

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ACESSO À JUSTIÇA E CUSTAS JUDICIAIS. DA ISENÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA.

EVANDRO VOLMAR RIZZO

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA – PROPPEC
CENTRO DE EDUCAÇÃO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E JURÍDICAS – CEJURPS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

ACESSO À JUSTIÇA E CUSTAS JUDICIAIS. DA ISENÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA.

EVANDRO VOLMAR RIZZO

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientadores: Professores Doutores Alessandra Silveira e Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto

Itajaí-SC
2015

AGRADECIMENTOS

A conclusão deste estudo não seria possível sem um conjunto de pessoas que me apoiaram ao longo destes meses.

Aos amigos, que compartilharam as angústias e travaram uma luta solidária contra desânimo com palavras e mensagens cheias de entusiasmo.

Aos familiares, que entenderam meu afastamento momentâneo em razão da necessidade de dedicação à pesquisa nos finais de semana.

Aos meus Orientadores, pela disponibilidade, paciência e confiança demonstradas ao longo desta etapa que, de tão complicada, nunca seria possível sem o total apoio que me prestaram.

**À minha esposa e ao meu filho, pela dedicação e
pelo amor incondicional.**

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, julho de 2015.

Evandro Volmar Rizzo,
Mestrando.

APROVAÇÃO

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADIN	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADO	Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão
CESC	Constituição Estadual de Santa Catarina
CPC	Código de Processo Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
CTN	Código Tributário Nacional
EC	Emenda Constitucional
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
ISS	Imposto sobre serviços de qualquer natureza
LC	Lei Complementar
NCPC	Novo Código de Processo Civil
PJUE	Poder Judiciário da União Europeia
Rcl	Reclamação
RCP	Regulamento das Custas Processuais
RMS	Recurso Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJSC	Tribunal de Justiça de Santa Catarina
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
U.E.	União Europeia

ROL DE CATEGORIAS

Categorias que o autor considera estratégicas para a sua pesquisa, juntamente com seus respectivos conceitos operacionais:

Acesso à justiça: “Direito fundamental do cidadão de resolver seus conflitos e reivindicar seus Direitos sob os auspícios do Estado”¹.

Dignidade humana: princípio moral segundo o qual o ser humano deve ser tratado como um fim em si e, jamais, meramente como um meio que visa a um fim distinto e externo a ele mesmo².

Direito fundamental: “é reservado para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele caracteriza em garantias de uma convivência digna, livre e igual a todas as pessoas. No qualitativo “fundamentais”, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concretamente e materialmente efetivados”³.

Tributo: “[...] o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)”⁴.

Isenção: instituto de Direito Tributário que suspende a exigibilidade do crédito tributário⁵.

¹ Paráfrase de CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988, p. 8. Título original: “Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report”.

² KANT, Immanuel. **A metafísica dos Costumes**. 2ª ed. Tradução: Edson Bini. Título original: *Die Metaphysik der Sitten*. Bauru: Edipro, 2008, p. 29.

³ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37 ed., rer. e atual. [até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013]. São Paulo. Malheiros, 2014, p. 180.

⁴ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 172.

⁵ PAULSEN, Leandro. **Direito tributário: Constituição e Código Tributário a luz da doutrina e da jurisprudência**. 12. e.d. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2010, pg. 1209.

SUMÁRIO

RESUMO.....	9
ABSTRACT.....	10
INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO 1	12
O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL	12
1.1. PLANO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	12
1.2. O DIREITO FUNDAMENTAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS PRINCÍPIOS QUE DELE DECORREM.....	20
1.3. O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA COMO SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO E DIVISÍVEL	31
CAPÍTULO 2	38
AS CUSTAS JUDICIAIS E A SUA CONFIGURAÇÃO COMO TAXA JUDICIÁRIA.....	38
2.1. O TRIBUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO: ESPÉCIES.....	38
2.2. ASPECTOS DESTACADOS DA TAXA COMO ESPÉCIE TRIBUTÁRIA E SUAS ESPECIFICIDADES COMO CUSTAS JUDICIAIS	45
2.3. FORMAS DE NÃO INCIDÊNCIA E DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO	51
CAPÍTULO 3	57
DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA: EM BUSCA DA EFETIVIDADE.....	57
3.1. ACESSO À JUSTIÇA E A ISENÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E EM PORTUGAL: APONTAMENTOS.	57
3.2. AS FORMAS DE ACESSO À JUSTIÇA GRATUITO NO DIREITO BRASILEIRO	66
3.3. A AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA E A INTERPRETAÇÃO NA CONCESSÃO DE ISENÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA	73
CONSIDERAÇÕES FINAIS	86
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	93
ANEXO – DIRECTIVA 2003/8/CE	100

RESUMO

As atividades do Estado são fomentadas por meio dos tributos arrecadados dos contribuintes. O acesso à justiça está inserido entre os direitos fundamentais do cidadão e a prestação jurisdicional está inserida na prestação de serviço público e, afora os casos legais de gratuidade, é remunerada mediante taxa judiciária e se submete aos preceitos jurídicos tributários, emergindo, da condição de crédito tributário, os atributos de direito indisponível e matéria de ordem pública. Sob essa ótica, tem-se a Constituição da República Federativa, que exige comprovação de insuficiência de recursos para concessão da gratuidade da justiça, sobrepondo-se à Lei n. 1.060/50 e às disposições do Novo Código de Processo Civil, além do próprio ordenamento jurídico que disponibiliza aporte jurídico para uma análise coerente do instituto.

Palavras-chave: Justiça gratuita. Isenção. Controle judicial.

ABSTRACT

The activities of the State are promoted through taxes collected from taxpayers.

Access to justice is a citizen's fundamental right, and legal assistance is embedded in the public service. Apart from legal cases of gratuitousness, that assistance is paid by legal fees and obeys tax legal precepts, and the attributes of undisposable right and matter of public policy emerge from the tax credit condition. Under this perspective, there is the Federal Constitution, which requires proof of insufficient resources for granting gratuitous justice, overriding the Law n. 1,060/50 and the provisions of the New Civil Procedure Code, in addition to the legal system that provides legal contribution for a coherent analysis of the institute.

Keywords: Gratuitous justice. Exemption. Judicial control.

INTRODUÇÃO

As atividades do Estado consomem recursos e são fomentadas por meio dos tributos adimplidos pelos contribuintes. Dentre as espécies de tributos e sua correlação com os serviços prestados, vamos analisar a prestação jurisdicional e a taxa judiciária, mormente aspectos destacados acerca do instituto na isenção de pagamento aos desprovidos de recursos. A taxa judiciária está inserida entre as espécies de tributos e está relacionada com a prestação do serviço público, desconsideradas, portanto, outras despesas não vinculadas diretamente com a atividade estatal propriamente dita.

Destarte, salvo nos casos de gratuidade decorrente de lei⁶, todas as outras ações ajuizadas na justiça comum importam no recolhimento da taxa judiciária ou na isenção de pagamento, cuja deliberação fica a cargo do magistrado no momento de despachar a petição inicial.

Alguns entendem que a concessão desafia apenas a declaração de carência preconizada na Lei 1.060/50; outros, por sua vez, após o advento da Constituição Federal da República, exigem, nos termos do art. 5º, inc. LXXXIV, a comprovação de insuficiência de recursos.

Cumprе ressaltar que o Novo Código de Processo Civil mantém a lógica atual e não resolve as questões cruciais da divergência jurisprudencial. Aliás, a divergência não é sobre os fatos ou sobre o direito, mas essencialmente acerca da melhor interpretação aplicável dentro da lógica do ordenamento jurídico.

Nesse viés, vamos estabelecer a diferença entre os institutos da justiça gratuita e assistência judiciária gratuita, bem como as suas naturezas jurídicas para sopesar a possibilidade de controle judicial na concessão da benesse em face de suas características.

⁶ As causas da infância e juventude, art. 141 da Lei 8.069/90; ações acidentárias, art. 129, inc. II, da Lei 8.213/91; e as ações do juizado especial cível no primeiro grau de jurisdição, art. 55 da Lei 9.099/95 Disponível em: www2.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013.

CAPÍTULO 1

O DEVIDO PROCESSO LEGAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

1.1. PLANO GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sabe-se que os direitos fundamentais começaram com o crescimento do cristianismo na Europa, o qual introduziu a ideia de pessoa humana. Posteriormente, consolidaram-se como instituto com as teorias contratuais, que subordinavam o Estado ao indivíduo, sendo incorporados no *Bill of Rights* da Virginia em 1776 e na Declaração do Homem e do Cidadão da França em 1789.

As primeiras conquistas de direitos frente ao Estado, baseadas no contratualismo e simbolizadas pela carta Carta Magna, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões, na Inglaterra, representaram um cunho negativo e uma abstenção do Estado frente ao cidadão. O rol de direitos dessa geração são aqueles de inspiração jusnaturalistas, essencialmente o direito à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade formal. Também foi incluída nesse rol, posteriormente, mostrando a relação direta entre direitos fundamentais e democracia, a liberdade de expressão coletiva e de participação política. Com a Revolução Industrial, os problemas sociais e econômicos revelaram-se como impeditivos ao gozo efetivo dos direitos de liberdade e igualdade consagrados, atribuindo-se ao Estado, nesta segunda geração de direitos, a obrigação de realização da justiça social. A liberdade não é mais questão de não intervenção do Estado, mas de atuação dele para efetiva liberdade, “não se cuida de liberdade do e perante o Estado, e sim de liberdade por intermédio do Estado”⁷.

Em verdade, os direitos fundamentais romperam com a prática da coisificação do homem e inverteram a lógica para colocar o homem como finalidade do Estado; não como meio para determinados fins⁸. Esse processo decorreu

⁷ SARTET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 47.

⁸ Vale dizer, se o fim da Segunda Guerra Mundial significou a primeira revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, impulsionando a criação de órgãos de monitoramento internacional bem como a elaboração de tratados de proteção dos direitos humanos – o que compõem os sistemas global e regional de proteção –, o fim da Guerra Fria significou a segunda

principalmente pela adoção dos direitos fundamentais como um núcleo intangível na maioria das legislações ocidentais a partir da orientação e fiscalização internacionais sobre os Estados nacionais⁹.

A Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu, no título II, os Direitos e Garantias Fundamentais e subdividiu-os em cinco capítulos. Entre os artigos 5º e 17, estão previstos, respectivamente, os direitos ligados ao conceito da pessoa humana e à sua personalidade; aqueles direitos ligados às liberdades positivas dos indivíduos; direitos de nacionalidade, tornando o indivíduo componente do povo; direitos políticos que permitem o exercício da cidadania e, por fim, direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos como instrumentos necessários ao Estado Democrático de Direito¹⁰.

As espécies de direitos fundamentais estão vinculadas às funções exercidas por eles e, “de acordo com parâmetros desenvolvidos especialmente na doutrina e na jurisprudência alemãs e recepcionadas pelo direito luso-espanhol, tais como o direito de defesa (liberdade e igualdade), os direitos de cunho prestacional”¹¹, esses direitos possuem características próprias dentre as quais

revolução no processo de internacionalização dos direitos humanos, a partir da consolidação e reafirmação dos direitos humanos como tema global [...]. Nas palavras de Cançado Trindade: “Com a interação entre o Direito Internacional e Direito interno, os grandes beneficiários são as pessoas protegidas (...). No presente contexto, O Direito Internacional e o Direito interno interagem e se auxiliam mutuamente no processo de expansão e fortalecimento de proteção ao ser humano”. Em face dessa interação o Brasil assume, perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo e situações de emergência, um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis. Aceita ainda que essas obrigações sejam fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, mediante uma sistemática de monitoramento efetuada por órgãos supervisão internacional [...] (PIOVEZAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo: 2013, p. 372 e 379).

⁹ “Os direitos fundamentais, como resultado da personificação e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tronam necessárias (necessidade que se faz sentir de forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo” (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2007. p. 72).

¹⁰ SILVA, Flavia Martins André de. **Os direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos. Esses direitos advêm da própria natureza humana, daí seu caráter de inviolável, intemporal e universal (dimensão jusnaturalista-universalista)**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em 22.12.2014.

¹¹ SARTET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 28.

destacamos: a universalidade, a historicidade, a inalienabilidade, a vedação de retrocesso e a interdependência¹².

A universalidade dos direitos e garantias fundamentais vincula-se ao princípio da liberdade, conduzido pela dignidade da pessoa humana. Tais direitos devem possuir como sujeito ativo todos os indivíduos, independente da raça, credo, nacionalidade, convicção política, a coletividade jurídica em geral, e podem ser pleiteados em qualquer foro nacional.

A historicidade dos direitos fundamentais emerge da noção de que eles não nasceram de uma única vez, sendo fruto de uma evolução e desenvolvimento histórico e cultural. A inalienabilidade dos direitos fundamentais advém do fato de serem desprovidos de conteúdo econômico-patrimonial, são intransferíveis, inegociáveis e indisponíveis, estando fora do comércio, limitando o princípio da autonomia privada. Tal inalienabilidade resulta da dignidade da pessoa humana, sendo que o homem jamais poderá deixar de ser homem, tendo sempre os direitos fundamentais como alicerce para garantia de tal condição.

A vedação de retrocesso impõe a impossibilidade de um retrocesso, atuando como critério de aferição da legitimidade do conteúdo da norma ou conduta. Essa característica impede a revogação de normas garantidoras de direitos fundamentais e impede a implementação de políticas públicas de enfraquecimento de direitos fundamentais. Por fim, com a interrelacionaridade, afirma-se que os mecanismos para assegurar a inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais passaram a ter abrangência global. Por meio dessa característica, a pessoa poderá optar por qual âmbito de proteção deseja para assegurar a inviolabilidade do seu direito fundamental.

Importa ressaltar que a própria Constituição Federal brasileira adotou, no que se refere à característica da constitucionalização, a nomenclatura de direitos fundamentais como gênero dos quais os demais são espécies e/ou categorias (direitos e deveres individuais e coletivos – Capítulo I; os direitos sociais – Capítulo II; a nacionalidade – Capítulo III; os direitos políticos; Capítulo IV), bem como abertura material do catálogo em matéria de direitos e garantias fundamentais (CRFB, art. 5, § 2º).

¹² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 142/154.

Na realidade, segundo Barroso, “o direito existe para realizar-se. O Direito Constitucional não foge a esse desígnio”¹³; portanto, a problemática reside na eficácia das normas¹⁴.

Todavia, adverte o renomado autor, sob inspiração francesa, a América Latina, de maneira geral, enfatizou o estudo da parte orgânica e da discussão sobre as instituições políticas, negligenciando sua parte dogmática de visualizar a Constituição como carta de direitos e de instrumentação de sua tutela.

Cabe referir que a Constituição organiza as formas de assunção e de exercício do poder político, define os direitos e garantias do povo e estabelece os programas e princípios a serem alcançados pelo Poder Público; portanto, as normas constitucionais, sob aspecto material, podem ser agrupadas em categorias que seguem: normas de organização, normas definidoras de direitos e normas programáticas¹⁵.

