia do prosseguimento da relação processual.

Em outras palavras, a teoria do abuso de direito é compatível com o direito de demandar e com o direito de defesa. A boa fé processual deve impor limites para garantir a prestação jurisdicional. Neste sentido, “a teoria do abuso de direito faz-se presente no procedimento, posto que exige das partes em juízo que atuem de boa-fé, procedendo com lisura e lealdade” (STOCO, 2002, p.76).

Nota-se que como o abuso de direito é caracterizado quando o indivíduo excede o limite imposto pela boa fé, não há que se falar na existência da má-fé para a caracterização do abuso de direito no processo civil.

A análise da vontade dos litigantes não é pressuposto para a configuração do abuso de direito de forma que o abuso de direito pode ser configurado independentemente da intenção dolosa, basta apenas que o litigante extrapole o limite do seu direito.

Por fim, outra observação que a doutrina faz em relação ao abuso de direito e aqui se faz importante destacar diz respeito ao uso da expressão. Ressalva-se que não há como usufruir de um direito abusivamente, pois o abuso de direito é um ato ilícito, não constitui direito, nem o exercício de um direito.

2.3.3 A proibição do venire contra factum proprium

A função do *nemo potest venire contra factum proprium* é a tutela da confiança das relações jurídicas para que uma parte não frustrate a confiança depositada pela outra. Desta forma, “mais do que contra a simples coerência, atenta o venire contra factum proprium à confiança despertada na outra parte, ou em terceiro, de que o sentido objetivo daquele comportamento inicial seria mantido” (SCHREIBER, 2005, p.90).

A proibição do comportamento contraditório tem como finalidade a manutenção da coerência de todas as relações jurídicas de forma que como efetivação do princípio da boa fé deve ser observada em todas as relações jurídicas, seja ela de direito material ou processual.

O instituto busca proteger a confiança depositada pelas partes, inibindo a incompatibilidade e a contradições de comportamento ao longo das relações jurídicas.

Anderson Schreiber defende que a vedação do comportamento contraditório trata-se da aplicação da boa-fé no seu sentido negativo ou proibitivo que veda comportamentos que embora legal não se conformam aos *standards* impostos pela boa fé (2005, p.83) Portanto, a aplicação do princípio da boa fé no âmbito do processo civil traz como consequência a proibição de condutas contraditórias por parte litigantes.

Desta forma, para o litigante agir de acordo com os padrões impostos pelo princípio da boa fé ele deve obedecer as normas de vedação ao comportamento contraditório. No que se refere a materialização da vedação do comportamento contraditório no processo civil a doutrina aponta como referência o instituto da preclusão lógica que ocorre quando há uma perda de uma posição processual em decorrência da pratica anterior de um ato com ela incompatível.

2.3.4 Perda de poderes processuais em razão do não exercício (supressio)

No âmbito do direito civil a supressio pode ser entendida como o desaparecimento de um direito em decorrência do seu não exercício por um lapso de tempo.

“Diz-se *suppressio* a situação do direito que, não tendo sido, em certas circunstanciais, exercido durante um determinado lapso de tempo, não possa mais sê-lo por, de outra forma, se contrariar a boa fé” (CORDEIRO, 2001, p.52).

O instituto visa proteger a situação da contraparte, a sua confiança já que protege aquele sujeito que acreditava que a outra parte não mais exerceria o seu direito em razão do seu não exercício durante certo tempo.

No que se refere ao processo civil destaca-se o pensamento de Fredie Didier (2012, p.72) que entende que o princípio da boa-fé processual é decorrência da expansão do princípio da boa fé inicialmente pensado no direito privado. Esse princípio implica a proibição do abuso de direito e a possibilidade de ocorrência da *suppressio*.

A possibilidade de aplicação da *suppressio* no processo é consequência do princípio da boa fé processual, visa proteger a relação jurídica processual, gerando mais segurança aos litigantes.

3 TEORIA DAS PROVAS E AS PRESUNÇÕES NO PROCESSO CIVIL

As provas e as presunções são de grande relevância para a atividade jurídica processual já que influenciam diretamente nas soluções das questões postas em juízo. Por conta disto, é fundamental que seja feita uma análise dos institutos para que posteriormente seja demonstrada a influência destes no pleito da assistência judiciária gratuita.

No que se refere as provas, a primeira observação que merece destaque é que num sentido comum diz-se que prova é a demonstração da verdade de uma preposição, mas no sentido jurídico a doutrina utiliza o vocábulo prova de diferentes maneiras, podendo ter significado variado a depender da sua abordagem do fenômeno pelo seu aspecto subjetivo ou objetivo.

Em relação ao aspecto subjetivo “fala-se em prova para compreender o fenômeno psicológico, o estado de espírito produzido no juiz por aqueles elementos de juízo, ou seja, a convicção, a certeza acerca da existência de certos fatos sobre os quais recairá seu pronunciamento” (ROCHA, 2007, p.231).

Ou seja, o vocábulo prova pode ser utilizado para se referir a convicção que se forma no espírito do julgador a respeito da existência ou não dos fatos alegados ao longo do processo, nestes casos é utilizado para designar o resultado dos atos ou dos meio de prova que foram produzidos.

No aspecto objetivo, por sua vez, pode ser utilizado de duas maneiras. Em uma delas nas palavras de Antonio Adonias Bastos (2011, p.325) o vocábulo pode ser entendido como “o conjunto dos meios produtores da certeza jurídica ou o conjunto dos meios utilizados para demonstrar a existência de fatos relevantes para o processo”. Nesse caso utiliza-se o vocábulo para se referir as técnicas desenvolvidas para se extrair a prova da sua fonte.

Ainda no aspecto objetivo o vocábulo pode ser utilizado para designar o ato de provar. Aqui o vocábulo seria utilizado no sentido etimológico, ou seja, prova seria aquilo que atesta a veracidade ou autenticidade de algo. Desta forma, Scarpinella Bueno (2010, p.) entende que a prova seria tudo aquilo que puder influenciar de alguma maneira no julgamento, tendo a capacidade de formar a convicção do magistrado para decidir de uma forma ou de outra.

Em verdade, geralmente antes da demanda ser levada ao juiz ele não tem ciência alguma quanto aos fatos relevantes ao julgamento, sendo impossível que ele profira qualquer tipo de decisão. Desta forma é indispensável dotar o processo de meios capazes de fornecer ao juiz o conhecimento da realidade fática para que assim seja possível realizar o julgamento.

A presunção, por sua vez segundo a definição de Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.113) “é um processo racional de intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.

A presunção surge com base nas observações daquilo que ordinariamente acontece, surgindo da probabilidade da ocorrência de certos fatos e a consequente existência de outros. Em muito influenciam no julgamento da lide, pois facilitam a atividade jurisdicional no que se refere a produção de provas.

Importante observação a ser feita é que apesar do CC expressar em sentido contrário parte da doutrina não considera as presunções como meio de prova. Destaca-se a lição de Fredie Dider Jr (2011, p.58) que nega a presunção como meio ou fonte de prova e defende que em verdade “trata-se de atividade do juiz, ao examinar as provas, ou do legislador, ao criar regras jurídicas a ser aplicadas (presunções legais) sempre ou quase sempre, conforme o caso”.

As presunções em verdade correspondem mais a um tipo de raciocínio do que meio de prova, trata-se de uma atividade mental a partir da observação de um determinado fato que leva a conclusão sobre a existência de outro em razão da relação constante entre eles.

3.1 Objeto da Prova

A primeira observação que deve ser feita é em relação a contradição da doutrina que por um lado afirma que o objeto da prova são os fatos e por outro afirma que são as alegações da parte.

Para Humberto Theodoro (2011, p. 429) prova deve recair sobre os fatos, pois as alegações são afirmações de fato e por consequência provar uma alegação consiste

justamente em provar um fato. Desta forma, não haveria sentido dizer que o objeto das provas são as alegações já que em verdade as alegações seriam afirmações de fatos e é sobre eles que devem recair as provas.

Entretanto, este não parece ser o entendimento correto, em verdade os fatos nada dizem em si mesmos, aconteceram ou não aconteceram, não podendo ser verdadeiros ou falsos. As alegações, por sua vez, são a expressão dos fatos em linguagem, atribuem sentido a estes, podendo ser verdadeiras ou falsas e por isso elas que devem ser provadas.

Guilherme Marinoni (2008, p.265) abordando sobre o objeto da prova entende que “é, com efeito, a alegação, e não o fato, que pode corresponder ou não à realidade daquilo que se passou fora do processo. O fato não pode ser qualificado como verdadeiro ou falso, já que esse existe ou não existe”.

Portanto, o que deve ser provado são as alegações da parte, ou seja, “suas versões sobre os fatos, já que nós, os seres humanos, não temos uma visão direta e imediata dos fatos, senão uma visão mediada por nossa consciência histórica interpretação e expressa por símbolos linguísticos (linguagem)” (ROCHA, 2007, p.233).

Ainda neste sentido importante destacar o posicionamento de Candido Rangel Dinamarco (2009a, p. 57) que entende que objeto da prova é o conjunto de alegações controvertidas das partes desde que essas alegações sejam em relação a fatos relevantes para todos os julgamentos a serem feito no processo que ao mesmo tempo não sejam em relação a fatos notórios nem presumidos.

Ultrapassada a discussão o que deve ser o objeto de prova importante se faz tecer alguns comentários sobre as características do *fato probando*. Pela definição trazida por Candido Rangel Dinamarco pode-se extrair algumas considerações, destaca-se que a necessidade de prova é gerada pela controvérsia sobre as alegações de fatos desde que estes sejam relevantes para o julgamento e que não sejam notórios e nem presumidos.

No que se refere a questão que justifica a necessidade de prova, em outras palavras, no que se refere a controvérsia Candido Rangel Dinamarco (2009, p.58) entende que esta ocorre quando a afirmação de determinado fato é contrastada por uma afirmação oposta colidente com ela de forma que não se pode falar na

aceitação de uma sem a consequente negação da outra. Neste sentido, o autor considera as afirmações como colidentes quando uma parte nega o fato alegado pela outra ou quando a versão dos fatos trazidos por uma parte é descrita de modo diverso pela outra de forma que exclua a já feita.

Havendo controvérsia cria-se uma situação de dúvida no processo, não tendo o juiz condições de julgar a demanda com a simples análise das alegações colidentes que foram postas em juízo, por conta disto surge a necessidade da produção de provas. É preciso que as partes tragam provas aos autos para que atestar a veracidade das suas alegações e eliminar as dúvidas do juiz, possibilitando o julgamento da demanda.

O que se percebe é que a maioria dos conflitos levados para a apreciação do poder judiciário ocorre o choque de afirmações reciprocamente excludentes, ou seja, na maioria das demandas existe controvérsia tendo maiores chances de sair vencedora a parte em que obter maior êxito em provar o que foi alegado.

Em sentido contrário se não existir o choque de afirmações reciprocamente excludentes o fato será incontroverso, ou seja, é reconhecida a veracidade da alegação independentemente da existência de prova, portanto colocar o fato incontroverso como objeto de prova seria inútil ou perda de tempo, apenas atrapalharia a celeridade processual. Em consonância com este entendimento Fredie Didier Jr (2011, p.44) entende que a questão se traduz à mera aplicação do direito quando não há controvérsia quanto aos fatos alegados pelos litigantes.

Contudo, deve-se destacar que em algumas situações mesmo não havendo controvérsia a lei exige a produção de provas para atestar a veracidade das alegações. Ocorre quando a respeito dos fatos alegados por uma parte e não negados pela outra não for admissível a confissão, ou seja, quando versar sobre direitos indisponível e quando faltar documento público indispensável à prova do ato.

Entretanto, como regra geral só as alegações de fatos controvertidas é que devem ser objeto de prova, pois somente na situação de controvérsia há dúvida e a consequente necessidade de esclarecimento.