Em suma, as normas geradoras de direito subjetivo aos destinatários seriam aqueles definidoras de direitos passíveis de invocação pelos destinatários. As normas de organização e as normas programáticas, por sua vez, geram essa possibilidade; porém, as de organização somente viabilizariam a invocação pelo interessado em face de usurpações indevidas de competências definidas no texto constitucional, enquanto as programáticas gerariam somente uma imposição de abstenção de comportamentos contrários aos sinalizados no texto constitucional como finalidades a serem alcançadas pelo Estado.

O Estado deve dar efetividade ao gozo dos direitos e garantias fundamentais, por isso, além das obrigações de não fazer, os direitos fundamentais também se traduzem em obrigações de fazer, fundadas em obrigações de solidariedade à sociedade por meio do ente estatal.

Não fosse essa obrigação de efetividade, os direitos fundamentais não passariam de meras declarações e letras mortas previstas em lei, ou seja, além de serem imediatamente aplicáveis, devem ter a máxima efetividade possível.

¹³ BARROSO. Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 254.

¹⁴ Sobre a classificação e eficácia das normas constitucionais:

¹⁵ BARROSO. Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 255.

Ocorrendo uma violação individual em sede de direito subjetivo, o prejudicado pode exercer o direito de ação previsto, genericamente, no art. 5º, XXXV, da CRFB.

Os direitos fundamentais estão diretamente relacionados ao princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶, mormente aqueles relacionados a prestações positivas, e alinham-se aos valores fundamentais do Estado Democrático de Direito da liberdade e da igualdade. Não basta declarar direitos e preconizar que todos são iguais perante a lei; precisa-se, de fato, que todos possam desfrutar das mesmas oportunidades.

Aliás, ressalta-se que “as garantias fundamentais asseguram ao indivíduo a possibilidade de exigir dos Poderes Públicos o respeito ao direito que instrumentalizam”¹⁷, inexistindo relevância prática na distinção em face do tratamento isonômico conferido por nossa ordem constitucional.

O Estado, na configuração atual, deixou de ser apenas um garantidor e protetor dos direitos, passando à obrigação de zelar pelas condições mínimas para o exercício da liberdade e da autonomia. Ademais, assumiu as tarefas de redistribuição de riquezas, de prestação de serviços públicos essenciais, de regulamentação e racionalização da economia, de melhoria das condições de vida e justiça social.

Existe um dever de abstenção do Estado que, combinado com deveres de atuação positiva, dá origem à existência de direitos negativos e positivos, ambos orientados pelo respeito à vida digna do indivíduo. No que tange aos direitos negativos, esses dizem respeito a uma esfera de liberdade do cidadão. Em relação aos direitos positivos, podemos classificá-los em sentido amplo e restrito.

¹⁶ “[...] Descobrir características básicas dos direitos fundamentais, contudo, não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se importante para resolver problemas concretos. O esforço é necessário para identificar direitos fundamentais implícitos ou fora do catálogo expresso da Constituição [...]. Os direitos e garantias fundamentais, em sentido material, são, pois, pretensões que, em cada momento histórico, se descobrem a partir da perspectiva do valor da dignidade humana. O problema persiste, porém, quanto a discernir que pretensões podem ser capituladas como exigências desse valor. E aqui, em certos casos, a subjetividade do intérprete interfere decisivamente, mesmo que condicionada à opinião predominante, informadas pelas circunstâncias sociais e culturais do momento histórico”. (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 140).

¹⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 169.

Os denominados direitos fundamentais de prestações em sentido amplo – direito à proteção, procedimento e à organização – também só são respeitados pelo Estado quando este desenvolve ações no sentido de garantir a efetividade e o gozo dos direitos.

Nesse viés, encontramos nos direitos fundamentais de prestações em sentido estrito – os direitos sociais prestacionais, uma das questões mais sensíveis do Estado: a de garantir ao indivíduo condições materiais mínimas de vida digna. Isso porque ninguém faz escolhas livres enquanto não tiver atendidos os direitos mais básicos – alimentação, moradia, educação básica, etc.

Portanto, por meio dos poderes instituídos, deve assegurar ao indivíduo essas condições para o gozo da autonomia. Não há, nesse aspecto, usurpação de função de outros poderes quando algum deles atuar no sentido de concretizar o projeto constitucional, notadamente em sede de aplicação e efetividade dos direitos fundamentais.

Sarlet menciona que:

[...] cremos ser possível atribuir ao preceito em exame o efeito de gerar uma presunção em favor da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, de tal sorte que a recusa de sua aplicação em virtude da ausência de ato concretizador, deverá (por ser excepcional) ser necessariamente fundamentada e justificada, presunção esta que não milita em favor das demais normas constitucionais, que, como visto, nem por isso deixaram de ser imediatamente aplicáveis e plenamente eficazes, na medida em que não reclamarem uma interpositio legislatoris, além de gerarem, em qualquer hipótese – uma eficácia em grau mínimo. Isso significa, em última análise, que, no que concerne aos direitos fundamentais, a aplicabilidade imediata e a eficácia plena assumem a condição de regra geral, ressalvadas exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto [...]¹⁸.

A despeito de a tese da reserva do possível sustentar a necessidade de recursos disponíveis no orçamento para a sua implementação, a jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que o mínimo existencial, em determinadas matérias

¹⁸ SARTET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**, 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 271.

(educação, saúde, assistência social, etc.), prevalece diante da alegação das dificuldades financeiras e pode ser implementado pelo Poder Judiciário¹⁹.

Há um núcleo mínimo assegurado ao indivíduo, ainda que não regulamentado, para que viva dignamente em sede dos direitos sociais, não sendo possível, nessa esfera, a alegação de ausência de recursos para perpetuação da negligência estatal.

Dessa forma, as condições mínimas para o exercício da liberdade plena são deveres do Estado em relação ao indivíduo e, além da dimensão negativa, os direitos fundamentais são prestações a serem implementadas por meio dos poderes instituídos.

Aliás, a atuação dos poderes está umbilicalmente ligada à proteção dos direitos fundamentais, inclusive, reduzindo a discricionariedade – liberdade/opção de escolha – quando eles estiverem diante de interpretações que causem violações a essa sistemática.

Dessa forma, devem ser atribuídas aos direitos fundamentais a aplicabilidade imediata e eficácia plena, bem como ser dotadas de força vinculante e de proteção contra a tentação de mitigá-los ao enfraquecê-los em momentos de crise. Eles representam, no atual quadrante, a validade de atuação estatal no exercício das suas funções, ou seja, qualquer ação ou omissão em relação a esses valores pode representar responsabilidades no âmbito interno e externo.

Não se pode olvidar, outrossim, inexistirem direitos absolutos, e a doutrina especializada reconhece a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais ou mesmo de imposição de condições para o exercício²⁰.

Veja-se que a questão de gratuidade irrestrita é motivo de debates acalorados na doutrina, alguns sustentando a limitação material do Estado em fornecer irrestritamente bens em face da inexistência de “direito gratuito”; todavia, independentemente de se impor um ônus específico e direito aos que pretenderem usufruir de uma prestação, uns sustentam que os custos desses direitos de alguma

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF, **Ação Descumprimento de Preceito Fundamental** 45-9/DF. Min. Rel. Celso de Melo, j. 4.5.2004; RE 581352 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 29/10/2013; AI 477976 AgR/SP. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.09.2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27.01.2013.

²⁰ PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

já foram suportados pelo indivíduo na medida em que recolheu tributos de forma indireta, e pela sociedade por meio do princípio da solidariedade, consubstanciado na distribuição proporcional dos encargos e benefícios, e, por fim, um financiamento por parte de terceiros – justiça fiscal²¹.

Os direitos fundamentais sociais, alinhados com o mínimo existencial, permitem uma liberalidade maior de atuação coordenada entre os poderes para alcançar os objetivos fundamentais estabelecidos na Carta Política, mormente de constituir uma sociedade livre, justa e solidária.

Ressalta-se que, em matéria de direitos fundamentais sociais, a atuação do Poder Judiciário em implementar determinados prestações se legitima pelos valores sociais submetidos à apreciação – saúde, educação, moradia, etc. Não obstante possam ser discutidas as formas pelas quais ocorrem essas implementações de direitos pelo Poder Judiciário e maneiras de torná-las mais eficientes, não há, propriamente, uma afronta ao princípio da separação e harmonia dos poderes em face do próprio sistema de aplicação imediata e eficácia plena que emerge do texto constitucional.

Por sua vez, os denominados direitos fundamentais de prestações em sentido amplo – direito à proteção e participação na organização e procedimentos, que também desafiam uma atuação positiva do ente estatal e, apesar da regra geral da aplicabilidade imediata e eficácia plena, tendem muito mais a uma atuação suplementar do que aqueles elencados no rol dos direitos sociais.

Ressalta-se, aqui, primeiramente, a necessidade de atuação do detentor da competência e/ou a sua instigação para atuar, sob pena de, em caso de mora, legitimar a atuação atípica do outro ente estatal que *a priori* não detinha a competência.

Há direitos fundamentais que dependem – direitos fundamentais à organização e ao procedimento –, “na sua realização, tanto de providências estatais com vistas à criação e conformação de órgãos, setores ou repartições (direito à organização) como de outras, de índole normativa, destinadas a ordenar a fruição de

²¹ SARTET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. Atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 330.

determinados direitos e garantias, como é caso das garantias processuais-constitucionais”²².

O Estado tem o dever de atuar para assegurar as condições necessárias ao exercício livre da autonomia porque ninguém decide livremente sem condições de vida digna, quando lhe falta o essencial para sua sobrevivência. Assim, além de um espaço de liberdade, impondo uma abstenção estatal, há obrigações positivas no sentido material e no sentido formal – organização e procedimento – a fim de tutelar os interesses dos destinatários dos direitos fundamentais.

Cabe observar que os direitos fundamentais da pessoa humana representam os valores mais essenciais a serem preservados pela sociedade e pelo Estado para propiciar um espaço efetivo de liberdade – por meio de condições materiais mínimas –, de segurança e justiça, realizáveis por meio do devido processo legal e dos meios a ele inerentes.

Em última análise, os direitos fundamentais servem para assegurar ao indivíduo seus direitos materiais fundamentais; servem para garantir a autonomia das pessoas frente ao Estado e aos seus semelhantes. Na verdade, quando o Estado protege o exercício de um direito fundamental, significa que os órgãos responsáveis pela proteção têm de escolher as vias que considerem mais adequadas para proceder à proteção mais efetiva possível, sem colocar em causa a prossecução de outros bens e valores a que também estão obrigados a observar por força de disposições legais.

1.2. O DIREITO FUNDAMENTAL DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E OS PRINCÍPIOS QUE DELE DECORREM

A origem do princípio do devido processo legal é atribuída ao art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215, na Inglaterra, por João Sem Terra aos seus

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 638.

Barões, identificada a cláusula como *law of the land*. A expressão *due process of law* foi utilizada pela primeira vez por Eduardo III, em 1354, também na Inglaterra²³.

Emerge que a locução “devido processo legal” fora traduzida da expressão inglesa *due process of law*. *Law*, porém, nesse contexto, significa Direito, e não lei. “[...] ‘Legal’, então, é adjetivo que remete a ‘Direito’, e não a Lei”²⁴.

O Direito, aqui, deve ser entendido como o direito objetivo, traduzido no conjunto de normas jurídicas vigentes em um país que o Estado torna incondicionais e coercitivas para regular a convivência social²⁵. Estão previstos na Constituição Federal os princípios constitucionais, ao que se denomina de Direito Processual Constitucional. São encontradas no texto constitucional também normas sobre a fiscalização constitucional dos atos normativos estatais, formando o Direito Constitucional Processual.

O devido processo legal deve ser observado porque “em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma, mas deve atuar de uma específica forma, de acordo com regras preestabelecidas [...]”²⁶, devendo, por isso, ser previamente definido em lei, possibilitando o controle judicial das ações e omissões estatais²⁷.

Cumprе ressaltar que esse Direito objetivo deve ser considerado a partir da normatividade dos princípios²⁸ e da integridade do sistema²⁹, vislumbrando-se,

²³ FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 314.

²⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1, p. 45.

²⁵ MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000, p. 30.

²⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil: teoria geral de processo civil**. 6 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

²⁷ “[...] É preciso também ter presente que a garantia do devido processo legal não se reduz à ideia-força “contraditório-ampla defesa”, mas comporta subprincípios, também de extração constitucional, como a presunção de inocência, a anterioridade da lei penal e a retroação da mais benigna, a vedação de tribunais de exceção, constituídos pos factum, o juiz natural, a liberdade probatória, e, sobretudo, o tratamento isonômico entre as partes. Todo esse contexto sujeita-se, ainda, ao princípio da eficiência no serviço público (CF, art. 37), que inclui a qualidade da prestação jurisdicional a quem dela necessite. Uma resposta judiciária de qualidade há de ser justa, jurídica, econômica, tempestiva, razoavelmente previsível e idônea a assegurar a fruição efetiva do direito, valor ou bem da vida outorgados no julgado à parte assistida pelo bom direito [...]. A cláusula *due process of law* (emendas V e XIV à Constituição norte-americana) assegura que ninguém pode ser provado da vida, da liberdade ou propriedade sem ser ouvido e defendido numa justa relação processual, desenvolvida perante um juiz isento e competente [...]” (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 300/301) .

²⁸ “Nos últimos anos, todavia, ganhou curso generalizado uma distinção qualitativa ou estrutural entre regra e princípio, que veio a se tornar um dos pilares da moderna dogmática constitucional,

assim, a superação da legalidade estrita, onde imperava a regra da previsibilidade dos efeitos jurídicos pretendidos, no jogo do tudo ou nada. Nessa nova concepção, o conceito de legalidade deve ser alargado para incluir os princípios dentro do conceito de ordenamento jurídico.

Por conseguinte, o processo é o caminho para se chegar a um determinado fim, de modo que cada ente estatal deve observá-lo no seu processo de atuação. Assim, “as leis, após o processo normativo; as normas administrativas após um processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional”³⁰.

No Brasil, as fontes do devido processo legal são as leis, sendo que a União possui a competência privativa para legislar sobre Direito Processual (CRFB, art. 22, I). Os Estados, por sua vez, têm competência para suplementar a legislação federal sobre procedimentos bem como sobre a criação, o funcionamento e o processo do juizado de pequenas causas (CRFB, art. 24, X e XI).

Cada uma das Justiças brasileiras possui capacidade de auto-organização, elaborando suas leis de organização judiciária e fixando a competência dos órgãos jurisdicionais mediante a edição de leis estaduais – Códigos de Normas. Os regimentos internos dos tribunais são os conjuntos de normas que regem o funcionamento interno da corte, especificando a composição e a competência de seus órgãos fracionários, a distribuição dos processos aos seus membros, etc³¹.

indispensável para a superação do positivismo legalista, onde as normas se cingiam a regras jurídicas. A constituição passa a ser encarada como um sistema aberto de princípios e regras, permeável por valores suprapositivos, no qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central”. (BARROSO. Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 337/338).

²⁹ Sobre o tema: DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007. Conceito operacional de sistema: “equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento surgirem normas incompatíveis, uma delas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, que dizer que as normas de um ordenamento têm uma relação entre si, essa relação é a relação de compatibilidade, que explica a exclusão de incompatibilidade. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 86).

³⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1, p. 45.

³¹ Além dessas fontes primárias do Direito Processual, há as fontes subsidiárias, estas definidas como mecanismos de integração do Direito, a serem utilizados quando não houver norma expressa a que se subsuma ao caso concreto. São elas, nos termos dos arts. 4º da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro e 126 do atual CPC: costume, analogia, princípios gerais dos direitos e equidade. Costume é uma conduta socialmente tida por obrigatória, apesar de não constar expressamente da

Se os direitos fundamentais servem para garantir materialmente os direitos mais essenciais das pessoas, o devido processo legal serve de instrumento para a efetivação desses direitos. Esse processo funciona como uma dupla garantia ao indivíduo, pois atua no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, e, no aspecto formal, assegura paridade total de condições com o Estado e plenitude de defesa³².

Destarte, na dimensão formal, o processo é o ambiente propício para que os direitos sejam (re) estabelecidos, observadas ainda as garantias a ele inerentes, servindo como contracautela do indivíduo. Já, no âmbito material, as ações estatais e particulares devem atuar sempre no sentido de não violar os direitos materiais expressos na norma de regência, sob pena de responsabilidade.

Humberto Theodoro Júnior adverte:

Diante dessas ideias, o processo justo, em que se transformou o antigo devido processo legal, é o meio concreto de praticar o processo judicial delineado pela Constituição para assegurar o pleno acesso à Justiça e a realização das garantias fundamentais traduzidas nos princípios da legalidade, liberdade e igualdade.³³

Na Constituição brasileira, o devido processo legal está inserido entre os direitos fundamentais ao procedimento e à organização, sendo necessária a intervenção dos entes estatais para uma proteção suficiente, uma vez que comportamento contrário afronta ao próprio sistema de direitos fundamentais. Cumpre ressaltar que nem sempre foi assim. Antes da Carta Política de 1988, o devido processo legal figurava em terras brasileiras apenas por aplicabilidade do instituto de Direito comparado, cuja inspiração era americana em razão do melhor sentido aplicado ao conceito.

Por conseguinte, nos moldes do Estado Democrático de Direito, o processo deverá contemplar, no procedimento, outros princípios, a saber, dentre

lei, e cuja inobservância acarreta a imposição de uma sanção jurídica. Consiste a analogia em aplicar a um caso não expressamente regulamentado pela norma, uma regra que se destina a disciplinar caso similar. Trata-se de solução integrativa que tem se preferido às demais, pois busca colmatar a lacuna legislativa com uma norma interna ao sistema. Os princípios são normas jurídicas dotadas de maior grau de abstração e maleabilidade, que servem de vetores introdutórios, no mundo jurídico, dos valores predominantes no meio social. Equidade pode-se dizer que é superficialmente a *justiça do caso concreto*.

³² MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 105.

³³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 54 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 30.

outros, os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI), juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), duração razoável do processo (art. 5º LXXVIII), acesso à justiça (art. 5º, XXXV)³⁴.

O rol de princípios decorrentes consolida o devido processo legal “como “princípio-síntese” ou “princípio de encerramento” de todos os valores e concepções do que se entende por um processo justo e adequado, isto é, como representativo suficiente de todos os demais indicados pela própria Constituição Federal”³⁵. Eles servem de contracautela do indivíduo contra os arbítrios, as ingerências indevidas, as omissões em um espaço de segurança necessário à efetivação da liberdade.

Entretanto, nem sempre foi assim. O atual quadrante de configuração do devido processo legal foi resultado da evolução da sociedade de modo geral, tal como ocorreu com o princípio da liberdade e da igualdade: inicialmente, apenas um aspecto formal fora garantido e, noutro momento, transformou-se em substancial – efetivo.

Nesse processo evolutivo, os institutos agregam outros valores aos já existentes, formando um bloco consolidado de salvaguarda dos direitos do indivíduo frente ao Estado e seus semelhantes.

Aliás, não há gradações entre os direitos fundamentais, existindo, verdadeiramente, uma interdependência e equivalência entre eles. Não há como pensar o devido processo legal sem incluir o contraditório e a ampla defesa ou o acesso à justiça. Tampouco o inverso é possível.

Por conseguinte, todas as decisões aptas a produzirem efeitos na esfera jurídica de *outrem* devem observar os princípios do devido processo legal, contraditório, ampla defesa, acesso à justiça, etc., isso porque a observância desse bloco de valores consolidados legitima as ações tomadas.

Devemos pensar o devido processo legal e as garantias a ele inerentes como engrenagens acopladas em um sistema que deve funcionar em harmonia; a ruptura de uma das engrenagens compromete o equilíbrio e o funcionamento do

³⁴ “Todas essas normas, princípios e regras são concretizações do devido processo legal e compõem seu conteúdo mínimo. DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodium, 2013. v. 1, p. 49.

³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil: teoria geral de processo civil**. 6 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 143.

sistema como um todo. Por isso, faz-se necessária uma análise breve de alguns desses componentes para perceber a essencialidade deles no funcionamento do sistema.

O direito do contraditório está expresso no inciso LV do art. 5º da CRFB, segundo o qual “aos litigantes em judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes”. De acordo com a doutrina, o núcleo duro do princípio do contraditório é composto do binômio: ciência x resistência ou informação x reação. Aquela impositiva, esta facultativa. É por influência da hermenêutica dos direitos fundamentais – realização dos valores mais relevantes ao Estado – que se fala em “legitimação pelo contraditório e pelo devido processo legal”, evidenciando-se com isso que as manifestações do Estado – “todos os entes estatais, não só o Estado-juiz – serão tanto mais legítimas quanto maior for a possibilidade de os destinatários agirem sobre suas decisões, que têm caráter imperativo e vinculante, e poderem se manifestar para influenciar a autoridade competente antes de ela decidir”³⁶.

No que tange à vedação de produção de provas ilícitas (art. 5º, LVI), afronta direta aos direitos individuais, cumpre salientar que são uma das espécies de provas ilegais, produzidas com violação do direito material – tortura; as provas ilegítimas, por sua vez, são produzidas com violação do direito processual³⁷.

Por outro lado, o princípio do juiz natural está previsto nos incisos XXXVII e LII da CRFB: “não haverá juízo ou tribunal de exceção” e “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Tradicionalmente, estabelece-se a relação entre a autoridade competente que deve preexistir à prática do fato, não podendo ser criado um tribunal específico para julgar determinados casos após as suas práticas e/ou para julgar apenas um fato. Outrossim, a competência do juiz natural deverá estar prevista em lei.

O princípio da duração razoável do processo pode ser resumido na célebre frase de Rui Barbosa de que a justiça tardia nada mais é do que a injustiça institucionalizada, mas acrescente-se ao verbete a ponderação de que a resolução do processo não deve ser apressada. Nesse diapasão, o art. 5º, LXXVIII é expresso

³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil: teoria geral de processo civil**. 6 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 149.

³⁷ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 109.

no sentido de garantir a duração razoável do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O acesso à justiça está inserido na categoria dos direitos fundamentais à prestação jurídica, consistindo, basicamente, na imposição normativa ao Estado de editar normas de proteção ao bem jurídico definido como fundamental ou normas de organização e de procedimento. O acesso à justiça figura entre os direitos à organização e ao procedimento.

Nesse sentido, “o direito à organização e ao procedimento envolve não só a exigência da edição de normas que deem vida aos direitos fundamentais, como também a previsão de que elas sejam interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam”³⁸.

As lições das três ondas do acesso à justiça proposta por Capelletti são o retrato do comportamento necessário de atuação/interpretação em prol dos direitos fundamentais. Em um primeiro momento, segundo o autor, cabe disponibilizar acesso à justiça de forma universal, haja vista inexistirem direitos de bagatela. Depois, devemos tutelar aqueles direitos que não se encontram individualizados em alguém, aqueles que não possuem fruição individualizada – meio ambiente, moralidade, etc. Por fim, as alternativas em relação ao processo como instrumento de realização do direito material. Por sua vez, não basta assegurar o acesso efetivo ao Poder Judiciário, mas “que a atuação jurisdicional possa tutelá-lo adequada e eficazmente, realizando-o no plano externo ao processo, no plano material”³⁹.

Dessa forma, aquele que quiser interferir de forma legítima na esfera de direitos de outrem deverá observar o devido processo legal e as garantias a ele inerentes. Quando alguém atua de forma arbitrária, por ação ou omissão, a correção deve ser individualmente por meio do exercício de ação, cujo direito está genericamente previsto no art. 5º, XXXV.

Por sua vez, quando falamos de ações e omissões inconstitucionais, essas se submetem aos mecanismos próprios de controles difusos e concentrados,

³⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 160.

³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil: teoria geral de processo civil**. 6 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

mas devem também observar necessariamente o devido processo legal e os princípios a ele inerentes.

No Brasil, o controle das omissões será exercido quando houver necessidade de atuação do poder competente em relação às normas constitucionais de eficácia limitada, ou seja, será exercido contra norma prevista na CRFB, que determinou um programa/ação ou instrutiva, mas, no plano concreto, no mundo dos fatos, são desprovidas de efetividade.

A decisão proferida no controle concentrado será promulgada e seus efeitos serão de eficácia vinculante e *erga omnes*. O controle concentrado das normas federais é exercido pelo STF e a ADO está regulamentada na Lei 9.868/99, tutelando a força normativa da Constituição. Por sua vez, o mandado de injunção é um instrumento jurídico que pode ser utilizado por qualquer cidadão e deverá ser concedido sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (inciso LXXI do artigo 5º da CRFB)⁴⁰.

Alteram-se os legitimados e os objetos das ações, mas não deve mudar a observância ao devido processo legal. Seja a atuação de um dos poderes constituídos em relação ao indivíduo, seja entre particulares, a atuação deve estar pautada neste bloco de valores inerentes à validade de atuação.

⁴⁰ Segundo o ministro Celso de Mello, do STF, o mandado de injunção permite que o Poder Judiciário, de forma geral, e o STF, em particular, “supra, preencha as omissões atribuíveis aos outros poderes da República, omissões inconstitucionais”. Para o ministro, há formas diferentes de se afrontar o texto constitucional, seja por ação ou por omissão. “Viola-se de maneira positiva a Constituição mediante ação, fazendo-se aquilo que a Constituição proíbe, mas viola-se negativamente a Constituição, portanto por inércia, por omissão, deixando-se de fazer aquilo que a Constituição determina e impõe”, explica Celso de Mello. Ao apreciar o caso relativo à falta de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, previsto no artigo 37, inciso VII da Constituição, mas ainda não regulamentado por lei específica, o STF decidiu que, enquanto não for elaborada tal regulamentação, valem as regras previstas para o setor privado (Lei nº 7.783/89). Naquele julgamento, no dia 25 de outubro de 2007, o ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto, afirmou que não era aceitável e razoável a falta de regulamentação do direito de greve no serviço público por parte do Congresso Nacional. Avaliou o ministro que é dever do STF dar efetividade às cláusulas constitucionais e que, no caso, “a inércia arrasta consigo a descrença na Constituição Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão é cabível para tornar efetiva norma constitucional em razão de omissão de qualquer dos Poderes ou de órgão administrativo. A Constituição Federal possui grande amplitude de temas, e algumas normas constitucionais necessitam de leis que a regulamentem. A ausência de lei regulamentadora faz com que dispositivos da Constituição fiquem sem produzir alguns efeitos. A ADO tem o objetivo de provocar o Judiciário para que seja reconhecida a mora na produção da norma regulamentadora por parte do poder originariamente competente e este será cientificado de que a norma precisa ser elaborada. Se for atribuída a um órgão administrativo, o Supremo determinará a elaboração da norma em até 30 dias. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 12.02.2015.

Não há, contudo, a possibilidade de o legislador antever todas as necessidades do direito material, e determinadas situações apenas são reveladas no caso concreto. Dessa forma, o legislador, nos últimos tempos, tem editado “normas processuais abertas, voltadas a permitir a concretização das técnicas processuais adequadas ao caso concreto”⁴¹.

Não se pode desconsiderar a divisão de funções entre os poderes constituídos, mas deve ser igualmente considerada a possibilidade de desempenho, sob o aspecto material, de funções que tradicionalmente seriam estanques e a atuação de todos deve ser em prol da proteção dos valores mais essenciais ao sistema⁴².

Todavia, nas lições de Theodoro Júnior,

A justiça que se busca alcançar no processo não é, naturalmente, aquela que a moral visualiza no plano subjetivo. É, isto sim, a que objetivamente corresponde à prática efetiva das garantias fundamentais previstas na ordem jurídica constitucional, e que, de maneira concreta se manifesta como o dever estatal de “assegurar tratamento isonômico às pessoas, na esfera das suas atividades privadas e públicas”. Proporcionar justiça, em juízo, consiste, nada mais nada menos, que (i) distribuir igualmente “as limitações da liberdade”, para que todos tenham protegida a própria liberdade, e (II) fazer com que, sem privilégios e discriminações, seja dispensado tratamento igual a todos perante a lei. Na verdade, a garantia de justiça traça “uma diretriz suprema”, projetada pelos sistemas jurídicos “para figurar no subsolo de todos os preceitos, seja qual for a porção da conduta a ser disciplinada”. No universo dos princípios, nenhum outro o sobrepuja, justamente porque todos trabalham em função dele, o qual, em última análise, se apresenta como um valor síntese, ou um “sobre princípio fundamental, construído pela conjugação eficaz dos demais princípios”. [...] Enfim, não há dois devidos processos legais, mas um só e único, cuja natureza é primariamente procedimental e cuja função é justamente garantir e proteger os direitos disputados em juízo. Ele somente será adequado e justo se os atos nele praticados forem proporcionais e razoáveis ao ideal de protetividade do direito tutelado⁴³.

⁴¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 437.

⁴² “O que importa reter, todavia, é a verificação de que – libertando-nos daquela tradicional forma de classificação das funções estatais – poderemos (e deveremos) classificá-las desde a perspectiva material” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 238).

⁴³ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 54 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 31.

Na U.E., por exemplo, o devido processo legal está recheado de novos princípios, a fim de materializar um espaço integrador de liberdade, segurança e justiça⁴⁴.

Não haveria essa congruência de interesses se não houvesse uma uniformidade de interpretação das normas. Por isso, a pedra de toque dessa união de direitos é a vinculação obrigatória de seus membros ao TJUE, e a obrigatoriedade de respeito *erga omnes* das decisões tomadas pela Corte passam a integrar o sistema como verdadeira norma a ser observada – sistema *common law* – desafiando o legislador a estabelecer Diretivas a partir da jurisprudência.

Note-se que “a ordem jurídica europeia está a serviço de um processo integrador, e a especificidade deste ordenamento radica precisamente nos instrumentos jurídicos que se articulam para promover o objectivo da integração – de entre os quais, o reenvio prejudicial (art. 267 do TFUE)”⁴⁵.

Outrossim, na sistemática europeia, há os tribunais e os magistrados organicamente vinculados ao TJUE, mas todos os tribunais e magistrados dos Estados-Membros são funcionalmente togados vinculados à UE, uma vez que interpretam as normas da UE e devem dar prevalência a esse direito e/ou preservar o âmbito de maior proteção no que tange à aplicabilidade vertical dos direitos fundamentais. Essa unicidade/integridade do Direito da União consolida-se por meio do instrumento do recurso prejudicial (art. 267 do TFUE), de modo a servir de mecanismo da tutela jurisdicional efetiva.