Por outro lado, existem determinadas fatos que independem de provas apesar de controvertidos e entre eles deve-se destacar os fatos notórios e os fatos cujo favor milita presunção legal de existência de ou veracidade¹.

No que se refere ao fato notório vale destacar que a circunstância do fato ser notório não dispensa a parte de alega-lo se pretende nele fundamentar alguma pretensão. A notoriedade dispensa a prova, mas não a sua alegação, fato não alegado é irrelevante, incapaz de exercer influência na decisão, portanto mesmo que notório se não alegado o juiz não vai levar em conta no julgamento.

Segundo preceitua Humberto Theodoro Junior (2011, p.430) “são notórios os acontecimentos ou situações de conhecimento geral incontestes, como as datas históricas, os fatos heroicos, as situações geográficas, os atos de gestão políticas etc”. Em verdade, para considerar um fato notório no momento em que o juiz tem que decidir deve-se analisar o lugar e o círculo social para constatar quais entram naturalmente na cultura, no conhecimento ou na informação normal dos indivíduos.

Candido Rangel Dinamarco (2009, p.), tratando sobre a natureza excepcional dos fatos notórios, entende que principalmente neste mundo das telecomunicações globais eletrônicas não se pode liberalizar imprudentemente o seu conceito e extensão, defendendo ser necessário que o conhecimento do fato integre o comumente sabido, ao menos determinado estrado social.

São notórios os fatos que são de conhecimento geral e ordinariamente também o juiz os conhece, por ser notório mesmo existindo controvérsia não existe dúvida e por inexistir dúvida não há o fundamento lógico-jurídico de toda a necessidade de provar e por conta disto a lei dispensa a necessidade de prova.

Além dos fatos notórios e incontroversos (excluída as exceções) não é preciso produzir prova mesmo que as alegações sejam controvertidas aquelas alegações que versão sobre fatos sobre os quais milita presunção de existência ou veracidade. Em outras palavras, alegado a ocorrência de um fato sobre o qual há presunção de existência ou veracidade este fato será tido como verdadeiro sem que seja preciso produzir provas.

¹ Mais adiante será feito um estudo dos fatos cujo favor milita presunção legal de existência ou veracidade para que haja uma melhor compreensão sobre o tema.

A título ilustrativo, um exemplo de presunção legal e que constantemente é verificado na prática forense é a presunção do filho nascido nos 300 dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, nestes casos o CC no art. 1.597, III estabeleceu uma presunção legal de forma que não há necessidade de provar que a concepção se deu na constância do casamento.

O raciocínio em relação ao motivo pelo qual os fatos em cujo favor milita presunção de existência ou veracidade é o mesmo em relação aos fatos notórios e incontroversos, havendo a presunção o fato é reconhecido independentemente produção de prova. Por conta disto, Humberto Theodoro Junior (2011, p.430) entende que em relação aos fatos que gozam de presunção de existência ou veracidade é inteiramente desnecessário e inútil a produção de provas.

Por fim, mesmo que o fato seja controvertido e não seja notório e nem goze de presunção de existência ou veracidade o fato só será objeto de prova se for relevante para o julgamento da lide. Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.64) ao tratar sobre o tema entende que os fatos relevantes “são aqueles que cujo reconhecimento seja capaz de influenciar nos julgamentos a proferir no processo”.

Em outras palavras, considera-se relevante aquele fato que é capaz de constituir, impedir, modificar ou extinguir o direito do autor. Em sentido oposto considera-se irrelevante o fato que é incapaz de mudar o conteúdo da decisão, ou seja, a decisão será a mesma com ele ou sem ele, pois o direito substancial não atribui a ele efeito desejado. Importante destacar que fato não afirmado eficazmente ou não afirmado é incapaz de influenciar na decisão, portanto é irrelevante.

Brevemente, no que se refere aos fatos levados a juízo é importante destacar a lição de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p.265) que faz uma divisão entre fatos principais e em fatos secundários. Segundo o autor os fatos principais são aqueles que devem ser alegados pelo autor e pelo réu para diretamente demonstrar quem tem a razão, os fatos principais teriam o condão de resolver a controvérsia posta em juízo, ao passo que os fatos secundários seriam aqueles que não seriam capazes de diretamente resolver a controvérsia, mas serviria indiretamente para convencer o juiz, pois se destinam a demonstrar a veracidade do fato principal.

Sendo os fatos principais ou secundários só deve ser objeto de prova os fatos relevantes para o processo. Neste sentido, sobre a necessidade de prova sobre os

fatos Luiz Guilherme Marioni (2008, p.266) entende que somente os fatos relevantes para o processo constituem objeto de prova, pois pouco interessa ao processo a prova de fatos que não são importantes para a solução do litígio.

Desta forma, se o fato for levado a juízo e, apesar de ser controvertido, não for relevante para o julgamento da lide não há razão para se admitir que a prova recaia sobre ele, não fazendo sentido em considerar o fato irrelevante como objeto de prova, pois o fato dele ser o não acolhido em nada influi para o julgamento da lide, a sua apreciação apenas atrapalharia o desenvolver do processo, comprometendo a sua celeridade.

3.2 Os conceitos e as correlações entre fonte e meio de prova

Ultrapassada a discussão sobre o objeto de prova sendo conceituado o que deve ser provado como também as características do *fato probando* é importante que seja feita uma análise das fontes e dos meios de prova para que fique demonstrado de onde e como são extraídas as informações que atestam a veracidade dos fatos relevantes levados juízo.

Na definição de Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.85) “fontes de prova são pessoas ou coisas das quais se possam extrair informações capazes de comprovar a veracidade de uma alegação”. Em outras palavras, fonte é aquilo externo ao processo que quando levados podem ser investigados já que tem o condão de comprovar a veracidade das alegações postas em juízo. Como exemplo, pode se destacar desde pessoas até papéis escritos, fotografias, objetos, entre outros que sejam capazes de gerar informação.

Os meios de prova, na conceituação de Humberto Theodoro Junior “seriam os modos admitidos em lei genericamente para a realização da prova” (2011, p.428). Os meios seriam as técnicas destinadas para a realização das investigações das informações trazidas dos fatos relevantes para a causa. A título de exemplo, no direito brasileiro encontramos como meios de prova o depoimento pessoal das partes, a prova testemunhal, a inspeção judicial, a prova documental, entre outros.

Portanto, enquanto que as fontes são externas ao processo e quando trazidas são capazes gerar as informações que atestem a veracidade dos fatos, os meios seriam fenômenos internos do processo que permitiram o exame das fontes, a extração das informações e a conseqüente ciência da veracidade dos fatos pelo juiz, ou seja, os meios seriam uma forma de utilizar as fontes. Como cada fonte tem a sua peculiaridade para que haja um resultado mais convincente é preciso que se tenha organização na sua exploração e os meios de provas nascem como forma de organizar a atividade probatória, direcionando como as fontes devem ser exploradas.

Importante observação a ser feita é que apesar da intrínseca relação entre fonte e meio de prova não significa que toda fonte pode se converter em meio lícito e apto de prova. Fernando Rubin (2013, p.45) tratando sobre esta impossibilidade de conversão entende que isso se deve as restrições legais ao uso das provas, mesmo que lícitas. Como exemplo no ordenamento brasileiro temos a testemunha que é amiga íntima da parte e é impossibilitada de depor e a impossibilidade da ida a júízo de mais de três testemunhas para provar o mesmo fato.

Em outras palavras, pode ser que a fonte seja considerada lícita, mas a legislação processual vigente pode impor restrições ao seu uso, evitando a utilização indiscriminada de toda e qualquer fonte para a extração de informações relevantes para o julgamento do processo.

3.3 As provas diretas e indiretas

A doutrina com o objetivo de facilitar a linguagem e a comunicação de ideias costuma indicar uma série de classificações das provas. Aqui destaca-se a classificação de Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.91) que classifica as provas pelo seu objeto, pela fonte empregada, pela natureza da atividade a desenvolver e pela sua preparação. Interessa ao presente trabalho a classificação da prova pelo objeto para que, posteriormente, seja demonstrada a importância dos indícios, das presunções e das máximas de experiências no momento de valoração das provas.

A classificação de Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.91) das provas quanto ao objeto as divide em provas diretas e indiretas, sendo a prova direta aquela que

incide sobre os próprios fatos relevantes para o julgamento do processo, ou seja, as que incidem sobre o *fato probando* ao passo que a prova indireta seria a prova de fatos que em si mesmo não teriam relevância para o julgamento, mas valem como indicação de que os fatos relevantes teriam acontecido. Em outras palavras, as provas indiretas recaem sobre os indícios ou fatos-bases e o juiz se apoia para tirar conclusões sobre o *fato probando* mediante a técnica das presunções.

Neste mesmo sentido Alexandre Freitas Câmara (2012, p.431) conceitua que a prova direta é aquela que diz respeito ao próprio fato cuja existência se pretende demonstrar, ou seja, ao *fato probando*, ao passo que a prova indireta, por outro lado, diz respeito a outros fatos dos quais por meio de raciocínio dedutivo o juiz presume a existência do *fato probando*.

Como exemplo de prova direta teríamos um depoimento de uma testemunha que narra um acidente de veículo por ela presenciado, ou seja, o depoimento é no sentido de elucidar sobre como ocorreu o acidente, diz respeito à própria existência do *fato probando*. Por outro lado, um exemplo de prova indireta seria um depoimento de uma testemunha que não presenciou o acidente, mas diz que viu o automóvel amassado, ou seja, o seu depoimento não diz respeito ao *fato probando* em si, mas esses fatos narrados podem oferecer indícios e fazer com que o juiz conclua sobre a existência do *fato probando*.

Em suma temos que a prova pode incidir sobre o fato probando (prova direta) para resolver a controvérsia diretamente ou pode incidir sobre os fatos secundários (prova indireta) e de forma indireta resolver a controvérsia. Em caso de provas indiretas o juiz deverá utilizar das máximas de experiências, dos indícios e das presunções para resolver a demanda.

No que se refere às máximas de experiências Antônio Adonias Bastos (2011, p.331) entende que são o conjunto de experiências que o magistrado colhe ao longo de vida por conta das situações que vivencia, assim como pelas provocações que passa, de forma que ele passa a ter um certo domínio sobre determinados temas e poderá utilizá-lo para exercer sua função jurisdicional. Em outras palavras, seria as noções sobre os conteúdos fora do direito que o magistrado adquire por conta da sua cultura, dos seus conhecimentos sociais, da observação do que ordinariamente acontece e que ele utiliza para exercer a sua função jurisdicional.

Fredie Didier (2011, p.56) entende que as máximas de experiência exercem quatro funções dentro do processo: serve para apurar os fatos a partir dos indícios; para a valoração das provas por meio da confrontação daquelas que foram produzidas e que se mostram antagônicas; para preencher conceitos jurídicos indeterminados (preço vil, por exemplo); agindo como limite ao livre convencimento motivado na medida em que o magistrado não pode decidir apreciar as provas em desconformidade com as regras de experiência.

Em verdade, ao magistrado exercer a sua função jurisdicional ele pode se deparar com algumas situações em que seja necessário um saber além do técnico-jurídico de forma que precisa utilizar das suas máximas de experiências para que por meio do método indutivo, ou seja, partindo do particular para o geral ele possa resolver problema posto em juízo.

Em relação a importância dos indícios e das presunções para a prova do *fato probando* e as suas implicações dentro do processo é importante que seja feita uma análise em tópico separado para que haja uma melhor compreensão sobre o tema.

3.4 As presunções e sua relação com o processo

Antes de adentrar ao estudo das presunções para demonstrar a sua importância no processo, a título de organização, é fundamental ressaltar alguns ensinamentos já mencionados sobre o instituto.

Como visto, a presunção surge com base nas observações daquilo que ordinariamente acontece, sendo caracterizada como um processo racional de intelecto. Quando o homem presume ele tem como existente um fato em decorrência da existência de outro por observar ordinariamente que existem relações razoavelmente constantes entre a ocorrência de um e de outros.