⁴⁴ “[...] A União Europeia, como sabemos, não é um Estado (na concepção moderna), mas cria direito como se fosse, isto é, cria normas jurídicas que vinculam obrigatoriamente os Estados-Membros e seus cidadãos. Ou seja: o sistema europeu funciona enquanto ordem jurídica, ou como um conjunto organizado de normas jurídicas [...]. A ideia de Estado soberano e a ideia de Constituição “atravessaram de mãos dadas toda a modernidade” (Lucas Pires). Mas se a União Europeia é entendida como a primeira fórmula política pós-moderna (precisamente porque representa uma nova forma de agregação do poder político para além do Estado – com caráter supranacional, portanto), então a União Europeia não tem de repetir as fórmulas já testadas a nível nacional e demanda novas soluções que lhes sejam apresentadas. Os elementos tradicionais do Estado estão ausentes na União Europeia – povo, território, soberania, autoridade hierárquica – logo, o instrumentário jurídico-político do Estado não serve para captar o funcionamento da União Europeia, máxime do seu constitucionalismo [...]. Por isso há quem defenda que a Constituição Europeia é muito diferente da Constituição nacional, porque resulta do diálogo entre todas as Constituições dos Estados-Membros, o que produz um “constitucionalismo plural”, como sugere Poiares Maduro [...]” (SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia. Doutrina e Jurisprudência**. 2ª ed. atual e ampl. Quid Juris Sociedade Editora. Lisboa, 2011, pgs. 28 e 33).

⁴⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. Quid Juris. 2011, p. 233.

Alessandra Silveira destaca:

Não é particularmente árduo perceber que uma ordem jurídica que aglutina e mantém unidas 27 tradições normativas/doutrinárias/jurisprudências, com diferenças por vezes muito vincadas, só resulta se as suas disposições receberem uma interpretação uniforme, independentemente dos contextos nacionais em que tenham de ser aplicadas. Tem de ser assim em nome da própria igualdade dos cidadãos europeus, na medida em que o direito da União Europeia deve ser aplicado no mesmo momento e com idênticos efeitos em todo o território da União, sem que os Estados-Membros lhe possam opor qualquer obstáculo; tem de ser assim porque a ordem jurídica europeia confere direitos aos particulares que cumpre aos tribunais nacionais salvaguardar – e o reenvio prejudicial oferece ao juiz nacional uma ferramenta útil e efetiva para eliminar os obstáculos que frustrem o pleno gozo daqueles direitos. A partir destes pressupostos, leituras mais recentes do reenvio prejudicial reconhecem-no como um mecanismo ao serviço da tutela jurisdicional efetiva – isto é, a doutrina tem ressaltado a dimensão subjetiva do reenvio, aquela que revela para a defesa dos direitos dos particulares⁴⁶.

Portanto, observado o devido processo legal, os olhos do aplicador do direito devem estar direcionados ao horizonte do Direito da União e dos Direitos Fundamentais, porquanto haverá a prevalência daquele e a preservação do âmbito de maior proteção deste em prol de uma tutela jurisdicional efetiva dos direitos do cidadão europeu (arts. 47 e 53 da CDFUE).

Em termos, o devido processo legal europeu alterou a ordem de edição da norma, a jurisprudência assume papel de destaque na criação do direito objetivo, haja vista que, a partir de um caso concreto, inclusive, sem relação direta com determinado Estado-Membro, há vinculação de todos, sendo que o Parlamento Europeu acaba por editar, com base nessas decisões jurisdicionais, Diretivas para transposição pelos integrantes do bloco.

Importa, pois, ressaltar que, a despeito de suas roupagens diferentes, o direito fundamental do devido processo legal traz em sua gênese o viés de ser instrumento para efetivar direitos, mormente em tempos de verdadeira globalização de um sistema de direitos fundamentais.

⁴⁶ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. Quid Juris. 2011, p. 233/234.

1.3. O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA COMO SERVIÇO PÚBLICO ESPECÍFICO E DIVISÍVEL

O Estado deve ter uma atuação bifronte na tutela dos direitos e garantias fundamentais. Num primeiro momento, não deve intervir na esfera de liberdade do indivíduo. Posteriormente, deve atuar no sentido de fornecer condições para que o cidadão possa viver com dignidade e exercer com autonomia os seus direitos subjetivos.

No exercício de suas funções, os entes estatais não podem deixar de considerar o regime próprio dos direitos fundamentais, e as atuações contrárias a essa hermenêutica serão inválidas.

O Poder Legislativo não poderá editar normas que não tutelem de forma suficiente os direitos dessa natureza, consagrados no texto constitucional, ou que impliquem em um retrocesso social.

O Poder Executivo tem a sua atuação discricionária limitada na medida em que ingerências em direitos fundamentais dos administrados necessariamente desafiam justificações suficientes e coerentes.

O Poder Judiciário assume uma postura mais ativa que outrora no sentido de efetivar os direitos declarados como fundamentais, sob pena de frustrar o projeto constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Ora, cabe referir que serão toleradas certas restrições aos direitos fundamentais, mormente em face de colisões, mas elas terão de ser justificadas e fundadas em análise criteriosa de proporcionalidade.

A sociedade, por sua vez, atua como mola propulsora da efetivação dos direitos fundamentais, uma vez que “existe um direito de todos os indivíduos e da sociedade, de que cada um cumpra com o seu dever de recolher tributos. Isso porque o cumprimento desse dever está diretamente vinculado à possibilidade concreta de efetivação dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos brasileiros”⁴⁷.

⁴⁷ CARDOSO, Alexandre Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.147.

Assim, podemos conceituar os direitos fundamentais como os valores mais essenciais de uma sociedade, tendo em vista que visam cumprir os fundamentos e os objetivos fundamentais do próprio Estado. A configuração coerente desse Estado é a convergência de todos – Estado e sociedade – em prol da efetividade dos direitos fundamentais assegurados nos textos normativos internos.

O Estado atua por meio dos seus poderes instituídos para realização de suas funções que devem ser consideradas a partir da classificação orgânica ou subjetiva, segundo a qual, somente será serviço público aquele prestado pelo Estado, que deterá sua titularidade, ou por particulares, caso em que será imprescindível um vínculo regular estabelecido por meio da delegação.

Faz-se necessário também considerar um elemento material, pois o serviço público será a atividade prestada em proveito da coletividade, “considerada de forma una (ainda que a sua fruição possa ser individualizada), ou do próprio Estado, para que a coletividade dela se aproveite, de modo indireto”⁴⁸.

Deve-se levar em conta, ainda, o elemento formal no sentido de que o serviço público deverá estar qualificado no ordenamento jurídico como tal e deverá submeter-se às regras próprias e à regulação do Direito Público.

Segundo ensina Hely Lopes Meirelles, a definição do que vem a ser serviço público e quem deve prestá-lo depende da vontade soberana do Estado. Todavia, certos serviços são, por natureza, privativos do Estado e só podem ser prestados por seus agentes; outros são comuns a ele e aos particulares e podem ser executados tanto por um quanto por outro. Ocorre que a distribuição não pode ser arbitrária e são classificados levando-se em conta a essencialidade, adequação, finalidade e os destinatários dos serviços⁴⁹.

Dentre as várias possibilidades de classificação dos serviços públicos, destacamos os serviços públicos propriamente ditos e os serviços de utilidade pública, bem como os serviços gerais ou *uti universi* e os serviços individuais ou *uti singuli*.

⁴⁸ MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 207.

⁴⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 320.

Os serviços públicos propriamente ditos são os prestados privativamente pelo Poder Público em razão de sua extrema essencialidade à sobrevivência dos membros da coletividade, vedada, portanto, a sua delegação por se concretizarem tais prestações por meio de atos de império. Os serviços de utilidade pública, por outro lado, caracterizam-se por serem de conveniência à melhoria da qualidade de vida dos indivíduos, podem ser prestados diretamente pelo Estado ou por delegação a terceiros, permanecendo, todavia, a titularidade pública. Por fim, os serviços gerais são aqueles que têm usuários não identificáveis, sendo impossível mensurar a quantidade dos serviços prestados.

Podemos verificar, pois, a partir dessas premissas, que a função precípua do Poder Judiciário, que depende de atos de império para ser efetiva, não pode ser delegada a terceiros.

A jurisdição, portanto, não comporta delegação⁵⁰. Quando a atividade estatal substituiu a autotutela como forma de resolução de conflitos, onde predominava a imposição da vontade de um sobre o outro, com sacrifício de um dos interesses em jogo, instituiu-se a solução por intermédio do Estado.

Antes, a solução do litígio ocorria por um dos envolvidos, tornando-se, portanto, uma decisão parcial e egoísta. O Estado, na substituição das partes, tipificou a autotutela, conforme o caso, em abuso do poder ou exercício arbitrário das próprias razões⁵¹.

A função jurisdicional compõe, então, ao lado das funções legislativas e executivas, a tríplice obrigação do Estado para com os indivíduos e tem como finalidade realizar o direito objetivo no caso concreto.

Tem-se que a jurisdição é a função atribuída a terceiro imparcial (a) de realizar o direito de modo imperativo e criativo, reconhecendo, efetivando e

⁵⁰ Ainda que se possa falar em exercício de atividades atípicas, estas, no âmbito do Poder Judiciário, podem ser delegadas, observados os requisitos legais; todavia, restringimos a análise à função jurisdicional propriamente dita no presente trabalho.

⁵¹ Há previsão de autocomposição nos ordenamentos, mas com aspecto volitivo das partes envolvidas (CPC, art. 269, II e V), mas as formas não adversativas de resolução de conflitos não são objetos da presente pesquisa. Aliás, crescem os investimentos nestas áreas para desafogar o Poder Judiciário e resolver o seu uso predatório.

protegendo situações jurídicas concretamente deduzidas, em decisão insuscetível de controle externo e com aptidão para tornar-se indiscutível (g)⁵²”.

A jurisdição é a parcela de poder que detém o Estado para tutelar/proteger situações jurídicas ativas, individuais ou coletivas, simples ou complexas, direitos potestativos ou direito de uma prestação, mediante o devido processo legal e seus corolários⁵³.

No Brasil, a jurisdição, enquanto exercício de parcela do poder estatal, em substituição da vontade das partes e com a qualidade de coisa julgada, é a função exercida de forma exclusiva pelo Poder Judiciário⁵⁴.

A função jurisdicional, outrossim, deve ser tida como essencial à sociedade de modo geral e aos indivíduos em particular, em razão da pacificação social e da correção efetuadas nos abusos e nas omissões dos entes estatais e dos particulares.

A garantia da inafastabilidade da jurisdição está consagrada no artigo 5º, XXXV, da CRFB, dentro do rol dos direitos e garantias fundamentais, no sentido de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”⁵⁵.

Portanto, o direito do acesso à justiça está inserido entre os direitos e garantias fundamentais no Direito brasileiro, motivo pelo qual se alinha aos demais valores básicos e essenciais ao indivíduo e ao próprio Estado, tais como a liberdade, a igualdade, etc. Destaca-se, nesse particular, que, para evitar confusões com o termo, o acesso à justiça deve ser apreendido no sentido de “realização da ampla defesa pelo direito de ação; seria, então, por meio do seu exercício que se daria o “livre acesso à jurisdição, como direito irrestrito de provocar a tutela legal”⁵⁶.

⁵² DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1, p. 105.

⁵³ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1, p. 113.

⁵⁴ DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. v. 1, p. 108.

⁵⁵ Outrossim, o Brasil é signatário do Pacto de São José da Costa Rica que estabelece em seu art. 8º que “Toda pessoa tem direito de ser ouvida, com as garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza”.

⁵⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 54 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 30.

A obrigação do Estado vai muito além de prestar a jurisdição como expressão do direito da ampla defesa; ela deve ser prestada num prazo razoável, respeitando o devido processo legal. Além disso, o acesso à justiça deve ser facilitado, ou seja, a tutela aos direitos deve ser efetiva e para isso deve estar disponível a todos, independentemente de suas condições pessoais, tudo, porém, dentro da legalidade.

A prestação jurisdicional com a qualidade de coisa julgada em substituição à vontade das partes, conforme já destacado, não é passível de concessão ou permissão, pois é prestada pelo próprio Estado por meio do Poder Judiciário.

Por isso, quem quiser se valer da prestação desses serviços públicos deverá necessariamente sujeitar-se aos preceitos legais que regulamentam essa prestação; isso porque, “como toda e qualquer noção jurídica, esta – serviço público – só tem préstimo e utilidade se corresponder a um dado sistema de princípios e regras, isto é, a um regime, a uma disciplina peculiar”⁵⁷.

O Estado deve garantir o acesso à justiça de forma ampla e com a criação de órgãos, elaboração de procedimentos simplificados e atendimentos aos interesses daqueles que não disponham de recursos para suportarem as despesas dos processos.

Abreu destaca que:

No Brasil, a experiência dos Juizados de Pequenas Causas e mais recentemente dos Juizados Especiais – com propostas de tutelas diferenciadas ou vias alternativas de tutelas e modelos de justiça popular, participativa e democrática, e como expressão de justiça coexistencial, pondo em relevo a conciliação e engajando juízes leigos, árbitros e conciliadores –, tem servido de contraponto à justiça tradicional, contenciosa, de natureza estritamente jurisdicional, sabidamente saturada, onerosa e tardia. O sistema de Juizados insere o Brasil na chamada terceira onda (*terza ondata*) do universo cappellettiano, pois representa acesso à justiça, adequação dos anseios da população a uma Justiça rápida, sem custas e sem formalismo, como freio ao fenômeno da litigiosidade contida e à violência, capazes de introduzir a justiça de mão própria e a barbárie

⁵⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 661.

social, nesse quadro de pobreza e de exclusão social dos países em via de desenvolvimento.⁵⁸

Insere-se, portanto, a prestação jurisdicional dentro do sistema dos serviços públicos próprios, incumbindo-se ao Poder Público, na forma da lei, a sua prestação (CRFB, art. 175)⁵⁹.

Nesse jaez, é sabido que toda atividade do Estado desafia a contraprestação dos indivíduos. Algumas das atividades, por não serem individualizáveis, são remuneradas por meio de impostos. Outras, individualizáveis, são remuneradas, conforme o caso, por taxa – tributo - ou preço público – tarifa.

A prestação da jurisdição é serviço público próprio de utilização individual, facultativa e mensurável. O interessado, caso queira a prestação jurisdicional deverá, portanto, provocar o ente estatal e suportar o pagamento de uma taxa processual.

Apesar do monopólio da jurisdição e da essencialidade do serviço, a regra geral no sistema tradicional é o recolhimento de valores para obter a contraprestação da atividade estatal; a exceção é a dispensa. Veja que o Poder Judiciário exerce a sua função precípua e cobra por isso.

Cabe à parte, salvo as disposições concernentes à gratuidade, prover as despesas dos atos que se realizarem no processo, antecipando-lhes o pagamento desde o início até à sentença final; e, ainda, na execução, até à plena satisfação do direito declarado pela sentença (CPC, Art. 19).

Esse pagamento está inserido entre os pressupostos de desenvolvimento regular e válido do processo, ou seja, o não recolhimento importa na intimação do interessado para, nos termos do art. 13, inc. I, do Código de Processo Civil, regularizar o defeito em prazo razoável, sob pena de extinção do feito sem resolução de mérito, consoante prevê o art. 267, inc. IV, do CPC.

⁵⁸ ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. Vol. 3. Coleção Ensaios de Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 349/350.

⁵⁹ Os serviços públicos próprios são inerentes à soberania estatal e apenas devem ser prestados por órgãos e/ou entidades públicas. Os serviços públicos impróprios satisfazem o interesse geral da comunidade e podem ser prestados por órgãos descentralizados ou delegados a concessionários ou permissionários. Não estão atrelados à soberania estatal. Havendo concessão, serão remunerados por preços ou tarifas, como ocorre com a água, energia elétrica, gás, telefone, etc (ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 128).

Não cumprida a determinação no prazo assinalado, o processo recebe uma sentença de extinção e a parte pode ingressar com nova demanda desde que regularize a inconsistência que importou no julgamento prematuro da ação pretérita. No caso de extinção prematura do feito, não houve a formação regular da relação processual, porquanto o autor/interessado está, ainda, buscando a permissão do Estado-juiz para prosseguir em juízo com ou sem recolhimento das custas processuais.

A lógica esplanada acima se mantém na redação do NCPC, ou seja, a taxa judiciária contundida, inserida entre os pressupostos processuais e parte, deverá suportar as despesas do processo, salvo se beneficiária da gratuidade desde o início do feito⁶⁰.

O direito fundamental do acesso à justiça como serviço público essencial e divisível deve ser definido aqui como o direito a ter direitos reconhecidos e protegidos no âmbito do próprio Estado, motivo pelo qual ele deve ser garantido da forma mais ampla possível albergando os mais diversos direitos e pessoas. Há previsão constitucional no sentido de dar efetividade ao acesso a todos que dele necessitam, ainda que menos favorecidos: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (CRFB, art. 5º, inciso LXXIV). Frisa-se que, em relação aos direitos subjetivos, não há bagatelas, sendo obrigação estatal disponibilizar formas de acesso à justiça para efetivar os direitos de todos, inclusive dos menos favorecidos em igualdade de condições.

⁶⁰ **Art. 85.** Salvo as disposições concernentes à gratuidade de justiça, cabe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título; **Art. 76.** Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz suspenderá o processo, marcando prazo razoável para ser sanado o defeito; **Art. 472.** O juiz proferirá sentença sem resolução de mérito quando: IV – se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo (Projeto de Lei do Senado nº 166, 2010; nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados. Disponível em: www2.camara.leg.br. Acesso em: 20.03.2015).

CAPÍTULO 2

AS CUSTAS JUDICIAIS E A SUA CONFIGURAÇÃO COMO TAXA JUDICIÁRIA

2.1. O TRIBUTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO: ESPÉCIES

As prestações compulsórias devidas pelo indivíduo ao Estado podem ser em serviços (jurado e serviço militar) e em dinheiro (tributos). Nesse diapasão, o Direito Tributário, que tem por objeto o estudo da relação jurídica tributária, é um ramo do Direito Público e deve observar os preceitos desse microssistema no que tange às obrigações pecuniárias do contribuinte para com o fisco.

A despeito de sua autonomia, há correlação com os outros microssistemas para estruturar as relações jurídicas tributárias pois o Direito Tributário não é uma ilha. Muito pelo contrário, ele se interliga aos demais ramos como forma de legitimar a sua existência, e cada ramo do Direito se relaciona com os demais, num diálogo de fontes, importando em uma autonomia relativa de cada um desses ramos. Assim, o Direito Constitucional estabelece todas as diretrizes de distribuição de competência do sistema tributário nacional. O Direito Administrativo, por sua vez, ocupa-se dos agentes que arrecadam e fiscalizam a arrecadação dos tributos. Finalmente, o Direito Penal sanciona as condutas ilícitas da esfera tributária.

Essencial é perceber que não há apenas uma relação de sujeição do indivíduo à atividade estatal, mas a tributação, enquanto atividade estatal desenvolvida pelo fisco, sujeita-se às normas e aos princípios próprios desse sistema. Mas o que pode ser conceituado como tributo? Toda atividade estatal é remunerada por meio desta forma de contraprestação ou existem espécies? Quais são as espécies e quando elas incidem?

O tributo pode ser definido como “[...] o vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o

contribuinte ou responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional) ⁶¹”.

Sacha Calmon leciona:

O tributo é uma obrigação *ex lege* subdividida em três espécies, tema que será a seguir tratado, ao cuidarmos dos impostos, das taxas e das contribuições. Será visto que nossa teoria sobre as espécies tributárias está baseada precisamente na dualidade: obrigações unilaterais (impostos) e obrigações bilaterais (taxas e contribuições). Os impostos independem de o Estado fazer ou dar algo ao contribuinte. As taxas e as contribuições exigem uma atuação do Estado voltada ao contribuinte. No primeiro caso, a obrigação é unilateral. No segundo, obrigação bilateral.⁶²

A fonte das espécies tributárias é a Constituição e não houve preocupação do legislador constituinte em defini-las ou classificá-las. Ele estabeleceu tão somente o rol dos seguintes tributos: a) imposto; b) taxas; c) contribuição de melhoria; d) pedágio; e) empréstimos compulsórios; f) contribuições sociais; g) contribuições de intervenção no domínio econômico; h) contribuições de interesse das categorias profissionais; i) contribuição para custeio do regime previdenciário próprio; j) contribuição para custeio do serviço de iluminação pública⁶³.

Nesse microssistema, a competência de conceituar os tributos e suas espécies foi atribuída à lei complementar (CRFB, art. 146, III, a)⁶⁴.

Por sua vez, o art. 5º do CTN classifica os tributos em três espécies: os impostos, as taxas e as contribuições de melhoria. Todavia, nos termos da CRFB, é possível concluir que a classificação tripartite efetuada pela legislação ordinária é incompleta para atender às determinações constitucionais.

Nesse sentido, diverge a doutrina acerca da classificação ideal dos tributos no sistema brasileiro, e a jurisprudência do STF optou pela teoria

⁶¹ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 172.

⁶² COELHO, Sacha Calmon Navarro (Coord.). **Contribuições para a Seguridade Social**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 30.

⁶³ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 50.

⁶⁴ Os artigos 145 a 162 da Constituição estabelecem o sistema tributário nacional com os princípios gerais, as limitações ao poder de tributar e as regras de competência.

quinqüipartida que acrescenta, entre as espécies tributárias, o empréstimo compulsório e as contribuições (CRFB, arts. 148, 149, 149-A, 195).

Dessa forma, temos um sistema constitucional tributário que delegou a conceituação e a classificação dos tributos à legislação ordinária que, por sua vez, é insuficiente para dar interpretação conforme a CRFB. Por isso, dentro do sistema tributário nacional é relevante estudar os elementos de cada tributo uma vez que por meio dessa análise extraem-se todas as diferenças entre eles e verificam-se que, a despeito de a maioria ter íntima ligação com seu fato gerador, outros são atrelados à sua finalidade.

Esses elementos que constituem cada tributo revelam que os impostos, taxas e contribuições de melhoria possuem fato gerador que os distingue dos demais, de modo que as contribuições e o empréstimo compulsório não são analisados por seu fato gerador, mas sim em razão de suas finalidades, pouco importando que o seu fato gerador esteja ou não vinculado à determinada atividade estatal⁶⁵.

A partir dessas premissas, começaremos a análise das espécies tributárias pelos impostos para, na sequência, examinar as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições.

Os impostos podem ser conceituados como tributos não-vinculados porque o fato gerador do tributo não está atrelado a nenhuma atividade estatal específica destinada ao contribuinte (CTN, art. 16). Outrossim, a destinação desta arrecadação como regra é não vinculada (CRFB, art. 167, IV).

A constituição elege para os impostos discriminados no texto as bases econômicas sobre as quais os entes competentes poderão instituí-los, levando em consideração a capacidade contributiva do sujeito passivo, ou seja, eles incidem sobre a manifestação de riqueza do contribuinte⁶⁶.

⁶⁵ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 112.

⁶⁶ O § 1º do art. 145 da CRFB estabelece que “Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. Os impostos podem ser classificados em duas espécies; Os reais e os pessoais. Aquele não leva em conta aspectos pessoais para sua incidência. Estes, subjetivos, consideram os aspectos pessoais do contribuinte.

Dessa forma, os impostos sobre a renda, sobre a propriedade urbana e rural e sobre serviços são exigidos sem que haja necessidade de contraprestação estatal específica, mas revelam a capacidade do sujeito passivo em suportá-los⁶⁷.

Os entes estatais instituidores dos impostos, por sua vez, devem usar os recursos em benefício da coletividade; portanto, os impostos não gozam de especificidade e divisibilidade, financiam as atividades gerais do Estado, remunerando os serviços classificados como universais.

Ainda que materialmente a Constituição Federal estabeleça fatos geradores dos impostos discriminados, a União detém a competência para instituir os impostos inominados e extraordinários. Isso porque a União poderá instituir, mediante lei complementar, impostos não previstos no artigo anterior, desde que sejam não-cumulativos e não tenham fato gerador ou base de cálculo próprios dos discriminados nesta Constituição e a competência extraordinária (CRFB, art. 154, I e II).

A regra geral é que a instituição de impostos ocorra por meio de lei ordinária, apesar da necessidade da edição de lei complementar para definir os seus fatos geradores, bases de cálculos e contribuintes (CRFB, art. 146).

Não se aplica a regra geral, todavia, nas exceções cuja competência é exclusiva da União (CRFB, art. 154, I e II). Nestas, a exigência de Lei Complementar inviabiliza a utilização de medidas provisórias, por expressa previsão constitucional (CRFB, no art. 62, §1º, III).

As taxas, por sua vez, são tributos vinculados e instituídos em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (CRFB, art. 145, II)⁶⁸. Possuem um caráter de contraprestação e de vinculação da arrecadação. “É que as taxas atrelam-se à determinada atividade estatal em relação ao contribuinte. Essa atividade estatal poderá constituir ou no

⁶⁷ ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 113.

⁶⁸ Os Estados possuem a competência residual para instituírem taxas, uma vez que a sua competência material é residual para prestar os serviços públicos não atribuídos à União e aos municípios (CRFB, art. 25, §1º).

exercício do poder de polícia ou na prestação de um serviço público específico, desde que seja divisível”⁶⁹.

O conceito legal de poder de polícia pode ser extraído do art. 78 do CTN, segundo o qual:

Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

A fim de legitimar a cobrança da taxa pelo exercício do poder de polícia administrativa, o exercício deve ser regular, nos limites da lei aplicável e com a observância do devido processo e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder (CTN, art. 78, parágrafo único).

Por sua vez, a criação e exigência das taxas de serviços só são possíveis a partir da utilização ou da disponibilização dos serviços públicos que se caracterizam pela divisibilidade e especificidade, consoante estabelece o art. 29 do CTN⁷⁰. “Quer dizer, legitima-se a cobrança de taxa de serviço quando o serviço tiver sido prestado ao contribuinte ou colocado à sua disposição, sendo utilizado de forma efetiva ou potencial”⁷¹.

No que tange à base de cálculo, o art. 145, §2º da CRFB estabelece que as taxas não poderão utilizar base de cálculo própria de impostos. Por sua vez, o parágrafo único do art. 77 aduz que “a taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas”.

⁶⁹ ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 118.

⁷⁰ Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se: I - utilizados pelo contribuinte: a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título; b) potencialmente, quando, sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento; II - específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas; III - divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

⁷¹ ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 123.

Os serviços públicos próprios são remunerados por taxas, de natureza tributária, sujeita ao regime de Direito Público, cuja relação jurídica advém da lei; sua observância é obrigatória e o vínculo é legal. Os serviços públicos de interesse público ou serviços públicos impróprios são remunerados por tarifas e sujeitam-se ao direito privado, sendo contratual a relação jurídica.

As contribuições de melhoria estão previstas na Constituição Federal (CRFB, art. 145, III) e também são tributos vinculados, ou seja, a sua exigência desafia uma atuação específica estatal.

Amaro leciona a respeito dessa modalidade de tributo:

Essa modalidade de tributo, a exemplo das taxas, conecta-se com determinada atuação estatal, qual seja, a realização de uma obra pública que decorra, para os proprietários dos imóveis adjacentes, uma valorização (ou melhoria) de suas propriedades [...]. A valorização das propriedades adjacentes é diretamente proporcional à melhoria que advenha da obra pública. A valorização é a medida da melhoria. À vista do engate necessário entre melhoria e valorização, onde esta inexistir, descabe, a nosso ver, a contribuição. O tributo não se legitima pela simples realização da obra [...]. O fundamento da contribuição de melhoria, comum às taxas, está em que a atuação estatal que possa ser referível a um indivíduo, ou a um grupo de indivíduos, deve ser financiada por tributos específicos, exigidos desses indivíduos, e não por tributos (impostos) arrecadados de toda a coletividade.⁷²

A contribuição de melhoria, portanto, tem caráter contraprestacional para ressarcir o Estado de valores, ou parte destes, gastos com a realização de obra que implicou na valorização de imóvel do indivíduo.

O fato gerador, como especificado por Luciano Amaro, não é a realização de obra pública, mas a consequente valorização imobiliária à propriedade imóvel dos contribuintes. A base de cálculo do tributo será exatamente o valor da valorização, ou seja, a diferença entre os valores inicial e final do imóvel beneficiado pela obra pública.

Há limites previstos na legislação infraconstitucional para a cobrança da contribuição de melhoria. Deve ser instituída para fazer face ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa

⁷² AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 71.

realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado (CTN, art. 81).

Os empréstimos compulsórios são instituídos exclusivamente pela União, e o exercício da competência poderá ocorrer em duas hipóteses: a) para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência; b) no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observando o disposto no art. 150, III, b (princípio da anterioridade).

Nas duas situações, a destinação dos recursos provenientes de empréstimo compulsório será vinculada à despesa que fundamentou sua instituição (CRFB, art. 148, parágrafo único).

Luciano Amaro leciona que “o empréstimo compulsório é um ingresso temporário de recursos nos cofres do Estado, pois a arrecadação acarreta para o Estado a obrigação de restituir a importância que foi emprestada”⁷³.

Nos empréstimo compulsório, excepciona-se a regra geral de que os tributos são instituídos por lei ordinária ou ato equivalente, exige-se o rigor formal da lei complementar, “certamente com o propósito de evitar os abusos que houve no passado”⁷⁴.

Por fim, temos as contribuições previstas nos art. 149 e 149-A da CRFB. Essa modalidade de tributo caracteriza-se por sua destinação específica das receitas auferidas. Quatro são as espécies das contribuições: I. sociais; II. de interesse de categoria profissional ou econômica; III. de intervenção no domínio econômico (CIDEs); e, IV. de custeio do serviço de iluminação pública.