Outra ressalva a ser feita é que a doutrina não considera as presunções como meio de prova apesar do CC estabelecer em sentido contrário, em verdade a presunção seria um tipo de raciocínio, é uma atividade mental a partir da observação de determinados fatos.

Ultrapassadas essas premissas destaca-se que o momento inicial dessa atividade mental de presunção é o conhecimento de um fato-base que revela a presença de outro fato, este fato-base, por sua vez, trata-se de um indício.

O indício pode ser considerado como um fato que de algum modo indica outro por ter com ele uma relação de causa ou efeito. Nas palavras de Moacyr Amaral (2004, p.507) “o conhecimento de determinado fato pode ser induzido da verificação de um outro fato”.

Portanto, a atividade psicológica da presunção esta intrinsecamente relacionada com a existência de um indício já que para presumir é necessária a existência de um fato-base (indício) conhecido indica a existência dessa outro de algum modo, ou seja, para presumir é necessária a existência de um indício. O indício seria o fato-base conhecido e a presunção seria o processo mental de raciocínio que faz com que se conclua sobre a existência de outro fato pela relação existente com o fato-base (indício).

A observação a ser feita é que como resultado da presunção temos a aceitação de um fato sem dele ter o conhecimento direto, ou seja, o fato é tido como verdadeiro pela sua relação de existência com o indício que é conhecido. De acordo com este entendimento, Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.113) tratando sobre o processo de presunção entende que “o momento inicial desse processo psicológico é a existência de um fato-base, ou indício revelador da presença de outro fato. Seu momento final, ou seu resultado é a aceitação de um outro fato, sem dele ter um conhecimento direto”.

No que se refere a aplicação das presunções no processo o objetivo comum e imediato é a facilitação das provas, trata-se de um mecanismo útil para a produção de provas que facilita a atividade jurisdicional, principalmente para a prova de fatos de difícil verificação. Como dito, as presunções levam a aceitação de um fato sem dele ter conhecimento direto, se demonstrando ainda mais importantes quando ocorrem situações de dificuldade de realizações de prova sobre determinado fato relevante para o julgamento, pois é possível concluir sobre a existência dele sem dele ter conhecimento direto.

Diante de dificuldade de realizar a prova sobre determinado fato relevante para o julgamento da lide há situações em que a lei ou o juiz facilita a prova da sua

existência, satisfazendo-se com a prova do fato-base (indício) que é mais fácil de provar e a partir da prova dele cria-se a presunção de existência sobre o fato relevante para o julgamento da lide.

Neste sentido, Humberto Theodoro Junior (2011, p. 443) tratando dos tipos de presunções adverte que “às vezes são adotadas por regra legal (presunções legais); outras vezes, são estabelecidas na experiência da vida, segundo o que comumente acontece (presunções comuns ou simples) e, por isso, se dizem presunções do homem”.

No que se refere as presunções legais conclui-se que são aquelas resultantes do raciocínio do legislador que as consagra em textos legais, são estabelecidas pelo legislador em normas gerais legais e impõem-se em todas os casos que são por ela previstas, dividindo-se em relativas e absolutas.

Importante destacar a advertência feita por Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.113) no sentido de que nenhuma presunção apoia-se em um juízo absoluto de certeza, presumir significa apenas confiar na probabilidade de que se mantenha constante a relação entre o fato-base e o presumido de forma que quanto maior for a probabilidade menor será o risco e quanto menor a probabilidade maior será o risco de assumir. Por conta disto, o legislador toma cuidado ao estabelecer suas presunções legais, onde sente que é maior a probabilidade ele estabelece uma presunção absoluta ao passo que onde sente que menor é o grau de probabilidade ele estabelece as presunções relativas.

No que diz respeito as presunções absolutas, nas palavras de Fredie Didier Junior (2011, p.62), são “as presunções legais que não admitem prova em contrário. A conclusão extraída pela lei é havida como verdade indisputável”. Em primeiro momento, chama-se a atenção sobre a força que tem as presunções absolutas, visto que o legislador manda que se considere um fato presumido como verdadeiro e ainda por cima determina que se desconsidere qualquer prova em contrário.

Em suma, percebendo que existe grande probabilidade que da existência de um fato-base ocorra um certo fato relevante o legislador atribui uma presunção absoluta de veracidade entre eles de forma que uma vez ocorrendo o fato-base o fato relevante é tido como verdadeiro e ainda por cima não pode ser produzida prova em sentido contrário. Nota-se que em verdade só indiretamente a presunção absoluta

se relaciona com o direito probatório na medida em que torna desnecessária a prova direta de determinado fato relevante para o julgamento, a parte interessada só precisa provar o indício para que se estenda os efeitos de veracidade da presunção absoluta.

As presunções legais relativas, por sua vez, são aquelas que a lei estabelece o fato presumido como verdade até prova em contrário. Segundo Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.119) “são presunções relativas aquelas que, dispensando embora a prova do fato relevante para o julgamento (*factum probandum*), podem ser desfeitas pela chamada prova em contrário”.

As presunções legais relativas facilitam a comprovação de veracidade do fato relevante para a causa. Notando a relação de existência entre o fato-base e o fato relevante para o julgamento o legislador facilita a prova ao estabelecer que presume-se a existência do fato relevante desde que o fato-base seja devidamente provado. Com isso o interessado no reconhecimento do fato relevante tem o ônus de provar o indício e não o fato em si.

A título ilustrativo temos como exemplo de presunção legal relativa o art. 1253 do CC que afirma que “toda construção, ou plantação, existente em um terreno, presume-se feita pelo proprietário e à sua custa, até que se prove o contrário”. Desta forma se o sujeito comprovar que é dono do terreno (fato-base) não há necessidade que ele comprove que as construções ali presentes a ele pertencem, mas é possível que seja produzido prova em sentido contrário demonstrando que na verdade pertence a outra pessoa.

Por fim, no que se refere as presunções judiciais a primeira observação a ser feita é que trata-se de uma presunção relativa e portanto admite prova em sentido contrário. Segundo Candido Rangel Dinamarco (2009a, p. 122) seriam as ilações que o juiz extrai da ocorrência de certos fatos para concluir que outro fato tenha acontecido, sendo fruto de sua própria construção inteligente ou do alinhamento a outras anteriores fixadas em casos de precedentes dos tribunais.

Nas palavras de Fredie Didier “a presunção judicial resulta do raciocínio do juiz, que a estabelece. Forma-se na consciência do magistrado: conhecido o indício, desenvolve-se raciocínio e estabelece a presunção. Há a necessidade de o indício (fato-base) estar provado” (2011, p.60).

As presunções judiciais são estabelecidas pela experiência do juiz, segundo o que comumente acontece e por conta disto se dizem presunções do homem e por serem relativas admitem prova em contrário para derrubar a veracidade atribuída ao fato relevante para o julgamento. Além disto, não tem aplicação abstrata como ocorre nas presunções legais, sendo fruto do raciocínio do juiz tem eficácia restrita a cada caso que ele julga, deve ser analisado o caso concreto para que seja realizada as presunções judiciais.

Ressalva-se também que, assim como ocorre nas presunções legais, para que o juiz possa presumir sobre a existência do fato relevante é preciso que haja a prova do fato-base, ou seja, da comprovação da existência do fato base o juiz utiliza da sua experiência para concluir sobre a veracidade do fato relevante para o julgamento da lide.

Fazendo uma conexão com o tópico anterior pode-se concluir que as presunções surgem a partir de uma prova indireta. Como visto, a prova indireta seria aquelas que incidem sobre a prova de fatos que em si mesmo não teriam relevância para o julgamento, mas valem como indicação de que os fatos relevantes teriam acontecido. Em outras palavras, a prova indireta recai sobre os indícios, uma vez provado o indício surge uma presunção relativa sobre a existência do fato relevante para o julgamento.

3.5 Ônus da prova e a relação com as presunções

Ultrapassa a discussão sobre as presunções e sendo demonstrada a sua importância dentro do processo no sentido de facilitar a prova dos fatos relevantes para a lide é importante que seja feita uma análise sobre o ônus da prova no processo e a sua relação com as presunções para que posteriormente seja demonstrada a influência destes institutos no pleito de assistência judiciária gratuita.

O ônus da prova pode ser compreendido como um encargo que recai sobre as partes de produzir as provas sobre as alegações de fatos que constituem fundamentos das pretensões deduzidas no processo, impondo ao sujeito a prática de um ato. Se as partes trazem alegações de fatos ao processo que constituem seu direito elas devem ser provadas sob pena de não serem consideradas verdadeiras.

Nas palavras de José Eduardo Carneira Alvim:

O ônus não é o mesmo que “dever jurídico”, mas um “encargo”. O dever é sempre em relação a alguém; há uma relação jurídica entre dois sujeitos, em que um deve prestação ao outro; a satisfação da obrigação é do interesse do sujeito ativo. O ônus, por seu turno, é em relação a si mesmo, satisfazer o ônus é interesse do próprio onerado. Assim o réu tem o ônus da contestação” (2005, p. 266).

Desta forma, por ser um ônus a parte não sofre sanções pelo seu descumprimento, mas pode ser que sofra consequências negativas como, por exemplo, sair perdedor da demanda, portanto cabe ele decidir se utiliza ou não deste encargo, respondendo por eventuais consequências do seu descumprimento. Além disto, por não ser uma obrigação ou um dever o seu descumprimento não gera danos a terceiros, as consequências sobrecam exclusivamente sobre quem tinha o ônus e não cumpriu.

No que se refere as funções do ônus da prova no processo é importante tecer alguns comentários para que melhor seja compreendido como este ônus influi na conduta das partes e o quanto é importante a sua utilização.

Nas palavras de Fredie Didier Junior (2011, p.76) “em um primeiro sentido, o ônus da prova é uma regra dirigida às partes, de modo a orientar a sua atividade probatória”. O ônus da prova permite que a parte conheça quais os fatos que devem ser provados e traz como consequência a existência de uma regra de conduta, pois uma vez consciente dos fatos que devem provar trabalham no sentido da constituição das provas.

Esta regra de conduta é conhecida como o ônus subjetivo da prova, delimita a forma da parte agir no processo, pois ela tende a direcionar a sua atuação no processo de acordo com os fatos que devem ser provados.

O ônus da prova também tem um caráter objetivo que é definido como uma regra suplementar de julgamento. Segundo preceitua Antônio Adonias Bastos: “ao final da dilação probatória, que não permitam a convicção do julgador acerca da pertinência do direito, se vasculhará qual das partes não foi bem-sucedida em demonstrar a veracidade de suas pretensões, e a penalizará com a sucumbência” (2011, p. 336).

Portanto, é conhecido como uma regra suplementar de julgamento, pois findada a produção das provas se o juiz não obtiver os elementos suficientes para a sua convicção, estando em um estado de dúvida, deve julgar em desfavor da parte que tinha o ônus provar e não conseguiu. Há de se ressaltar que esta regra suplementar

é uma situação extrema no processo, pois chega a uma situação de perplexidade, já que foram produzidas as provas pelas partes, mas o juiz não conseguiu chegar ao seu convencimento.

Ultrapassada estas questões, no que se refere a distribuição do ônus da prova no processo civil brasileiro nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni (2008, p.266) “de acordo com o art. 333 do CPC o ônus da prova incumbe ao autor quanto a fato constitutivo do seu direito, e ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor”. Esta regra em síntese define que o ônus da prova incumbe a parte que tiver interesse no reconhecimento do fato a ser provado.

Neste mesmo sentido Ovídio Baptista da Silva (2005, p. 326) entende que como todo direito se sustenta em fatos aquele que alega o direito deve demonstrar a existência dos fatos em que ele se alicerça, concluindo sobre a regra geral do sistema probatório que à parte que alega que da existência de determinado fato deriva algum direito a ela incumbe o ônus de demonstrar a existência do fato.