As contribuições sociais, econômicas e corporativas – especiais – desvinculam a hipótese de incidência da atuação específica do Poder Público, recaindo sobre ações ligadas aos contribuintes, mas tem afetação para realização de finalidade específica. A iluminação pública não é serviço público que pudesse ser remunerado mediante taxa de iluminação pública, uma vez que é indivisível e remunerado por meio das receitas dos impostos. Com o nítido propósito de criar nova receita aos municípios e ao Distrito Federal, a EC 39/2002 criou essa figura

⁷³ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73.

⁷⁴ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 74.

batizada de contribuição para suportar as despesas oriundas desse serviço prestado aos cidadãos.

Cabe mencionar que os tributos exercem funções não apenas fiscal, com o objetivo de arrecadar recursos para o Estado, “embora seja essa a sua função principal, já que eles são essenciais para a manutenção da própria entidade política e para o cumprimento das suas funções essenciais nas áreas de saúde, saneamento, segurança, justiça, obras de infraestrutura etc”⁷⁵.

2.2. ASPECTOS DESTACADOS DA TAXA COMO ESPÉCIE TRIBUTÁRIA E SUAS ESPECIFICIDADES COMO CUSTAS JUDICIAIS

A possibilidade de exigir as taxas decorre da prestação de serviço público e/ou exercício do poder de polícia. Serviço público e poder de polícia não se confundem, embora ambos sejam manifestações do Estado. Essa última se caracteriza por seu cunho negativo, ou seja, é o Estado limitando a atuação dos particulares em prol do interesse público preponderante, mostrando-se como atividade típica e essencial do mesmo.

Por sua vez, serviço público é atividade do Estado para se desincumbir de seu *mister* constitucional, que pode ser um serviço essencial. Destarte, há aqueles serviços públicos essenciais prestados pelo Estado, mas que podem ser também explorados por particulares (educação e saúde), e os essenciais de execução são intransferíveis (função jurisdicional).

As taxas, conforme mencionado alhures, são tributos vinculados e instituídos em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição (CRFB, art. 145, II).

A taxa, em razão da atividade de poder de polícia (CTN, art. 78), como se sabe, é expressão tradicional da atividade da Administração Pública, mostrando-se essencial e prestada exclusivamente pelo Estado, sendo indelegável a particulares. Esses podem, todavia, ser credenciados para a realização de atos materiais

⁷⁵ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 23.

preparatórios ou sucessivos, indelegável a particulares, salvo atos materiais anteriores e posteriores, como explica Celso Antônio Bandeira de Mello⁷⁶.

As taxas de serviço que foram previstas no ordenamento jurídico brasileiro levaram em consideração a possibilidade de se tributar tanto a fruição efetiva quanto a fruição potencial de serviços. O Código Tributário separou as duas categorias de serviços: utilização compulsória e utilização não compulsória (art. 79, I, “a” e “b”).

Hugo de Brito Machado aduz que “se o serviço não é de utilização compulsória, só a utilização efetiva enseja a cobrança de taxa. Se a utilização é compulsória, ainda que não ocorra efetivamente essa utilização a taxa poderá se cobrada”⁷⁷.

A doutrina apresenta a clássica divisão de que há os serviços públicos *ut singuli* e os *ut universi*. Os serviços *ut singuli* são os serviços prestados pelo Estado que são usufruídos individualmente pelo indivíduo. Por terem essa fruição individualizada, podem ser remunerados mediante taxa ou tarifa. Em contrapartida, os serviços *uti universi* são de fruição pela coletividade e não podem ser individualizados a ponto de identificar o uso e/ou o beneficiado. Por isso, a remuneração desses serviços ocorre por meio dos impostos, uma vez que estes não ensejam qualquer atividade estatal específica, sendo as receitas, portanto, desvinculadas.

Todavia, a ideia de contraprestação dos serviços pode gerar equívocos na interpretação do conceito, uma vez que só seria devida se houvesse um benefício efetivo ao indivíduo. Entretanto, lembre-se que o efetivo benefício ao indivíduo está presente na contribuição de melhoria como requisito essencial, inexistindo tal obrigatoriedade em relação às taxas de serviços.

As taxas de serviços serão devidas porque ligadas a serviços prestados mais ao indivíduo (*ut singuli*) do que à coletividade em geral (*ut universi*), independentemente de que o montante que haja sido empregado pelo Estado na prestação do serviço seja equivalente ao valor da taxa cobrada.

⁷⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed., rev., atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 827.

⁷⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 427.

As características das taxas estão previstas no art. 79 do CTN e são: efetividade, potencialidade, especificidade e divisibilidade. Não se olvide, portanto, que a taxa é um tributo, sendo desta forma, objeto de uma obrigação *ex lege*, enquanto que o preço público é uma obrigação contratual. O preço público é uma obrigação assumida voluntariamente, ao contrário da taxa de serviço, que é imposta pela lei a todas as pessoas que se encontrem na situação de usuários de determinado serviço estatal e submetem-se ao regime jurídico tributário.

As taxas são estabelecidas em quantias prefixadas. Não há falar nestes casos em alíquotas ou em base de cálculo, mas pode ocorrer que o legislador prefira indicar uma base de cálculo e uma alíquota, ou em razão de determinados elementos⁷⁸. A ausência de critérios para aferir a correspondência exata entre o valor exigido e o custo da prestação de serviço não afasta o caráter sinalagmático da prestação, a despeito de deixar uma margem maior ao ente instituidor.

A taxa tem a função fiscal de arrecadar os valores correspondentes aos serviços divisíveis, prestados aos contribuintes/usuários, e deve guardar certa relação entre o custo do serviço e os valores exigidos⁷⁹.

Leandro Paulsen sobre o assunto adverte:

Ainda diverge a doutrina sobre a importância do custo do serviço na definição do valor da taxa. Para alguns, embora, politicamente, o custo do serviço seja elemento importante para fixação do valor da taxa, em importância fixa ou em unidade de medida, não existiria obrigatoriedade constitucional ou legal de proporcionalidade absoluta. Não haveria, pois, base jurídica para se arguir a invalidade de uma taxa com estepe na desproporção entre o custo do serviço e montante do tributo respectivo, pois estaria o legislador livre para fixar o valor da taxa no montante que bem entendesse, limitado tão somente pelos direitos fundamentais, como o de propriedade/vedação de confisco, de livre exercício profissional, de liberdade de locomoção etc. Mais acertada, porém, parece-nos a posição de que, sendo a taxa instituída em razão do exercício do poder de polícia ou de serviço público específico e divisível colocado à disposição do contribuinte, deve servir ao custeio destas atividades, guardando com elas proporcionalidade. Por isso, aliás, é que se afirma que a base de cálculo da taxa precisa ter relação com

⁷⁸ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 428.

⁷⁹ [...] Além da função arrecadatória – fiscal –, os tributos podem ser utilizados com objetivos econômicos específicos, estimulando ou desestimulando determinados comportamentos, enfim, gerando efeitos diversos na economia [...]. (PETTER, Lafayete Josué. **Direito Financeiro**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p.51).

uma grandeza relativa à atividade estatal, e não ao patrimônio do contribuinte.⁸⁰

Apesar da divergência doutrinária, o plenário do Supremo Tribunal Federal ao apreciar a ADIN 2551 – MC-QO, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, alinhou o entendimento acerca da necessidade de relação de equivalência entre o preço da taxa e dos serviços prestados, posto que, se for causa a uma onerosidade excessiva, configuraria confisco⁸¹.

Cumprir destacar que o objetivo dos tributos sempre foi o de arrecadar recursos financeiros para o Estado. Todavia, “no mundo moderno o tributo é largamente utilizado com o objetivo de interferir na economia privada, estimulando atividades, setores econômicos, desestimulando o consumo de certos bens e produzindo, finalmente, os efeitos mais diversos na economia”⁸².

Evidencia-se essa função como regulação de mercado no Imposto de Importação. Quando há escassez de algum produto no mercado interno e existir a necessidade de estimular a sua importação, a alíquota do imposto é reduzida, ao passo que, havendo excesso de oferta no mercado nacional e ainda concorrência estrangeira, eleva-se a alíquota como forma de desestimular a importação dele.

Os limites de tributação serão sempre aqueles oriundos do sistema tributário nacional e aqueles impostos pelos direitos e garantias fundamentais.

Veja que o direito fundamental do acesso à justiça como regra geral é um serviço público não gratuito, uma vez que não há obrigatoriedade do Estado em prestá-lo sem a contraprestação remuneratória do interessado.

Por isso, o crédito tributário exigido no momento da interposição de uma ação é direito indisponível no sentido de que o titular não pode transigir a seu respeito – relação vertical do Estado/contribuinte⁸³.

⁸⁰ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário a luz da doutrina e da jurisprudência** – 12. ed.- Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2010, p. 59.

⁸¹ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário a luz da doutrina e da jurisprudência** – 12. ed.- Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2010, p. 59.

⁸² MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 67.

⁸³ “No Estado Social, todavia, o papel da organização estatal sofre drástica transformação. O Estado passou a assumir papel preponderante na vida social em todas as suas esferas, sendo-lhe impingida a tarefa de organizar, coordenar, e, principalmente, impulsionar a atividade econômica. Tudo isso vinculado a uma *ratio* maior, de diminuição das desigualdades sociais que são provocadas e

Dessa forma, a prestação jurisdicional é serviço público que se insere na categoria de serviço público *uti singuli* e aquele que pretender ajuizar uma ação deverá suportar o pagamento de taxa judiciária (custas)⁸⁴, salvo se beneficiário da gratuidade, já que submetida às características dos créditos tributários⁸⁵.

A taxa de justiça deve ter correspondência entre a prestação do serviço e a base de cálculo do tributo. Além disso, a sua exigência não pode ser progressiva, fundada na capacidade contributiva⁸⁶, tal como nos impostos⁸⁷.

No caso, o contribuinte/jurisdicionado ajuíza a ação e atribui um valor à causa – hipótese de incidência – cujos valores possuem um limitador máximo (CPC, art. 282, V c/c art. 4º da Lei Complementar do Estado de Santa Catarina nº 156/97), ou seja, o valor da taxa judiciária é calculado a partir do valor atribuído à causa e limitado a um teto, sob pena de violar a correspondência entre o serviço prestado e os valores exigidos. Cumpre esclarecer que as despesas serão pagas ao final do feito quando as partes requerentes forem o Ministério Público ou a Fazenda Pública (CPC, art. 27).

No sistema brasileiro, a taxa judiciária detém também a função de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo. A parte deverá comprovar o recolhimento das custas no momento da interposição da ação e/ou requerer a concessão da gratuidade, nos termos da Lei 1.060/50.

externadas pelo sistema econômico capitalista. A tributação, por sua vez, assume o papel de mecanismo de combate às desigualdades sociais, com sua vinculação mais efetiva à capacidade contributiva, com priorização dos tributos progressivos (principalmente sobre a renda e heranças) e da utilização visando fins extrafiscais. Tem-se, portanto, uma dupla justificação para tributação: a tradicional, de sustentar o aparato estatal; e a novel, de influir diretamente na estrutura social, contribuindo para a efetivação da equidade entre os cidadãos” (CARDOSO, Alexandre Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 134/135)

⁸⁴ STF, ADI 3694/AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

⁸⁵ “[...] Tributo significa a obrigatoriedade de alguém, por lei, entregar dinheiro aos cofres públicos em decorrência de comportamento que não seja proveniente de ato ilícito, e podemos distinguir o imposto da taxa, pela exigência de uma atividade, específica e divisível, do Estado. O primeiro é tributo que independe de uma atividade do Estado; a taxa, tributo que dela depende [...]” (TÔRRES, Heleno Taveira (coord). **Tratado de Direito Constitucional Tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 485.

⁸⁶ O princípio da capacidade contributiva é um desdobramento do princípio da isonomia. É que a Constituição da República exige que os impostos, sempre que possível, sejam graduados de acordo com a capacidade econômica do contribuinte. Para conferir efetividade a este objetivo, faculta-se à administração tributária identificar, respeitados os direitos individuais e obedecidas as formalidades legais, o patrimônio, rendimentos e as atividades econômicas dos contribuintes (art. 145, § 1º, da CF) (ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 69/70)

⁸⁷ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário a luz da doutrina e da jurisprudência** – 12. ed.- Porto Alegre. Livraria do Advogado: ESMAFE, 2010, p. 60.

A Autoridade Judiciária fiscaliza a regularidade processual e o cumprimento da obrigação tributária, devendo, conforme o caso, deferir prazo para a parte sanar a irregularidade, sendo vedado comportamento negligente em relação ao crédito tributário em face da natureza tributária da taxa judiciária, consoante preconiza o inciso X do art. 10 da Lei 8.429/92⁸⁸.

A Lei Complementar do Estado de Santa Catarina nº 156/97 estabelece diretrizes para aquela unidade da federação acerca da taxa judiciária, mas pode-se extrair um parâmetro de tratamento das custas no cenário dos estados brasileiros.

A referida legislação estabelece que os valores das custas serão calculados sobre o índice de referência estabelecido naquele diploma normativo, definido como unidade de referência de custas e emolumentos – URCE. O valor da causa será atualizado na data da propositura da ação, observado o que dispõem os art. 258, 259 e 614 do CPC, calculando-se as custas sobre o valor apurado, independentemente do valor atribuído à causa pela parte.

A alteração do valor da causa, por sua vez, obriga a necessária atualização da contagem das custas, em termos de decesso ou majoração, para efeito de compensação, devolução ou cobrança. A cobrança judicial das custas devidas aos cofres públicos é feita após inscrição em dívida ativa. Estabelece, outrossim, a referida legislação as bases de cálculos e hipóteses de isenções específicas.

A justiça, enquanto valor constitucional, é imaculada. Aliás, a possibilidade de acessar os direitos em juízo e a proteção a esse valor imaculado são pilares do Estado Democrático de Direito. Por isso, a possibilidade de acesso à justiça não pode ficar restrita aos indivíduos que disponham de meios suficientes para suportarem as taxas de justiça, seria admitir, nessa hipótese, um Poder Judiciário elitista, descabido no atual quadrante histórico.

Além de disponibilizar profissionais com capacidade postulatória para atuarem na defesa (em prol) dos direitos dos hipossuficientes (CRFB, art. 134), cabe ao Estado conceder formas de dispensa de exigência de custas para não inviabilizar

⁸⁸ Lei n. 8.429/92, Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público [...].”

o acesso aos direitos. Por isso, o próprio texto constitucional excepciona a possibilidade de acesso gratuito aos desprovidos de recursos para concretizar os objetivos do próprio Estado e realizar, de certa forma, uma tutela jurisdicional efetiva.

2.3. FORMAS DE NÃO INCIDÊNCIA E DE EXCLUSÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A criação de tributos pressupõe o exercício da competência tributária legislativa do ente estatal; contudo, a competência tributária dos entes da federação não é ilimitada, e a Constituição Federal estabelece limitações ao exercício desse poder em determinadas circunstâncias e matérias que o constituinte originário entendeu relevantes para efetivar direitos e garantias fundamentais⁸⁹.

Como limitação ao Poder de Tributar devemos entender que, em determinadas situações, ficam ressalvadas de atuação do Estado no sentido de instituir um tributo.