A forma que o art. 333 distribuiu o ônus da prova não gerou muitas dúvidas em relação ao ônus que incumbe ao autor, como dito, em suma cabe ao autor comprovar a veracidade das alegações de fatos levados a juízos garantidores da sua pretensão. Entretanto, em relação ao ônus da prova do réu é necessário um pouco mais de atenção, pois não é tão fácil de interpretá-lo.

O inciso II art. 333 do CPC determina que cabe ao réu a prova de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor, a observação a ser feita é que estes fatos são fatos novos ao processo e têm como característica em comum o pressuposto da existência de fatos constitutivos do direito do autor, ou seja, existem os fatos constitutivos do direito do autor, mas o réu trás fatos novos ao processo para o desconstituírem. Desta forma, se o réu alega fatos novos que alicerçam os seus direitos incumbe a ele provar, pois é ele que tem interesse no seu reconhecimento.

O ponto negativo e que pode gerar consequências prejudiciais ao réu é que se ele alega fato novo e não consegue provar acaba confirmando que o fato constitutivo existiu e não consegue desconstituí-lo, tendo grandes possibilidades de sair perdedor da demanda.

Feita a análise de como foi distribuído o ônus da prova no CPC deve-se chamar atenção que este tipo de distribuição não é estanque. É possível que o ônus da prova seja distribuído de forma diferente, que haja alterações das regras gerais, caracterizando-se assim a inversão do ônus da prova. É aqui que surge a relação das presunções com o ônus da prova, pois as presunções são uma das possibilidades de inversão².

Segundo Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.75-76) as inversões serão legais, convencionais ou judiciais a depender se derivam da própria lei, da vontade das partes ou do juiz por autorização legal. Estabelece o autor que as inversões legais são determinadas pelas presunções relativas instituídas em lei, as judiciais pelas presunções criadas nos julgamentos dos juízes ou pela determinação direta destes quando autorizados em lei e as convencionais pela vontade convergente das partes.

Aqui, entretanto, não há a pretensão de fazer uma análise detalhada das hipóteses de inversão do ônus da prova, querendo-se apenas demonstrar como as presunções influem na distribuição deste ônus.

A primeira observação a ser feita é que apenas as presunções relativas são fenômeno de inversão do ônus da prova, pois quando há presunção absoluta não existe a possibilidade de prova em sentido contrário.

Como visto anteriormente, as presunções relativas podem ser estabelecidas por lei, tendo aplicação geral, como também pela atividade do juiz tendo aplicação no caso concreto. Quando há uma presunção relativa o fato relevante para o julgamento da lide é tido como verdadeiro sem que o mesmo seja provado, pela prova do indício cria-se uma presunção relativa sobre a veracidade do fato relevante, mas há a possibilidade da produção de prova em sentido contrário para derrubar esta presunção de veracidade.

As presunções relativas invertem o no ônus da prova, pois a parte interessada não terá que produzir provas sobre o fato relevante, cabe a ele provar apenas o indício, a outra parte, entretanto, que deve produzir prova em sentido contrário para negar a veracidade do fato relevante e conseqüentemente derrubar a presunção relativa estabelecida.

² No que se refere a distribuição do ônus da prova importante destacar a existência da teoria dinâmica do ônus da prova que será analisada no próximo capítulo ao ser realizado o estudo sobre o ônus da prova nos casos de oposição ao benefício da assistência judiciária gratuita.

Superadas as premissas acima abordadas, passa-se a análise do instituto da assistência judiciária gratuita para que posteriormente seja demonstrada a importância da prova nos casos de impugnação ao pedido do benefício.

4. O PLEITO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA E A BOA-FÉ NO PROCESSO

A organização humana em sociedade tem como consequência inevitável o surgimento de conflitos de interesses. O Direito, como instrumento de pacificação social, regula estes conflitos determinando quais os interesses devem prevalecer e quais devem ser afastados, e o processo, por sua vez, configura-se como um meio pelo qual o Estado resolve os conflitos, exerce a jurisdição.

A ordem constitucional brasileira consagrou no art. 5º XXXV a tutela judicial efetiva ao estabelecer que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. Tratando sobre esta previsão constitucional Gilmar Ferreira Mendes (2012, p. 444) chama a atenção que a Constituição não exige que essa lesão ou ameaça seja proveniente do Poder Público, o que permite concluir que estão abrangidas não só as ações e omissões de organizações públicas, mas também aquelas originadas de conflitos privados.

Portanto, segundo a carta magna, nenhum conflito poderá ser negado de ser apreciado pelos órgãos jurisdicional, o Estado é obrigado a dar uma solução para todo e qualquer conflito que o seja apresentado. Neste sentido, entende Dirley da Cunha Júnior (2013, p.702) que o acesso à justiça se manifesta por esta inafastável prerrogativa de provocar a atuação do Poder Judiciário diante de lesão ou ameaça de direito e que com a determinação constitucional do art. 5º XXXV a CF proclamou a garantia da inafastabilidade da jurisdição.

Sem dúvidas entre os direitos garantidos e prometidos aos cidadãos o acesso à justiça figura-se como um dos mais importantes já que este direito possibilita que outros direitos sejam garantidos e por conta disto o Estado não deve medir esforços para efetiva-lo. Neste sentido, Mauro Cappelletti (1988, p.12) preceitua 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 pretenda garantir e não apenas proclamar os direitos de todos”.

Entretanto, para que haja o amplo acesso à justiça a garantia constitucional não pode ser compreendida apenas como uma declaração formal de que o poder judiciário está apto para resolver os conflitos é preciso também que o Estado afaste

os aspectos materiais que dificultam ou até mesmo impedem o acesso ao judiciário, principalmente aqueles que estão relacionados aos fatores econômicos.

Diante disto, consciente de que somado a outros fatores desestimulantes para a procura do judiciário como, por exemplo, a longa demora dos julgamentos dos processos, a desorganização e até mesmo a corrupção, encontram-se os fatores de ordem econômica o ordenamento criou mecanismos para facilitar o acesso ao judiciário dentre os quais ganha-se destaque o benefício da assistência judiciária gratuita.

O benefício da assistência judiciária gratuita é um instituto de grande importância dentro do ordenamento jurídico brasileiro, servindo para facilitar o acesso à justiça daqueles que têm condições financeiras inferiores, porém, como será visto posteriormente, a ausência de rigor legal para a sua concessão tem causado o uso indevido do instituto e isto acaba prejudicando a qualidade da prestação jurisdicional, ou seja, prejudica a sociedade como um todo.

É preciso que os litigantes ajam de acordo com o princípio da boa-fé ao requererem o benefício da assistência judiciária gratuita para o instituto seja devidamente utilizado assim como é preciso que o magistrado tenha uma postura mais ativa quando deparado com os casos em que haja o benefício de assistência judiciária gratuita.

4.1 Instituto da Assistência Judiciária Gratuita

Como dito no tópico anterior, o acesso à justiça se manifesta pela garantia fundamental prevista no art. 5º XXXV da CF da inafastabilidade da jurisdição que estabelece que o Estado deve garantir a todos o direito de levar à apreciação do poder judiciário qualquer conflito que gera ameaça ou lesão aos seus direitos. Segundo a CF a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.

De fato o tema do acesso à justiça é aquele que guarda maior relação entre o processo civil e a justiça social, entre desigualdade socioeconômica e igualdade jurídico-formal já que deve o Estado garantir o amplo acesso à justiça para todos.

Acontece que apesar da previsão constitucional há inúmeros óbices como, por exemplo, a demora dos processos, a corrupção, os custos da demanda, a falta de informação que dificultam ou até mesmo impedem o acesso à justiça fazendo com que na prática esta garantia constitucional não se verifique de maneira igual para todos.

Sobre o tema Augusto Tavares Rosa Marcacini (2001, p.22) aponta a falta de recursos como um dos fatores mais influentes na inibição do acesso à justiça. Segundo o referido autor o ingresso em juízo é custoso e a realidade demonstra que nem todos podem arcar com os custos de uma demanda judicial que inclui os gastos com o processo e os honorários de advogado de forma que para amplas camadas da população a ideia de litigar em juízo, consultar um advogado aparece como algo intangível.

Neste mesma linha, abordando sobre os obstáculos de natureza econômica que dificultam o acesso à justiça, Luiz Guilherme Marioni (2008, p.186) entende que pelas dificuldades financeiras que assolam a população brasileira fica evidente que o custo do processo constitui um grave empecilho para a busca do Poder Judiciário, concluindo que as custas processuais, as despesas para a contratação de advogados e as para produção de provas dificilmente poderão ser retiradas das disponibilidades orçamentárias das partes.

Por conta desta realidade para tentar garantir maior acesso ao Poder Judiciário a Constituição e as leis infraconstitucionais concedem uma série de garantias aos jurisdicionados, nas palavras de Fredie Didier Jr (2004, p. 5) “para transpor esse óbice financeiro, o Estado, que ainda detém o monopólio da jurisdição (ressalvada a arbitragem convencional), teve que garantir ao cidadão carente de recursos econômicos os meios necessários para o livre acesso à justiça”.

Dentre os mecanismo criados pelo Estado para garantir o acesso à justiça ganha-se destaque o benefício da assistência judiciária gratuita. Neste sentido Carlos S. de Barros Júnior (2011, p. 583) ao tratar sobre a importância da facilitação do acesso à justiça como forma de concretização do princípio da inafastabilidade da jurisdição preceitua que “não basta, porém, proclamar o princípio, faz-se mister torná-lo efetivo mediante medidas que o concretizem, dentre as quais assume relevo a que consiste na assistência judiciária”

Contudo, para que haja uma melhor compreensão sobre o tema antes de adentrar no estudo da assistência judiciária gratuita é preciso que seja feita uma análise, sem a pretensão de ser exaustiva, dos aspectos históricos que envolvem o instituto e a sua previsão no ordenamento jurídico brasileiro.

O direito desde os tempos remotos guarda relação com o justo e isto fez com que aos pobres fossem concedidos graças, favores, proteção de forma que a preocupação em prestar aos mais necessitados a devida assistência jurídica se confundia com assistência social.

Augusto Tavares Rosa Marcacini (2001, p.5-6) destaca que a assistência jurídica tem antecedente histórico em Atenas onde eram anualmente nomeados dez advogados para defender os pobres e em Roma onde considera-se que a obra de Constantino foi a primeira inserção em texto legal (posteriormente foi incorporada ao Digesto, Livro I) para que fosse dado advogado a quem não o tivesse, incluindo a assistência para mulheres e menores.

Destaca Bruno Zilbermam Vainer (2004, p.225) que com o decorrer do século o tema não foi esquecido, As Capitulares, dos Reis da França, ampliavam o pedido dos mais humildes e indigentes e a Ordonnance de 1364 tornava obrigatório aos advogados requerer a assistência gratuita em nome dos miseráveis. Destaca também o autor que As Ordenações Filipinas tratavam do assunto dispensando o “preparo” do agravo assim como a dispensa de caução nos casos de arguição de suspeição do magistrado.

No que se refere ao instituto da assistência judiciária no ordenamento jurídico brasileiro a sua primeira previsão só ocorreu após o advento da República, como garantia constitucional apareceu somente na Constituição de 1934 visto que não encontrando previsão na primeira Constituição do país em 1824.

Tratando sobre o desenvolvimento do instituto no ordenamento jurídico brasileiro Bruno Zilbermam Vainer (2004, p.226) destaca que a assistência judiciária que já tinha raízes fundadas nas legislações estaduais ingressou na ordem constitucional com a Constituição de 1934 e assegurou o direito dos necessitados de terem assistência judiciária por meio de órgãos especiais com isenção de emolumentos, custas, taxas e selos.

Mais adiante, a Constituição de 1937 elaborada no período de Estado Novo de Getúlio Vargas não tratou sobre o tema, mas como preceitua Augusto Tavares Rosa Marcacini (2001, p.8) a assistência judiciária se manteve como norma infraconstitucional no Código de Processo Civil de 1939, retornando o status de norma constitucional em 1946 e sendo mantida nas Constituições de 1967 e 1969.