A imunidade tributária atua como limitação ao poder de tributar e existe previsão de situações desse impedimento de atuação no próprio texto constitucional. Ávila aduz que “a imunidade é uma blindagem constitucional à incidência da norma impositiva tributária. A imunidade é sempre prevista no texto constitucional”⁹⁰.

Amaro leciona a respeito da imunidade tributária:

[...] a Constituição abre campo para a atuação de outros tipos normativos (lei complementar, resoluções do senado, convênios) que, em certas situações, também balizam o poder legislador tributário na criação ou modificação de tributos, o que significa que os limites da competência tributária não se resumem aos que estão definidos no texto constitucional. Esse complexo normativo delimita a competência, vale dizer, traça as fronteiras do campo em que é exercitável o poder de tributar [...]. Nas situações que ultrapassam os limites fixados, ou desatendem a princípios ou formas estabelecidas, o que se passa não é que a competência seja vedada, ela simplesmente inexistente. A lei que pretendesse tributar situação imune não feriria, propriamente (ou somente), o preceito constitucional da

⁸⁹ Arts. 150 a 152 da CFRB.

⁹⁰ ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 151/152.

imunidade, mas sim exerceria competência tributária que não lhe é autorizada.⁹¹

Ainda, destaca Ávila:

As imunidades tributárias são previstas no texto constitucional com o objetivo de “conferir efetividade a determinados direitos e garantias fundamentais reconhecidos e assegurados às pessoas e às instituições. Constituem, por isto mesmo, expressões significativas das garantias e de ordem instrumental, vocacionadas, na especialidade dos fins a que se dirigem, a proteger o exercício da liberdade sindical, da liberdade de culto, da liberdade da organização partidária, da liberdade de expressão intelectual e da liberdade de informação. A imunidade tributária não constitui um fim em si mesma. Antes, representa um poderoso fator de contenção do arbítrio do Estado na medida em que esse postulado da Constituição, inibindo o exercício da competência impositiva pelo Poder Público, prestigia, favorece e tutela o espaço em que florescem aquelas liberdades públicas”, como ensinado pelo Min. Celso de Mello no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade contra a EC 03/93, que havia autorizado a instituição do IPMF.⁹²

Trata-se do instituto da imunidade toda vez que houver no texto da Carta Política menção a não incidência e/ou proibição do exercício da competência, ainda que o texto constitucional utilize expressões diversas.

Ressalta-se que as imunidades não estão restritas aos impostos, aplicando-se as taxas e as contribuições à seguridade social, consoante estabelecem respectivamente os artigos 5º, XXXIV, e 195, § 7º, da CRFB⁹³.

Aliás, em relação à contribuição para seguridade social, o STF decidiu no julgamento da RMS 22192-9 “que o dispositivo constitucional referiu impropriamente isenção, haja vista a garantia de uma típica garantia de imunidade (e não simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência

⁹¹ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 128/129

⁹² ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 152/153.

⁹³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] § 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

social”⁹⁴. Verifica-se que, em determinadas hipóteses, ainda que não denominadas como imunidades no texto constitucional, são assim categorizadas para proteção de um interesse relevante e/ou direitos e garantias fundamentais do cidadão.

Não sendo hipótese ressaltada no texto constitucional, observados os parâmetros legais, ente competente para instituir o tributo, se entender cabível, pode excluir o crédito tributário por meio de isenções ou anistia.

Não se descarta a importância da receita para o Estado para cumprir com seu *mister*, a despeito de vinculados ou não; todavia, em algumas situações, pode o ente tributante entender necessário como estímulo ao contribuinte a concessão de uma benesse. Cabe lembrar que os recursos sempre são mais escassos do que as necessidades de investimentos, por isso devem ser tratados com eficiência e responsabilidade, ou seja, a despeito das possibilidades de estímulos, devem eles estar pautados em parâmetros legais.

Destaca-se que o princípio da eficiência, incorporado ao *caput* do art. 37 por meio da EC 19/98, traduz juridicamente uma ordem ao Poder Público de observância de cuidado com a coisa pública, além daquela norma de conduta já prevista no art. 74, II, acerca da necessidade de os três poderes manterem um “sistema interno de controle dos seus próprios atos, inclusive para deles avaliar a legalidade e a eficiência, além de estimular o controle externo (CRFB, art. 74, § 1º)”⁹⁵. Essa previsão exige um zelo ainda maior da Administração Pública em todas as suas ações.

Dentro deste contexto de legalidade, o artigo 150, § 6.º, da Constituição Federal preconiza que qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica.

Igualmente, o artigo 165, § 6.º estabelece que o projeto de lei orçamentária venha acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

⁹⁴ ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 177.

⁹⁵ ZIMMER, Aloíio Júnior. Curso de direito administrativo. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007, p. 85.

Outrossim, a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária, da qual decorra renúncia de receita, deverão estar acompanhadas de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentária e a pelo menos uma das seguintes condições: (I) demonstração pelo proponente de que a renúncia foi considerada na estimativa de receita da lei orçamentária, na forma do art. 12, e de que não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo próprio da lei de diretrizes orçamentárias; (II) estar acompanhada de medidas de compensação, no período mencionado no *caput*, por meio do aumento de receita, proveniente da elevação de alíquotas, ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição (LC, art. 101, I e II).

Evidencia-se, pois, a excepcionalidade das regras de exclusão do crédito tributário como forma de evitar a falta de compromisso em concedê-la ou concedê-la sem critérios ou sem análise dos reflexos no orçamento do ente concedente, uma vez que quem detém a competência para tributar também exerce a faculdade de isentar.

Carrazza adverte:

Deveras, a Constituição Brasileira, ao mesmo tempo em que discriminou as competências tributárias entre as pessoas políticas, deu-lhes a faculdade de não as exercitar, inclusive pela utilização do sistema de isenções (arts. 151, III, 155, § 2º, XII, “g”, e 156, § 3º, II). Assim, por integrarem o sistema constitucional tributário brasileiro, elas precisam submeter-se aos seus princípios diretores (legalidade, igualdade, segurança jurídica, etc).⁹⁶

O CTN contempla duas hipóteses de exclusão do crédito tributário: a isenção e a anistia (CTN, art. 175)⁹⁷.

⁹⁶ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 863.

⁹⁷ “A isenção atua geralmente num sistema de par de normas, em que uma é a regra, a outra, a exceção; uma é o gênero (regra), a outra é espécie (excepcionada). Uma norma diz, por exemplo, que todos os rendimentos oriundos do trabalho são tributáveis; a outra excepciona (ou “isenta”, ou declara “não tributáveis” ou “não sujeitos à incidência”) os rendimentos de aviso prévio indenizado e salário-família [...].O Código Tributário Nacional, porém, como acima já registramos, endossou a censurada lição e declarou que a isenção “exclui o crédito tributário”. Como o crédito tributário, segundo pretende o art. 142 do Código, é constituído pelo lançamento, embora “decorra” (no dizer do art. 139 do CTN) da obrigação tributária, que, por sua vez, nasce com a ocorrência do fato gerador, temos, em primeiro lugar, uma incompreensível situação em que haveria um fato gerador, que daria

A despeito da divergência da doutrina acerca do conceito de isenção⁹⁸, ela nada mais é do que a convivência harmônica das normas que tributam e das que impedem que o tributo nasça *in concreto* naquela hipótese descrita na lei e foi incorporada ao ordenamento jurídico como modalidade de exclusão do crédito tributário (CTN, art. 175, I)⁹⁹.

Amaro, ao analisar o conceito da anistia destaca que ela “[...] distingue-se da remissão. Embora ambas possam refletir uma dose de generosidade do legislador, ao conceder perdão, o objeto da remissão é o tributo e o da anistia é a infração praticada”¹⁰⁰.

A isenção, quando não concedida em caráter geral, efetiva-se em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado comprove o preenchimento das condições e o cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão (CTN, art. 179, *caput*)¹⁰¹.

nascimento a uma obrigação tributária, da qual "decorreria" um crédito, a ser "constituído" pelo lançamento, quando se sabe, desde o momento em que o fato ocorreu, que, sendo ele isento, nenhum tributo teria de ser recolhido, não se podendo, portanto, falar em tributo devido. Em segundo lugar, se o Código proclama que o crédito tributário é "constituído" pelo lançamento, a isenção (que, obviamente, não dá ensejo a que se processe o lançamento do tributo) operaria o milagre de "excluir" algo (o crédito) antes mesmo que ele fosse "constituído". Como se isso não bastasse, o Código Tributário Nacional incluiu, no mesmo dispositivo sobre "exclusão" do crédito tributário, a anistia, ao lado da isenção, o que leva a doutrina ao esmero de identificar as "diferenças" entre isenção e anistia como se utilidade houvesse em distinguir um artrópode de uma sequoia". (AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 307 e p. 310).

⁹⁸ “Embora tributaristas de renome sustentem que a isenção é dispensa legal de tributo devido, pressupondo, assim, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, na verdade ela exclui o próprio fato gerador. A lei isentiva retira uma parcela da hipótese de incidência da lei de tributação. Isenção, portanto, não é propriamente dispensa de tributo devido. Os que sustentam que a isenção é a dispensa de um tributo devido talvez se refiram ao tributo no plano da abstração, antes da incidência da norma de tributação – vale dizer, antes da ocorrência do fato gerador respectivo. A isenção seria, assim, a dispensa de tributo que não chega a existir no plano da concreção jurídica”. (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29. e.d. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 228).

⁹⁹ CTN, “Art. 175 Excluem o crédito tributário: I - a isenção; II - a anistia. Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente.

¹⁰⁰ AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 482.

¹⁰¹ Classificação de Hugo de Brito Machado. O autor ainda especifica que: “sem referência no CTN, as isenções podem ser classificadas, ainda: VI – Quanto ao elemento com que se relacionam: a) objetivas – concedidas em função do fato gerador da obrigação tributária, objetivamente considerado, isto é, em função do ato, fato, negócio ou coisa, da mercadoria, sua qualidade ou destinação; b) subjetivas – concedidas em função de condições pessoais de seu destinatário, isto é, daquele que, se inexistente a isenção, seria sujeito passivo da obrigação tributária; c) objetivo-subjetivas, ou mistas – concedidas tanto em função do fato gerador objetivamente considerado como em função de aspectos pessoais de seu destinatário. As isenções podem ser, ainda, classificadas em autonômicas e heterônomas. Diz-se que uma isenção é autonômica se esta é concedida por lei da pessoa jurídica titular da competência para instituir e cobrar o tributo ao qual se refere. Diz-se que uma isenção é heterônoma se esta é concedida por lei de pessoa jurídica diversa daquela que é titular da

Há isenções onerosas e gratuitas previstas no art. 178 do CTN. As gratuitas são concedidas sem qualquer contraprestação do beneficiário, não se sujeitando a condições. As onerosas, por outro lado, são concedidas por prazo certo e sob condição. Cumpre esclarecer que o art. 179 do CTN estabelece diferenças conceituais entre condições e requisitos.

A condição pressupõe uma contraprestação do contribuinte/indivíduo. O requisito, preenchido, transforma a isenção em verdadeiro direito de fruição ao contribuinte – isenção de ISS aos dentistas que se instalarem em determinada área do município x isenção de IPTU aos idosos. As isenções podem, também, ser concedidas em favor de determinada região do país, nos termos do parágrafo único do artigo 176 do CTN.

Por conseguinte, a exclusão do crédito tributário por meio das isenções e suas modalidades, apesar das diferenças, atua de maneira objetiva ou subjetiva como proteção a certos interesses e valores estabelecidos a critério de cada ente estatal competente para instituir o tributo.

As imunidades – até por decorrerem da própria constituição – ficam responsáveis para a preservação daqueles interesses e valores de maior relevância para, aliás, por decorrência lógica, conforme destacado por Ives Granda, existir uma uniformidade de tratamento, sob pena de torná-las incoerentes com o sistema.

Por outro lado, não se pode imaginar cada ente da federação (municípios, inclusive) abordando a matéria das imunidades a seu modo. Porém, o tratamento das isenções é mais flexível em comparação com as imunidades. Apesar da possibilidade de encampá-las como medida de caráter geral, cada ente da federação, nos termos do interesse fiscal ou político, pode concedê-las.

competência para instituir e cobrar o tributo a que se refere [...]. Na Constituição Federal de 1988, porém, a regra inverteu-se. Agora, a União está proibida de conceder tais isenções. Mesmo assim existe ainda uma hipótese de isenção heterônoma expressamente permitida na Constituição Federal de 1988. É a do art. 155, § 2º, inciso XII, alínea “e” (MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29. e.d. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 228).

CAPÍTULO 3

DIREITO FUNDAMENTAL DO ACESSO À JUSTIÇA: EM BUSCA DA EFETIVIDADE

3.1. ACESSO À JUSTIÇA E A ISENÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA NO DIREITO DA UNIÃO EUROPEIA E EM PORTUGAL: APONTAMENTOS.

Indiscutível que vivemos sempre em um processo evolutivo em todos os segmentos do saber com reflexos diretos no cotidiano das pessoas. Com o Direito não é diferente. Os institutos evoluem junto com as outras áreas com respostas e com embasamento jurídico a essas transformações.

Não se pode desconsiderar que há entre os países diversos processos de desenvolvimento em curso. Alguns se encontram em estágio mais avançado do que outros. Contudo, em relação aos países ocidentais, a despeito das diferenças de desenvolvimento, as legislações apresentam um traço comum: os direitos fundamentais.

Nas últimas décadas, fruto da evolução, com a preservação dos direitos fundamentais, os blocos econômicos ganharam espaço no cenário internacional. Nesse processo de integração, destaca-se a União Europeia, pois, muito além de uma moeda comum, os vinte e oito Estados-Membros buscam concretizar o projeto político de paz em um território arrasado pelos grandes conflitos mundiais (Primeira e Segunda Guerras Mundiais).

Acerca do Direito Comunitário europeu:

A atribuição de valor jurídico de Tratado que a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia obteve com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa constitui um facto fundamental na história da integração europeia. Certamente, a garantia para os direitos fundamentais está presente em toda evolução que, desde o final da Segunda Guerra Mundial, experimentou a conformação da Europa Unida, ainda que tenha sido necessário decorrer muito tempo e tenham tido de superar muitas dificuldades, até que, hoje em dia, a União Europeia pôde dotar-se de um texto próprio reconhecendo direitos subjetivos com as garantias próprias destas instituições jurídicas. Nestas diferentes etapas, pelas quais passou o processo de integração, a garantia dos direitos constituiu um elemento

importante, enquadrado no processo de conformação de uma União que acrescentara a integração política e não só a econômica.¹⁰²

No dizer de Mendes, o Estado constitucional deve ser compreendido na atualidade como Estado cooperativo, *in verbis*:

Estado constitucional cooperativo é um projeto universal, apesar da diversidade tipológica entre os países e das diferenças entre suas culturas nacionais. Estados constitucionais não existem mais apenas para si mesmos, mas, também, como referências para os outros Estados membros de uma comunidade, em um modelo de cooperação capaz de permitir, ao mesmo tempo, a preservação de suas características nacionais, mas com vocação crescente para o intercâmbio no plano internacional. O Estado constitucional cooperativo vive de redes de cooperação econômica, social, humanitária e antropológica. Há, assim, necessidade de desenvolvimento de uma cultura de cooperação.¹⁰³

Os tratados instituidores da U.E. fazem o papel de constituição dessa união de direitos - constituição material, desafiando os estudiosos a reverem todos os institutos jurídicos até então consolidados, uma vez que, apesar de se valerem dos princípios da federação, ainda não há uma definição jurídica precisa para essa nova forma de organização do poder político e divisão de competências.