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, é tida como a Constituição brasileira que mais se preocupou com os aspectos sociais do povo de forma que não dispor sobre este tema seria um contra senso frente a importância da garantia do acesso à justiça. A atual Carta garantiu a assistência jurídica integral e gratuita com a previsão art. 5º, inciso LXXIV, e trouxe como inovação a instituição da Defensoria Pública que pela forma que dispõe o seu art. 134 é o órgão incumbido de prestar assistência judiciária.

Sobre o tema, Bruno Zilbermam Vainer (2004, p.229) entende que a assistência jurídica integral seria aquela que pode ocorrer em juízo ou fora dele, sendo toda e qualquer assistência *lato sensu*, para qualquer ato, não só para os atos envolvendo o Poder Judiciário. Desta forma, percebe-se que a assistência jurídica integral é um direito bastante abrangente, pois envolve também serviços jurídicos não relacionados ao processo como, por exemplo, orientações individuais, esclarecimento de dúvidas e até mesmo um programa de informações como mencionado pelo autor.

Entretanto, apesar da garantia constitucional o instituto da assistência jurídica integral e gratuita não possui regulamentação legal própria, na verdade em sede infraconstitucional no que se refere a assistência judiciária se aplica Lei nº 1.060/50 que anteriormente a CF de 88 já disciplinava a matéria e por conta disto para o presente estudo se utilizará do termo como sinônimo de assistência judiciária gratuita.

Antes de adentrar no estudo da Lei 1.060/50 a primeira observação a ser feita diz respeito ao uso equivocado, inclusive por textos legislativos, dos conceitos de justiça gratuita e assistência judiciária que comumente são utilizados como sinônimos, sendo fundamental deixar claro que estes institutos não se confundem.

No que se refere a justiça gratuita, no entendimento de Augusto Tavares Rosa Marcacini (2001, p.31) deve ser entendida como a gratuidade de todas as custas e

despesas, sejam elas judiciais ou não, que são necessários ao desenvolvimento do processo e para a defesa dos interesses que estão sendo postulados em juízo. Ressalva o referido autor que o benefício abrange não somente as custas relativas aos atos processuais a serem praticados como também todas as despesas decorrentes da efetiva participação na relação processual.

Deve-se chamar atenção que o referido autor adota o entendimento mais liberal e ampliativo no que se refere as despesas abrangidas por este benefício e que aqui foi trazido pelo fato de mais se harmonizar com a ideia constitucional de assistência jurídica integral e com o acesso à justiça.

Em relação a assistência judiciária Augusto Tavares Rosa Marcacini (2001, p.31) entende que seria um serviço público organizado consistente na defesa em juízo do assistido que deve ser oferecido pelo Estado, mas que também pode ser desempenhado por entidades não estatais convencionadas com o poder público, desta forma a assistência judiciária envolveria o patrocínio gratuito da causa por advogado.

No mesmo sentido Fredie Didier Jr (2004, p.7) entende que a assistência judiciária seria o patrocínio gratuito da causa por advogado público ou particular ao passo que a justiça gratuita consiste na dispensa da parte do adiantamento todas as despesas, judiciais ou não, diretamente vinculadas ao processo assim como a dispensa do pagamento de honorários de advogados.

Ambos os autores separam os institutos inclusive chamando a atenção que o deferimento de um deles não necessariamente condiciona e nem está condicionado ao deferimento de outro, pode ser ocorra em um mesmo caso concomitantemente a concessão de assistência judiciária e o deferimento da justiça gratuita como pode ser que não.

Entretanto, apesar do correto entendimento dos autores no que se refere a separação dos institutos, as nomenclaturas utilizadas para a realização dos conceitos não parece ser a mais correta. Em verdade a lei 1.060/50 no art 1º estabelece que o poder público concederá assistência judiciária gratuita e disciplinando a matéria inclui o patrocínio da causa assim como determinadas isenções. Ao que parece seria mais correto afirmar que a Lei 1.060/50 disciplina a assistência judiciária *latu senso* que é dividida no patrocínio da causa (assistência

judiciária strictu sensu) e isenção de custas (justiça gratuita) visto que o litigante pode se beneficiar de um, do outro ou de ambos os institutos de acordo com os mesmos requisitos impostos pela referida lei.

Utilizar o conceito de assistência judiciária apenas para se referir ao patrocínio da causa por advogados vai de encontro o uso da expressão utilizado comumente nos textos legislativos e nas decisões judiciais, falar em assistência judiciária apenas para se referir ao patrocínio da causa pode gerar confusão. Desta forma, o conceito de assistência judiciária deve englobar o patrocínio da causa em juízo e a isenção de custas.

4.2 Requisitos e Direito Positivo

No tópico anterior foi visto que o benefício da assistência judiciária gratuita engloba a justiça gratuita e a indicação de um advogado para patrocinar a causa de forma que é possível, em um caso concreto, que o litigante seja beneficiado pelos dois institutos ou com apenas um deles.

Ultrapassadas essas premissas agora é preciso analisar quem pode ser beneficiado e quais são os requisitos necessários para a concessão dos benefícios, ressalvado-se que os requisitos para a concessão estão previstos na Lei 1.060/50 e são iguais para ambos o institutos e por conta disto neste tópico será utilizado o termo assistência judiciária gratuita para se referir tanto aos casos de pedido de justiça gratuita quanto aos casos de patrocínio gratuito da causa.

Preliminarmente verifica-se que a Lei 1.060/50 estabelece como possíveis beneficiados os nacionais e os estrangeiros residentes no país, que, por algum motivo, necessitem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho. Nas palavras de Bruno Zilbermam Vainer (2004, p.230) a “lei foi feliz ao colocar os estrangeiros na seara da assistência, já que o advento da pobreza não escolhe nacionalidade, estando os nacionais ou estrangeiros passíveis de não possuir recursos suficientes para o ingresso em juízo”. Desta forma, em consonância com a CF e com o princípio da dignidade da pessoa humana a lei não estabelece a nacionalidade como requisito necessário para a concessão do benefício.

Disciplinando sobre o benefício da assistência judiciária gratuita a referida Lei estabelece no seu art. 1º que o poder público concederá assistência judiciária aos necessitados nos termos da lei, ou seja, a lei da assistência judiciária gratuita restringiu a concessão do benefício aos necessitados, reservando para si o ônus de definir como o indivíduo se enquadra nesta situação.

O parágrafo único do art. 2º da Lei 1.060/50, por sua vez, apresenta a definição de necessitado, estabelecendo que “considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogados, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

Acontece que o art. 4º da referida lei estabelece 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. Por conta disto, Augusto Tavares Rosa Marcacini (2001, p.84-85) chama a atenção que o direito ao benefício decorre da indisponibilidade financeira do sujeito e que não há determinações matemática para que este se enquadre no conceito de necessitado.

Desta forma, para que o indivíduo se enquadre na figura de necessitado e conseqüentemente possa ser beneficiado basta apenas que ele manifeste sobre a sua impossibilidade de arcar com as custas e os honorários. A lei não estabelece critérios objetivos ou parâmetros de comparação para que o indivíduo se enquadre como necessitado, nem exige que a parte traga provas aos autos que atestem a sua condição, exigindo apenas uma manifestação por parte do requerente.

A observação a ser feita é que a Lei 1.060/50 na sua redação original exigia que o requerente demonstrasse os seus rendimentos percebidos e os seus encargos próprios e os da sua família para a concessão do benefício, entretanto sofreu uma séria de influências de outras leis como, por exemplo, da Lei de Alimentos que em 1968 criou regras próprias para a concessão da gratuidade e da Lei 5.584/70 que, no campo trabalhista, concedia a assistência a todo aquele que perceber salário igual ou inferior ao dobro do mínimo legal e aos demais trabalhadores de maior salário desde que comprovassem a necessidade, até que em 1986 a lei 7.510 simplificou o pedido do benefício ao estabelecer a nova redação do art. 4º atualmente em vigor.

Esta exigência de uma simples manifestação como único requisito para a concessão do benefício fez com que surgissem grandes discussões, principalmente após a promulgação da CF de 1988. Ressalva-se que a lei de assistência judiciária gratuita é de 1950, ou seja, tem sua vigência anterior a promulgação da CF que é de 1988, sendo necessária a observância de compatibilidade material com esta para que fosse recepcionada.

Gilmar Ferreira Mendes (2011, p. 124) tratando sobre o fenômeno de recepção dos diplomas infraconstitucionais com o advento de uma nova Constituição destaca que “o importante, então, é que a lei antiga, no seu conteúdo, não destoe da nova Constituição. Pouco importa que a forma de que o diploma se revista não seja prevista no novo Texto Magno”.

O fenômeno da recepção ocorre, portanto, quando uma norma anterior a Constituição é revalidada no ordenamento jurídico por não ter incompatibilidade material com a nova Constituição, ou seja, o conteúdo da norma infraconstitucional é compatível com a nova Constituição. O procedimento legislativo da norma anterior a Constituição pode até ser incompatível com o previsto na nova Constituição, mas a norma, mesmo assim, pode ser recepcionada se compatível em relação ao conteúdo.

Neste sentido, relatando sobre as facilidades ocasionadas pela recepção das normas infraconstitucionais anteriores a nova Constituição Manuel Jorge (2009, p.145) entende que “mais apropriado e coerente seria fazer com que as leis inferiores à constituição pudessem ser aproveitadas quando compatíveis às normas constitucionais, originando, desse modo, o fenômeno chamado de recepção constitucional”.

Acontece que a Lei de Assistência Judiciária Gratuita estabelece como requisito para a concessão do benefício a simples manifestação de vontade ao passo que a CF em seu art. 5º LXXIV ao tratar da prestação por parte do Estado da assistência judiciária integral e gratuita exige que o beneficiado comprove a insuficiência de recurso, por conta disto houve discussão se a garantia Constitucional do art. 5º teria revogado o benefício da assistência judiciária gratuita, surgindo questionamentos se a Lei de Assistência Judiciária Gratuita seria incompatível ou não com a CF de 1988.

O STF se posicionou para por fim a esta dúvida:

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA – REQUISITOS PARA OBTENÇÃO – ACESSO A JUSTIÇA – DIREITO GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE- “Acesso à Justiça – Assistência Judiciária – Lei n. 1.060/50 – CF, artigo 5º LXXIV – A garantia do artigo 5º, LXXIV, assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovem insuficiência de recursos, não revogou a de assistência judiciária gratuita da Lei n. O 1060, de 1950, aos necessitados, certo que, para obtenção desta, basta declaração, feita pelo próprio interessado, de que sua situação econômica não permite vir a Juízo sem prejuízo da sua manutenção ou de sua família. Essa norma infraconstitucional põe-se, ademais, dentro do espírito da Constituição, que deseja que seja facilitado o acesso a todos à Justiça (CF, artigo 5º, XXXV) R.E. não Conhecido.” (STF- 2.a T.; Rec Extr. n 205.029-6-RS; Rel. Min Carlos Velloso; j.26.11.1996).

No julgado, o STF entendeu que o art. 4º da Lei 1.060 não colide com o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal, pois a lei de assistência judiciária gratuita está de acordo com o espírito da Constituição, ou seja, a carta magna cria direitos e garantias mínimas que devem ser assegurado aos indivíduos, mas nada impede que a lei infraconstitucional os amplie e como o requisito estabelecido pela lei facilita a concessão do benefício quando comparada com a previsão constitucional não há o por que de se falar em não recepção desta lei.

Neste sentido, tratando sobre a dúvida sobre a recepção da lei de assistência judiciária gratuita pela CF de 88, Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.697) entende que a primeira vista a Constituição teria negado recepção à presunção instituída pela lei, porém a Constituição significa a oferta de um mínimo que a lei não pode negar e por isto prevalece o entendimento de que continua vigente a disposição infraconstitucional.

A Lei de Assistência Judiciária Gratuita continua em vigor, produzindo seus efeitos, bastando apenas que o requerente declare sobre a sua impossibilidade de arcar com as custas e honorários advocatícios sem comprometer o seu sustento próprio ou de sua família para se enquadrar na figura legal de necessitado e ser beneficiado da assistência judiciária gratuita. Percebe-se que a lei não é nem um pouco rigorosa e esta falta de rigor legal faz com que muitas demandas levadas ao judiciário venham acompanhadas do requerimento inadequado da assistência judiciária gratuita.

Ainda no que diz respeito aos requisitos necessários para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita importante destacar que o art. 6º da Lei 1.060/50 traz a possibilidade do pedido ser formulado no curso da ação, ou seja, com esta

previsão a lei estaria possibilitando a formulação do pedido pelo autor em momento diverso da petição inicial, pelo réu na contestação, assim como pelos demais sujeitos da relação jurídica processual como, por exemplo, o litisconsorte, o assistente, o oponente, o denunciado a lide e o chamado ao processo.

Acontece que a interpretação literal do referido artigo leva a conclusão sobre a exigência de produção de prova para a concessão do benefício quando este for formulado do curso da ação, entendimento este que geraria um tratamento desigual em relação ao autor e aos outros sujeitos processuais haja vista que enquanto para o primeiro bastaria apenas uma simples afirmação, quando o pedido fosse formulado na petição inicial, para os demais seria necessário a produção de provas.

O STJ em 06.04.2006 no agravo regimental nos embargos de declaração no agravo de instrumento nº 728657/SP que teve como relatora a ministra Nancy Andrichi se posicionou sobre esta polêmica e estabeleceu que mesmo quando o pedido de assistência judiciária gratuita for formulado no curso da ação basta a simples afirmação do estado de pobreza nos termos da lei para a sua concessão, não se condicionando a prova do estado de pobreza do requerente para que o benefício concedido.

Portanto, garantindo mais igualdade de tratamento entre o autor e dos demais sujeitos envolvidos na relação jurídica processual o entendimento do STJ foi no sentido que os requisitos para a concessão independem do momento do requerimento, ou seja, a manifestação sobre a impossibilidade de arcar com as custas e honorários advocatícios sem comprometer o sustento próprio ou de sua família é o único requisito para a concessão do benefício seja ele formulado na petição inicial ou em momento diverso pelo autor, pelo réu e pelos demais sujeitos da relação processual.

Por fim, é importante destacar que o benefício da assistência judiciária gratuita é individual e em cada caso concreto é preciso verificar se o indivíduo preenche as condições para a concessão. Nesse sentido entende Candido Rangel Dinamarco (2009a, p.703) que não existe um imaginário *writ* de caráter geral que habilita o sujeito a litigar gratuitamente e todo e em qualquer processo presente ou futuro uma vez que os benefícios da assistência judiciária gratuita são concedidos no próprio processo ao qual se destinam e exclusivamente para fins deste.

Neste mesmo sentido o art. 10º da Lei 1.060/50, por sua vez, estabelece que os benefícios são individuais e concedidos em cada caso concreto, não transmitem ao cessionário de direito e se extinguem pela morte do beneficiário, podendo, entretanto, ser concedidos aos herdeiros que continuem a demanda e que necessitem de tais favores, na forma estabelecida nesta Lei.

4.3 Procedimento

Nos tópicos anteriores foi analisado o conceito de assistência judiciária gratuita assim como foi demonstrado os requisitos necessários para que o sujeito seja beneficiado pelo instituto, agora há de ser realizada uma análise sobre o procedimento para a concessão, revogação e impugnação ao benefício. O processo, aqui entendido como um conjunto de atos no decurso do tempo para que se obtenha a tutela jurídica, deve ter regras, procedimentos próprios para que haja maior organização e segurança jurídica.

A primeira observação a ser feita é que, como visto no item 4.1, o benefício da assistência judiciária gratuita engloba o patrocínio da causa e a concessão da justiça gratuita, podendo o indivíduo ser beneficiado por um ou por ambos os institutos no mesmo caso concreto. Acontece que a Lei 1.060/50 em diversos momentos se referiu ao benefício de maneira geral, não especificando se estaria tratando de um, do outro ou de ambos os institutos. Por conta disto aqui há de se fazer uma separação, para o objeto do estudo deste item e do próximo interessa os dispositivos da lei referentes a concessão, revogação e impugnação do benefício da justiça gratuita.

Em verdade, em que pese exista o poder do magistrado de determinar aos órgãos prestadores do serviço que seja indicado advogado para patrocinar a parte carente não se pode afirmar que o juiz tem o poder de indeferir o patrocínio da causa pelo agente prestador do serviço e nem de revogar o patrocínio concedido. Nesta mesma linha, também não cabe a parte adversária se insurgir contra o patrocínio gratuita da causa, podendo apenas se opor ao benefício da justiça gratuita. Ultrapassadas estas premissas passa-se a analisar o procedimento de concessão, revogação e impugnação no que refere ao benefício da justiça gratuita.

A Lei 1.060/50 foi infeliz no que se refere ao procedimento para a concessão do benefício ao impor atuações desnecessárias e complicar a onde poderia ter facilitado uma vez que apenas o pedido de concessão da gratuidade da justiça realizado pelo autor na petição inicial que dispensa atuação em apartado. Se, todavia, o autor ou o réu vierem a postular o pedido no curso da demanda, pela interpretação do art. 6º da lei de assistência judiciária gratuita, é necessário a atuação em separado do pedido de concessão do benefício.

Acontece que a instauração de um incidente autônomo exclusivamente com o objetivo de examinar o pedido da justiça gratuita atenta contra os princípios de economia e celeridade processuais, não havendo razão para que o requerimento seja feito em peça destacada e autuada em apartado já que após a sua apresentação a única providencia a ser tomada é a decisão do juiz. Neste sentido, André Boneli (2003, p. 1545) discorda sobre a necessidade de abertura de autos apartados, pois não existe explicação lógica para que a maioria das postulações relativas aos benefícios da assistência judiciária gratuita seja autuada à parte do processo principal.

Entretanto, apesar das críticas doutrinárias, este não é o entendimento do STJ que no agravo regimental no recurso especial 759741/RS que teve como relator o ministro Aldir Passarinho Junior em 01.09.2005 decidiu que quando o pedido de assistência judiciária gratuita for realizado no curso da ação deve ser formulado em questão avulsa, apensada aos autos principais, da forma que dispõe o art. 6º da Lei 1.060/50.

Desta forma, sendo o pedido realizado no curso da ação deve-se abrir um incidente processual autônomo para que o juiz julgue pela concessão ou não do benefício. Ressalva-se que, como visto no tópico anterior, mesmo quando o pedido for formulado o no curso da ação não há a necessidade de produção de provas, bastando apenas a declaração sobre a impossibilidade de arcar com as custas e honorários advocatícios sem o comprometer o sustento próprio ou de sua família.

Ultrapassadas as questões relativas ao procedimento para a concessão do benefício da justiça gratuita é importante tecer alguns comentários sobre a atuação do magistrado quanto à apreciação da prova para atestar a condição de necessitado. A questão ganha importância, pois em que pese a Lei 1.060/50 exigir apenas uma declaração por parte do requerente para que ele se enquadrar nesta condição e

consequentemente seja beneficiado pelo instituto o art. 5º da referida lei estabelece que o magistrado concederá a gratuidade requerida desde que não tenha fundadas razões para indeferi-la.

Tratando sobre o tema André Boneli (2003, p. 1549) conclui que esta previsão legal do art. 5º estabelece a possibilidade do magistrado de ofício indeferir a pretensão assistencial, não necessitando da provocação da outra parte. Segundo o autor o juiz tem o poder/dever de buscar esclarecer os fatos que lhe são submetidos à apreciação e isto decorre da consagração publicista do processo que fez com que o princípio da iniciativa das partes no campo da instrução processual fosse mitigado pelo princípio da autoridade ou iniciativa oficial.

A possibilidade de atuação de ofício pelo magistrado quando deparado com o benefício da justiça gratuita se reforça com a previsão do art. 8º da Lei 1.060/50 que autoriza o magistrado a decretar *ex officio* a revogação do mesmo. De acordo com o referido artigo o magistrado mesmo já havendo deferido o benefício pode optar pela sua revogação seja pela ciência de um fato anterior que comprove a inexistência dos requisitos legais para a concessão ou pela ciência de um fato superveniente que demonstre que não mais se justifica a manutenção do benefício.

Neste sentido destaca-se o agravo de instrumento de nº 10479120228164001 do TJ-MG julgado em 27/02/2014 que teve como relator o desembargador Luiz Carlos Gomes da Mata no qual se entendeu que como se trata de matéria de ordem pública é possível que ocorra a revogação *ex officio* da assistência judiciária anteriormente concedida, devendo haver intimação prévia da parte interessada que deve se manifestar em um prazo de 48 horas a contar da data da intimação sob pena de violação do artigo 8º da Lei 1.060/50.

Em suma, no que se refere a atuação de ofício do magistrado nos casos de justiça gratuita, é possível que ele se insurja contra o deferimento do benefício no momento da sua requisição ou que mesmo após o seu deferimento opte pela revogação do mesmo.

Ultrapassadas estas questões, outro ponto de bastante questionamento relacionado ao instituto da assistência judiciária gratuita se refere a oposição da parte contrária que a primeira vista não teria interesse jurídico na negativa do benefício, mas surge

o interesse de se opor pelo fato da aplicação errônea do instituto poder abrir caminhos à litigância temerária e irresponsável.

De início destaca-se que a lei de assistência judiciária gratuita preceitua em seu parágrafo 1º do art. 4º que “presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essas condições nos termos da lei”. Desta forma, ao requerente afirmar, em uma simples alegação, a sua impossibilidade de arcar com as custas judiciais e os honorários advocatícios cria-se uma presunção relativa sobre o seu estado de pobreza. Como visto no capítulo anterior, a presunção relativa pode ser entendida como a aceitação de um fato como existente sem que o seja diretamente provado, reservando o direito da parte contrária de negá-lo, demonstrando a sua inexistência. Por conta disto, pela interpretação o parágrafo 1º do art. 4º conclui-se que nada impede que antes ou até mesmo após a concessão do benefício a parte contrária prove a inexistência do estado de pobreza, derrube a presunção relativa e requeira o cancelamento ou o não fornecimento do benefício.

Somada a esta interpretação a oposição pela parte contrária ganha forças com a previsão expressa da Lei da Assistência Judiciária Gratuita que estabelece no parágrafo 2º do art. 4º a possibilidade de impugnação do pedido de assistência judiciária gratuita e com a previsão do art. 7º parágrafo único da Lei 1.060/50 que estabelece a possibilidade da parte contrária, em qualquer fase da lide, requerer a revogação do benefício.

No que se refere ao procedimento, como preceitua a lei, o processamento da impugnação ao benefício assim como o do pedido de revogação ocorre em autos separados, ou seja, deve-se abrir um incidente autônomo para a resolução da controversa. Além disso, em ambos os casos não ocorre a suspensão do processo, deve-se abrir um incidente autônomo paralelo a causa principal, mas este não tem o condão de paralisá-la.

4.4 Do pleito da assistência judiciária enquanto pleito ofensivo à boa-fé processual

No capítulo segundo foi abordado sobre o tema da boa-fé demonstrando-se que atualmente no âmbito do direito existe uma concepção dualista da mesma, ambas

jurídicas, sendo uma subjetiva e outra objetiva. A boa-fé subjetiva foi caracterizada como um estado já que se refere a elementos psicológicos do sujeito que acredita ser titular de um direito que na realidade não tem e a boa-fé objetiva, por sua vez, foi caracterizada como um princípio que estabelece que o sujeito, em uma determinada relação jurídica, aja de acordo com padrões de comportamentos para que não frustre a confiança depositada pela outra parte.

Deve-se ressaltar que o princípio da boa-fé como padrão ético de comportamento ou modelo de conduta que deve ser adotado pelos sujeitos nas suas relações surge a partir da boa-fé no seu aspecto objetivo.

Também no segundo capítulo foi abordado sobre o desenvolvimento da boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro que surgiu ligada ao direito civil e logo se espalhou para os demais ramos do direito até atingir o patamar de princípio constitucional, fato este que gerou importantes consequências para o ordenamento, pois ao se tornar constitucional o princípio deixou de ser fonte de mero teor supletório e se converteu em fundamento de toda a ordem jurídica, tendo aplicação obrigatória em todos os ramos do direito inclusive no direito processual.

Não obstante a aplicação obrigatória dentro do processo pelo fato do princípio da boa-fé ser constitucional o CPC elencou uma série de imperativos de conduta das partes ao longo do processo, disciplinando a forma de agir das mesmas e dos demais sujeitos da relação processual. Como foi visto, o inciso II do art. 14 do CPC trata-se de uma cláusula geral processual que estabelece a necessidade de observância de comportamento leal, honesto, com probidade para que se tenha maior segurança e estabilidade na relação jurídica processual. Desta forma, o princípio da boa-fé deve ser observado ao longo de todo o processo e isto, sem sombra de dúvidas, inclui o momento em que a parte realiza o pedido de assistência judiciária gratuita.

No item 4.2 foi abordado sobre os requisitos para a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita sendo demonstrado o quanto a lei não foi rigorosa ao tratar da matéria ao estabelecer uma simples manifestação por parte do requerente, sobre a impossibilidade de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios sem o prejuízo do sustento próprio ou da sua família, como único requisito para a concessão do benefício. Em verdade, a forma com que a Lei

1.060/50 tratou a matéria gerou grande liberdade aos litigantes para se beneficiar da assistência judiciária gratuita.

Observando a lei percebe-se que o legislador depositou grande confiança nos litigantes, certamente quando optou pela desnecessidade de requisitos objetivos e escolheu uma simples manifestação por parte do sujeito presumiu que este agiria de forma correta, idônea, em consonância com a verdade no momento da requisição. Desta forma, o requerente ao realizar o pedido deve agir conforme os padrões da boa-fé objetiva para que não frustre a confiança depositada pelo legislador.

O problema é que em grande parte dos casos de pedidos de assistência judiciária gratuita os sujeitos falseiam com a verdade, buscam vantagens indevidas e acabam conseguindo se beneficiar utilizando erroneamente o instituto. O que se percebe é que muitas demandas levadas ao poder judiciário vêm acompanhada do requerimento sem que seja mesmo necessário e a verdade é que a falta de rigor da legislação somada com a desatenção dos magistrados, com a necessidade da produção de prova pela parte que se opõe ao benefício e com a falta de sanção para aqueles que se beneficiam de forma indevida contribuem em muito para o uso errôneo do instituto.

No que se refere a atuação mais ativa do magistrado a primeira observação a ser feita é que, como visto no tópico anterior, em que pese a Lei 1.060/50 estabelecer a manifestação por parte do requerente como único requisito para concessão do benefício não significa que o juiz deve sempre deferir o pedido quando este for formulado haja vista que própria lei da assistência judiciária gratuita concede poderes para que o juiz se abstenha dessa suposta vinculação ao estabelecer que o benefício será concedido desde que o magistrado não tenha fundadas razões para indeferi-lo.

Desta forma, se o juiz tiver alguma razão ou até mesmo perceber que a manifestação feita por parte do requerente, sobre a sua impossibilidade de arcar com as custas e honorários advocatícios sem o comprometimento do sustento próprio ou de sua família, não é compatível com outras declarações realizadas, bem como com a sua qualificação ou com o objeto buscado pela lide, deve optar pela não concessão do benefício para que se evite o uso indevido do instituto.

É nesse sentido que observamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NEGADA - Pessoa física - EMPRESÁRIOS e sócioS de pessoa jurídica E ENGENHEIRO CUJAS Atividades DoS agravantes faz presumir não se tratarEM de pessoaS pobreS, para fins legais, decisão mantida.

(TJ-SP - AG: 990100340077 SP , Relator: Francisco Giaquinto, Data de Julgamento: 22/03/2010, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/04/2010, undefined)

ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA NEGADA. Pessoa física. Dentista Atividade exercida pelo agravante que faz presumir não se tratar de pessoa pobre, para fins legais Decisão mantida - Recurso negado. .

(TJ-SP - AGV: 7317988300 SP , Relator: Francisco Giaquinto, Data de Julgamento: 26/01/2009, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 16/02/2009, undefined)

Nos julgados acima transcritos os magistrados adotaram a postura que se espera haja vista que não se vincularam aos pedidos formulados e indeferiram com base na observância da condição econômica aparente do requerente, ou seja, os magistrados, corretamente, utilizaram da possibilidade legal de indeferir o pedido e se posicionaram contra a sua concessão.

Ainda no que se refere a atuação do magistrado é importante destacar que, como visto, a Lei 1.060/50 estabelece a possibilidade de revogação *ex officio* do benefício, ou seja, é possível que mesmo após a concessão o magistrado através das suas observações ao longo do processo, seja pela ciência de um fato anterior ou pelo acontecimento de um fato superveniente, chegue a conclusão de que o beneficiado não faz jus ao benefício e opte pela sua revogação.

É com muita eloquência que destaca-se o entendimento da 5ª câmara do TJ/BA que ao homologar o acordo referente ao processo de nº 0141777-43.2009.8.05.0001 entendeu que a transação celebrada pelas partes em relação ao objeto litigioso teve o condão de elidir a presunção de pobreza anteriormente declarada e por conta disto a parte que era beneficiada da assistência judiciária gratuita foi obrigada a pagar as custas relativas ao processo.

Pelo que foi exposto fica evidente que a lei da assistência judiciária gratuita confere poderes aos magistrados para que evite o uso indevido do instituto. No que refere aos poderes do magistrado nas palavras de Alexandre Freitas Câmara (2011, p.146) “em primeiro lugar, afirma-se que todos os poderes do juiz são, em verdade, poderes-deveres”. Desta forma, o juiz não só pode, mas deve realizar o seu papel de “controle” no fornecimento da assistência judiciária gratuita para garantir a aplicação correta do instituto.

Entretanto, o que se percebe é que grande parte dos juízes não dão a atenção necessária à matéria, ao juiz falta a prudência necessária e como consequência disto temos a constante aplicação errônea do instituto. Diante desta situação, como a própria Lei 1.060/50 estabelece a possibilidade da parte contrária se opor ao benefício ela não deve se manter inerte se perceber que o benefício da assistência judiciária gratuita está sendo utilizado de forma indevida.

No que se refere a oposição da parte contrária, como visto no tópico anterior, não restam dúvidas sobre sua possibilidade, pois além da interpretação que se faz no sentido de que a presunção instituída pela lei sobre o estado de pobreza é relativa cabendo prova em sentido contrário, a própria Lei 1.060/50 estabelece que a parte contrária pode impugnar o pedido de concessão do benefício assim como pode requer a revogação do mesmo.

Mas a grande questão a ser discutida é em relação ao ônus da prova quando ocorre esta oposição. A interpretação no sentido de que sobre o estado de necessitado existe uma presunção relativa somada a previsão do art. 7º da Lei 1.060/50 leva a conclusão que a cabe a parte contrária provar sobre a inexistência do estado de pobreza do beneficiado e conseqüentemente sobre a desnecessidade da concessão ou da manutenção do benefício.

Acontece que a Lei 1.060/50 por um lado é bastante flexível, ao exigir apenas uma simples declaração por parte do interessado para a concessão do benefício, e por outro se demonstra bastante rigorosa com a parte oposta visto que estender o ônus à parte contrária de provar a inexistência do estado de pobreza muitas vezes constitui em uma tarefa intangível. Neste sentido, adverte Fredie Didier Jr (2004, p.48) que se por um lado a lei favoreceu o necessitado ao erigir em seu favor a presunção de veracidade da sua declaração, por outro colocou a parte adversária em situação de clara desvantagem haja vista que dificilmente terá êxito ao produzir prova em sentido contrário.

Com esta distribuição do ônus da prova a parte adversária fica em situação bastante delicada e os prejuízos ainda são maiores quando o requerente age sem observar os padrões estabelecidos pela boa-fé e se beneficia sem que seja mesmo necessário. Por conta disto, deve ser repensada a forma de distribuição do ônus da prova nos casos de impugnação a concessão do benefício da assistência judiciária gratuita assim como nos pedidos de revogação do mesmo.

A crítica a ser feita é que nestes casos, diante da dificuldade que a parte adversária tem de produzir provas para negar a presunção sobre o estado de necessidade instituída pela lei, o magistrado deve ter a possibilidade de manusear o ônus da prova que adote a melhor solução do problema. Neste sentido destaca-se a lição de Antonio Adonias Bastos (2011, pg. 348) que, tratando sobre a distribuição do ônus da prova no processo de forma geral, entende que por possuir um caráter publicista o ônus da prova não pode ser trancafiado aos dissabores do direito material, mas deve ser manuseável pelo juiz de forma que se obtenha com maior grau de certeza e frequência a realização da justiça.

Destaca-se aqui também a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova que nas palavras de Freidie Didier Jr (2012, p.96) defende que “a prova incumbe a quem tem melhores condições de produzi-la, à luz das circunstâncias do caso concreto. Em outras palavras: prova quem pode”.

Em verdade, em muitos casos que ocorre oposição ao benefício da assistência judiciária gratuita a parte que se opõe não tem condições de atender a esse ônus probatório que lhe foi atribuído, devendo o juiz ter a possibilidade de manuseá-lo, pois caso não haja provas suficientes o juiz, como visto no capítulo terceiro quando tratado sobre o caráter objetivo do ônus da prova, terminará por decidir de forma desfavorável a aquele que não se desincumbiu do seu encargo de provar e isto pode gerar consequências negativas principalmente quando a parte requer o benefício sem observar os padrões estabelecidos pelo princípio da boa-fé.

Por fim, mas não menos importante, o magistrado deve se utilizar das sanções legais previstas quando se deparar com um caso em que houve inobservância aos padrões de comportamentos estabelecidos pelo princípio da boa-fé e o consequente uso indevido do instituto da assistência judiciária gratuita.

A Lei 1.060/50 não é omissa em relação a matéria, estabelece o parágrafo primeiro do art. 4º da referida lei a pena de pagamento de até o décuplo das custas judiciais para quem manifestar falsamente sobre a ausência de condições para pagar as custas e honorários advocatícios sem o prejuízo do sustento próprio ou da sua família.

Além do mais, mesmo que a referida lei não previsse sanções, existe a possibilidade de punição com base no que estabelece o CPC. Como visto no segundo capítulo, o

sistema processual brasileiro estabelece uma série de condutas desleais no processo atribuindo responsabilidade por perdas e danos à parte que agir de má-fé como autor, réu ou interveniente. Pelo que foi estudado, a litigância de má-fé está intrinsecamente ligada a ética processual, a necessita de adoção de comportamentos leal, honesto, ou seja, a adoção de comportamentos de acordo com os padrões estabelecidos pelo princípio da boa-fé. Por conta disto, sem dúvidas, aquele que vem ao processo e falsamente declara a sua condição de necessitado incorre em litigância de má-fé, pois desrespeita o princípio da boa-fé por abuso do direito de demandar.

Neste sentido, Fredie Didier Jr. (2004, p.53-54) ao tratar sobre da sanção aplicável ao beneficiário que alega falsamente a sua condição de necessitado entende que mesmo se não houvesse a previsão legal da Lei 1.060/50 esta conduta estaria abrangida no próprio art.17 do CPC que versa sobre a litigância de má-fé, mas adverte que, apesar da omissão legislativa no que se refere ao destinatário do montante da multa, por se trata de uma conduta que fere a dignidade da justiça a verba decorrente desta sanção deveria ser destinada ao Estado e não à parte contrária como ocorre nos casos de litigância de má-fé, pois nestes casos ele seria o maior prejudicado.

É preciso que o juiz seja mais rigoroso e aplique sanções nos casos em que foi concedido o benefício e posteriormente foi constatada a idoneidade financeira do beneficiário. As sanções devem ser aplicadas como uma forma de punição da parte infratora e para que se evite futuras condutas no mesmo sentido, pois se os indivíduos perceberem que outra consequência não há que não seja a cessação do benefício jamais irão parar de requerê-lo sem que seja necessário.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo foi iniciado abordando-se o princípio da boa-fé para que depois fosse demonstrada a influência do mesmo no pleito da assistência judiciária gratuita. De início foi demonstrado que no direito existe uma concepção dualista da boa-fé, ambas jurídicas, a boa fé subjetiva que foi conceituada como aquela relacionada a elementos internos, psicológicos e a boa-fé objetiva que se configura como um padrão de comportamento determinando como as partes devem agir, exigindo condutas honesta, leais, em consonância com a verdade e da qual se extrai o princípio da boa-fé.

Foi visto que o princípio da boa-fé teve origem no direito privado, mas expandiu os seus preceitos para diversas áreas do direito chegando ao patamar de princípio constitucional e tendo como consequência a obrigatoriedade de observância de seus preceitos em todos os ramos do direito, incluindo o processual e, portanto, no pleito da assistência judiciária gratuita. Não obstante ao patamar constitucional, foi visto que o CPC em diversas passagens tratou sobre o princípio da boa-fé, sendo possível concluir pela sua exigência independentemente da previsão constitucional.

No capítulo terceiro foi abordado sobre a teoria das provas e as presunções no processo civil sendo demonstrado quais são os objetos de prova e como as presunções influenciam no ônus probatório para que no capítulo quarto fosse mais fácil compreender o quanto a presunção relativa instituída pela lei sobre o estado de pobreza influi no ônus da provas nos casos de oposição ao benefício da assistência judiciária gratuita.

No que se refere ao instituto da assistência judiciária gratuita no capítulo quarto de início foi demonstrado a sua importância para a garantia de acesso à justiça pelos indivíduos com condições econômicas inferiores. Em seguida, ao tratar do tema foram expostos os requisitos necessários para a concessão do benefício, evidenciando-se como a lei de assistência judiciária gratuita foi flexível ao tratar da matéria ao exigir apenas uma manifestação da parte interessada sobre a impossibilidade de arcar com as custas e honorários advocatícios.

Chegou-se à conclusão que a falta de rigor legal fez com que a necessidade de adoção de comportamento conforme os padrões estabelecidos pela boa-fé por parte

do indivíduo que requer o benefício ganhasse maior importância, visto que a alegação da parte é determinante para a concessão do benefício.

Entretanto, foi dito que em parte dos casos os pedidos de assistência judiciária são formulados sem que seja mesmo necessário, ou seja, sem a observância do princípio da boa-fé. Por conta disto, concluiu-se pela necessidade de uma postura mais ativa por parte do magistrado e da parte contrária para que se evite a utilização indevida do instituto.

No que se refere ao magistrado, foi dada ênfase ao seu dever de atuação para garantir o equilíbrio da relação jurídica processual, sendo demonstrada a importância de uma postura mais cuidadosa quando estiver diante do benefício da assistência judiciária gratuita. Ressalvou-se que o magistrado deve ter consciência de que o pedido de concessão do benefício não vincula o deferimento, de forma que mesmo que a parte contrária não se oponha o juiz pode optar pela não concessão. Além disto, foi demonstrado os mecanismos legais para que mesmo após a concessão do benefício o magistrado opte pela revogação *ex officio* caso perceba que a parte não faz jus ao benefício.

No que se refere à parte que se opõe ao benefício foi demonstrado que ela pode impugnar o pedido, ou seja, se opor antes que haja a concessão assim como pode requerer a revogação do mesmo em caso de já ter sido deferido. Entretanto, foi demonstrado que nestes casos pelo que preceitua a lei e pela jurisprudência cabe à parte contrária o ônus de provar sobre a desnecessidade do benefício.

A crítica feita foi no sentido que se por um lado a lei de assistência judiciária gratuita favoreceu o necessitado à obtenção do benefício de outro colocou a parte contrária em situação desvantajosa pelo fato de que estender o ônus da prova para parte contrária nestes casos muitas vezes configura-se como uma tarefa intangível, de difícil realização que pode comprometer o resultado da decisão judicial.

Por conta disto, concluiu-se que o juiz não deve ficar restrito a distribuição do ônus da prova da forma que foi estabelecida pela lei e pelo CPC. O juiz deve ter a possibilidade de manusear o ônus da prova de acordo com cada caso concreto para que haja maior possibilidade de solução do problema apresentado, pois o engessamento deste ônus pode favorecer o indivíduo que requer o benefício sem observar os padrões estabelecidos pelo princípio da boa-fé.

Além disto, concluiu-se sobre a importância de aplicação de sanções para aqueles que requerem o benefício sem que seja necessário como forma de educação e de inibição de futuras condutas no mesmo sentido.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. **Teoria geral do processo**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, v.2, p.507

BARROS JÚNIOR, Calos S. de. **Benefício da justiça gratuita no processo civil e social**. In: **Doutrinas Essenciais Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BASTOS, Antonio Adonias Aguiar, KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de processo civil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BONELLI, André. **Aspectos processuais da Lei de Assistência Judiciária**. In: **Procedimentos Especiais Cíveis**. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1998.

BRASIL. **Código de Processo Civil e Constituição Federal**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento nº 728657/SP. Relator: Ministra Nancy Andrighi. Disponível em:
<http://www.diretonet.com.br/jurisprudencia/exibir/79943/STJ-AgRg-nos-EDcl-no-Ag-728657-SP-AGRAVO-REGIMENTAL-NOS-EMBARGOS-DE-DECLARACAO-NO-AGRAVO-DE-INSTRUMENTO-2005-0207023-0>

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Agravo Regimental no Recurso Especial nº 759741/RS. Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior. Disponível em:
<http://www.diretonet.com.br/jurisprudencia/exibir/96198/STJ-AgRg-no-REsp-759741-RS-AGRAVO-REGIMENTAL-NO-RECURSO-ESPECIAL-2005-0100018-1>

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário. n 205.029-6-RS
Relator: Ministro Carlos Velloso. Disponível em:
<http://www.direitolegal.org/jurisprudencias/>

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado da Bahia**. Apelação do processo de nº 0141777-43.2009.8.05.0001. Disponível em:
<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/56562707/djba-caderno1-12-07-2013-pg-214>

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Agravo de instrumento nº 10479120228164001. Relator: Luiz Carlos Gomes da Mata. Disponível em:

<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119599823/agravo-de-instrumento-cv-ai-10479120228164001-mg>

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de instrumento nº 990100340077. Relator: Francisco Giaquinto. Disponível em:
<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/9062486/agravo-de-instrumento-ag-990100340077-sp>

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. Agravo de instrumento nº 7317988300. Relator: Francisco Giaquinto. Disponível em:
<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2570591/agravo-agv-7317988300-sp>

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil v.I**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH BRYANT. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso De Direito Constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2013.

DANTAS JÚNIOR, Aldemiro Rezende. **Teoria dos Atos Próprios no Princípio da Boa-fé**. Curitiba:Juruá, 2007.

DIDIER JR, Fredie, OLIVEIRA Rafael. **Benefício da justiça gratuita: aspectos processuais da Lei de Assistência Judiciária (Lei Federal nº1.060/50)**. v I. Salvador: JusPodivm, 2004.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. v. I. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria da prova, direito probatório, teoria do precedente, decisão judicial, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**. v. II. Salvador: JusPodivm, 2011.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instruções de Direito Processual Civil**. v. II. São Paulo: Malheiros Editores, 2009a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instruções de Direito Processual Civil**. v. III. São Paulo: Malheiros Editores, 2009b.

GAGLIANO, Pablo Stolze, PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, Contratos: Teoria Geral**. v. IV. São Paulo: Saraiva 2009.

MARCACINI, Augusto Tavares Rosa. **Assistência jurídica, assistência judiciária e justiça gratuita**. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARIONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo. v.I Curso de Processo Civil.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARTINS-COSTA, Judith. **A Boa-fé no direito Privado: sistema e tópicos no processo obrigacional.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira, BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2011.

NORONHA, Fernando. **O direito dos contratos e seus princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual.** São Paulo: Saraiva, 1994.

PRETEL, Mariana Pretel e. **A Boa-fé Objetiva e a Lealdade no Processo Civil Brasileiro.** Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

ROCHA, António Manuel da, CORDEIRO, Menezes. **Da boa fé no direito civil.** Portugal: Almeida, 2001.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo.** – 9 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

RUBIN, Fernando. **Teoria Geral da Prova: do conceito de Prova aos modelos de constatação da verdade.** In: **Revista magister de Direito Civil e Processual Civil – ano 09, n.52.** Porto Alegre: Magister, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório: tutela da confiança e venire contra factum proprium.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de processo civil v.I: processo de conhecimento.** Rio de Janeiro: Forense, 2005.

SILVA NETO, Manuel Jorge e. **Curso de direito constitucional.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SLAWINSKI, Célia Barbosa Abreu. **Contornos Dogmáticos e Eficácia da Boa-Fé Objetiva: o princípio da boa-fé no ordenamento brasileiro.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

STOCO, Rui. **Abuso de Direito e má-fé processual: aspectos doutrinários.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil e processo de conhecimento: 1v.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

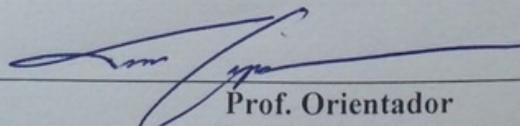
ZILBERMAN, Bruno Vainer. **Assistência judiciária gratuita: um desafio de nosso tempo.** In: **Revista de Direito Constitucional e Internacional – ano 12, n. 48.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2004.

**ATA DE DEFESA DE MONOGRAFIA DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO DA FACULDADE BAIANA DE DIREITO**

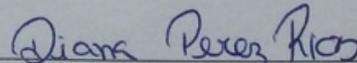
Aos 09 de dezembro de 2014 realizou-se, na sede da Faculdade Baiana de Direito, na Rua Visconde de Itaborahy 989 – em Salvador/ Bahia, às 14h, a sessão de Defesa da Monografia Final do (a) bacharelado (a) **Ricardo Meyer Perez**, intitulada *Do pleito da Assistência judiciária gratuita e a boa fé no Processo.*, estando presente o (a) Orientador (a) prof.(a) **Tarsis Silva de Cerqueira**, os demais componentes da Banca Examinadora, Prof(a) **Diana Perez Rios** e Prof(a) **Bernardo Silva de Lima** e, ainda, alunos do Curso de Direito. Os trabalhos foram iniciados e os integrantes da Banca Examinadora passaram a arguir o aluno (a). Após a arguição, a Banca Examinadora deliberou nos seguintes termos:

Banca Examinadora	Notas	Indicação de alteração do texto para a entrega da versão final
Tarsis Silva de Cerqueira	8.5	—
Diana Perez Rios	8.5	
Bernardo Silva de Lima	8.5	

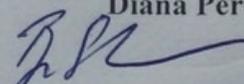
Nada mais havendo a tratar, o (a) Senhor (a) Presidente declarou encerrada a sessão, sendo lavrada a presente ata que, depois de lida e aprovada, vai assinada pelos membros da Banca Examinadora.



Prof. Orientador
Tarsis Silva de Cerqueira



Membro da Banca Examinadora
Diana Perez Rios



Membro da Banca Examinadora
Bernardo Silva de Lima

Salvador, 09 de dezembro de 2014