Começa-se esse desafio de (re) construção dos institutos por meio de uma releitura do conceito de soberania. Os Estados-Membros delegam parte da sua soberania à U.E., a qual possui competência exclusiva para legislar sobre determinadas matérias, a fim de consolidar um espaço de liberdade, segurança e justiça. Miguel Poiares Maduro faz uma abordagem primorosa sobre algumas questões tortuosas sobre o direito comunitário europeu. Segundo o autor, a aplicação de conceitos tradicionais coloca em choque o direito interno e o direito comunitário, criando um conflito desnecessário/inexistente para dois sistemas que devem ser complementares. O autor faz uma abordagem em três níveis.

No primeiro deles, avalia a necessidade de um novo e mais amplo conceito de comunidade política para embasar uma definição de povo europeu. Por

¹⁰² SILVEIRA, Alessandra e Mariana Canotilho (org). **Cartas dos Princípios de Direito da União Europeia**. Quid Juris. 2011

¹⁰³ MENDES, Gilmar. **Uma carta de direitos humanos do Mercosul**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 13/03/2015.

meio desse novo conceito, asseguram-se direitos dos indivíduos em outras ordens jurídicas e potencializa-se a liberdade de circulação entre os territórios.

Num segundo momento, o renomado autor aborda a legitimidade dessa nova ordem comunitária, afirmando que esse novo constitucionalismo deve ser capaz de preservar os interesses em jogo, sejam eles da maioria ou da minoria. Isso, por vezes, levará a conclusões paradoxais de que as instituições nacionais podem, em dado momento, concretizar melhor os ideais constitucionais comunitários; contudo, uma conclusão inversa também é verdadeira, gerando um acréscimo democrático aos estados nacionais na medida em que impõem uma revisão do direito interno editado no interesse de alguns – *superavit* democrático.

Maduro, analisa, por fim, a necessidade de aplicação coerente e integrada do direito da U.E. entre os tribunais nacionais e o Tribunal de Justiça da União Europeia como partes de um único sistema jurídico pluralista.

Nesse sentido, o autor sustenta: “Este discurso entre diferentes ordenamentos jurídicos e instituições é mais uma forma de expansão do constitucionalismo resultante da comunidade política europeia emergente, uma vez que promove um processo deliberativo para lá das comunidades nacionais”¹⁰⁴.

A U.E. é uma realidade jurídica, construída a partir do objetivo político de consolidação da paz no território. Desponta como uma nova forma de organização política e distribuição de competências que busca, através dos estudiosos, uma sistematização da fenomenologia jurídica.

A U.E. atua sob três formas de instrumentos normativos, quais sejam, as diretivas, os regulamentos e as decisões. As primeiras são obrigatórias quanto aos seus fins e facultativas em relação aos meios. Os segundos são obrigatórios de imediato aos Estados-Membros e aos cidadãos, e as últimas – decisões – são individuais e concretas, implicando em aplicação de multas. As retaliações políticas são as mais temidas, por isso, até 2014 não havia notícias de descumprimento por parte dos Estados-Membros. Nesse sentido, a existência de normas da U.E. faz com que ela também exista nos Estados-Membros e haveria comprometimento das condições de efetividade caso existisse conflito positivo das normas internas e

¹⁰⁴ MADURO, Miguel Poiars. **O *superavit* democrático europeu**. *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), 2001, p. 119-152.

aquelas provenientes da U.E.. Por conseguinte, destaca Alessandra Silveira que: “da mesma forma que o Estado cria direito e vincula-se a ele, a União Europeia cria direito e vincula-se ao direito que ela própria cria. Como é exaustivamente referido pela doutrina, a ordem jurídica europeia é dotada: 1) de instituições próprias, 2) de processos tendentes a emitir e interpretar as normas europeias, 3) de mecanismos tendentes a sancionar a sua eventual violação”¹⁰⁵.

Destaca-se que na U.E. há um Poder Judiciário responsável por unificar a aplicação do Direito da União a todos os cidadãos europeus. Por meio da atual distribuição de competências na U.E., o judiciário transformou-se em protagonista do sistema, mas não imune a críticas no âmbito interno, a ponto de alguns a qualificarem como a Europa dos Juízes¹⁰⁶.

Haveria, naturalmente, não fosse esse mecanismo, uma insegurança jurídica em decorrência das várias interpretações emitidas nos tribunais dos Estados-Membros, além de uma tendência dos magistrados nacionais afastarem a aplicação do direito comunitário para dar prevalência ao direito nacional.

Nesse viés, todo o magistrado nacional, quando tiver dúvida fundada sobre a aplicação do direito comunitário, deverá provocar a manifestação do TJUE, por meio do recurso prejudicial, no qual o tribunal estipulará a interpretação do direito comunitário naquele caso concreto. A interpretação do TJUE vincula todos os demais países e a própria U.E. que, não raras vezes, acaba por emitir diretivas após as decisões da Corte de Justiça Europeia.

No atual quadrante, funcionalmente, todo magistrado nacional integra o PJUE. Nesse sentido, há necessidade de uma revisão das fontes do direito, uma vez que a jurisprudência passa a exercer um papel até então central sobre os ordenamentos nacionais.

¹⁰⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. Quid Juris. 2011, pg 28.

¹⁰⁶ Assim, a realização das obrigações resultantes dos tratados exige que as normas europeias se apliquem “de pleno direito, no mesmo momento, e com idênticos efeitos em todo o território da Comunidade,” (4) sem que os Estados-Membros lhes possam opor qualquer obstáculo. Daí que o direito da União — e a interpretação jurídica levada a efeito pelo TJUE — sejam factores determinantes do processo de integração europeia. Através da sua tarefa hermenêutica, o TJUE assumiu um papel impulsionador do processo de integração — e fê-lo através de métodos interpretativos que não se limitam à letra dos tratados e das disposições que deles derivam, mas antes procuram revelar o seu espírito por apelo à efectividade do direito da União (SILVEIRA, Alessandra. **A Autonomia institucional/processual dos Estados-Membros e a efetividade do Direito da União Europeia na jurisprudência do TJUE**. Escola de Direito da Universidade do Minho. Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda).

A aplicabilidade das normas também sofre uma releitura, uma vez que passam a ser aplicadas em rede, inexistindo, propriamente, hierarquia entre os ordenamentos nacionais e as normas emitidas pela U.E. Fala-se, pois, em aplicação das normas em rede, a ponto, por exemplo, de prevalecer a norma nacional quando o nível de proteção do direito fundamental for mais elevado do que aquele previsto no âmbito da comunitária.

O sistema europeu vincula obrigatoriamente os Estados-Membros ao TJUE e as decisões têm caráter vinculativo, diferentemente do que ocorre, por exemplo, no bloco do Mercosul onde o Tribunal é arbitral, de vinculação facultativa, e as Cortes nacionais são apenas órgãos consultivos.

O DUE é instrumento de efetivação dos direitos de cidadania comunitários, sendo o TJUE protetor e indutor da tutela pelos Estados-Membros. O devido processo legal respeita esses contornos para os membros da U.E.

Destarte, como em todo sistema, as violações aos direitos subjetivos acontecem. Por isso, o acesso à justiça está entre as garantias fundamentais à disposição dos cidadãos europeus. A assistência judiciária gratuita, no âmbito do TJUE, está prevista em regulamento próprio do tribunal e os pedidos são diferenciados conforme o tipo de ação em curso (arts. 115 e seguintes).

A questão do apoio judiciário no âmbito dos tribunais nacionais, cujos feitos tenham dimensão transfronteiriça, está prevista na Diretiva 2003/8/CE¹⁰⁷, sendo objetivo dessa regulamentação melhorar o acesso à justiça através do estabelecimento de regras comuns e mínimas em feitos dessa natureza.

O art. 1º, nº 2, define que “a presente directiva aplica-se aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial e independentemente da natureza do órgão jurisdicional. Não abrange nomeadamente as matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas”.

Por sua vez, o art. 2º, nº 1, traz a definição de litígios transfronteiriços, emoldurando que “para efeitos da presente directiva, entende-se por litígio transfronteiriço o litígio em que a parte que requer apoio judiciário na aceção da

¹⁰⁷ Directiva 2003/8/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003, relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios (Disponível em: www.eur-lex.europa.eu. Acesso em 20.07.2014.

presente directiva tem domicílio ou reside habitualmente num Estado-Membro diferente do Estado-Membro do foro ou em que a decisão deve ser executada”.

O art. 5º, nº 1, estabelece que “a situação económica de uma pessoa deve ser avaliada pela autoridade competente do Estado-Membro do foro, tendo em conta diferentes elementos objectivos, como o rendimento, o património ou a situação familiar, incluindo uma avaliação dos recursos das pessoas que dependem financeiramente do requerente”.

A concessão do apoio, todavia, não escapa de uma avaliação subjetiva na medida em que a autoridade deverá aferir as condições económicas do requerente para conceder o benefício.

Aliás, casos em que for aferida de forma prévia a inviabilidade do direito, poderá ser retirado o apoio para litigar em juízo. Isso porque o apoio pode ser concedido em três formas diferentes, nos termos do art. 3º, nº 2: “a) O apoio pré-contencioso tendo em vista um acordo prévio a uma eventual acção judicial; b) A assistência jurídica e a representação do beneficiário em juízo, bem como a dispensa ou a assunção dos encargos do beneficiário com o processo, nomeadamente os encargos referidos no artigo 7.o e os honorários das pessoas mandatadas pelo tribunal para realizar diligências durante o processo”.

Outrossim, a normativa limita-se a prever o beneplácito às pessoas físicas/singulares, consoante disposto no art. 3º, nº 1: “Toda a pessoa singular envolvida num litígio abrangido pela presente directiva tem o direito de receber apoio judiciário adequado, por forma a garantir o seu acesso efectivo à justiça, nas condições previstas na presente directiva”.

No julgamento do processo nº C-279/09, o TJUE foi chamado a apreciar a questão prejudicial atinente à proteção jurisdicional efetiva e à possibilidade de concessão de isenção de custas e assistência por advogado às pessoas jurídicas – coletivas –, uma vez que essa possibilidade não estava prevista na diretiva suso mencionada e fora indeferida no âmbito nacional¹⁰⁸.

Na Alemanha, país de origem, o juiz/tribunal da questão prejudicial entendeu que estão dispensadas de fazer qualquer prova de ausência de condições económicas as pessoas físicas que estiverem pleiteando a implementação de

¹⁰⁸ Disponível em: www.eur-lex.europa.eu. Acesso em 26.07.2014.

direitos sociais, devendo, em outras circunstâncias, demonstrarem a sua falta de condições económicas para suportar as despesas do processo pleiteando a benesse; as pessoas jurídicas – coletivas –, que devem dispor de recursos até para cumprirem suas finalidades, não poderiam gozar de isenção em nenhuma hipótese.

Nas manifestações do Advogado-Geral, Paolo Mengozzi, considerandos 56, 89 e 103, vislumbra-se o equacionamento da questão:

Durante a audiência, o Governo alemão foi convidado a esclarecer em que condições é calculada a taxa de justiça. Nessa oportunidade, expôs que a legislação alemã na matéria estabeleceu uma tabela, de modo que, em função do valor estimado do litígio, o particular pode conhecer antecipadamente, com toda a transparência, o montante da taxa que deverá pagar. Consoante este valor, é aplicada uma determinada percentagem para o cálculo da taxa. O Governo alemão precisou que a taxa prosseguia essencialmente o objectivo de impor aos utentes do serviço público da Justiça a participação no seu financiamento. Não sendo a taxa cobrada nos litígios de menor importância financeira suficiente para cobrir o custo real do processo, a taxa arrecadada com os litígios de maior valor é mais elevada. Foi tendo em conta o conjunto destas considerações que a taxa de justiça a pagar pela DEB foi fixada em aproximadamente 275 000 euros. [...] Creio, seguidamente, no momento de reflectir sobre a protecção jurisdicional oferecida aos particulares no respeitante aos direitos que lhes são conferidos pelo direito da União, que deve ser feita uma dupla distinção, que não é feita explicitamente pela legislação alemã, mas que dela podemos facilmente deduzir. É necessário, com efeito, distinguir se estamos perante pessoas singulares ou pessoas colectivas e, de seguida, se estamos perante uma pessoa colectiva com ou sem fim lucrativo. A jurisprudência nacional relativa ao § 116, n.º 2, do ZPO tende, na verdade, a combater acções abusivas que possam eventualmente ser intentadas por pessoas colectivas que prossigam um fim lucrativo e cujo único objectivo da sua constituição seja o de obter algum lucro com a mera actividade processual. Nestas circunstâncias, não creio que a obrigação de assegurar a tais entidades jurídicas um acesso efectivo a um tribunal, apesar de o seu preço dever ser suportado pelo erário, e mesmo em nome da efectividade do direito da União, possa ser imposta aos nossos Estados-Membros.[...] Tendo em conta o facto de, no estado actual do direito da União, não existir qualquer princípio geral que exija que os Estados-Membros concedam apoio judiciário às pessoas colectivas nas mesmas condições que às pessoas singulares, a compatibilidade com o direito da União de uma regulamentação nacional que subordina a propositura de uma acção de responsabilidade do Estado pela violação do direito da União ao pagamento de uma taxa, e que prevê que o apoio judiciário, que tem nomeadamente por objecto isentar a parte requerente do pagamento desta taxa, não pode ser concedido a uma pessoa colectiva que, estando impossibilitada de efectuar o referido pagamento, se verifica não preencher as condições restritivas previstas pela referida regulamentação, deve ser

examinada tendo em conta o lugar ocupado por esta regulamentação no processo no seu todo.

No entanto, o TJUE, fundado no princípio da proteção jurisdicional efetiva, previsto na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (art. 47), entendeu que não se pode excluir *a priori* ninguém da concessão de isenção de custas e assistência sem considerar determinados requisitos, tais como: a forma e o fim lucrativo ou não da pessoa coletiva em causa, bem como a capacidade financeira dos seus sócios ou acionistas e a possibilidade de estes obterem as quantias necessárias para a propositura da ação¹⁰⁹.

Em Portugal, há regulamentação própria sobre o tema, existindo o conceito de isenção de taxa de justiça e outro, distinto, de dispensa de pagamento da taxa de justiça por insuficiência de meios económicos (a dispensa de pagamento pressupõe que não haja isenção da taxa de justiça e encontra-se regulada num diploma diferente).

A isenção de custas é definida em função da qualidade dos sujeitos processuais ou do objeto da ação e apenas se verifica nos casos que, taxativamente, estão previstos na lei (art. 4º do Regulamento das Custas Processuais¹¹⁰), ou seja, os sujeitos processuais que se beneficiem de isenção de

¹⁰⁹ “O princípio da protecção jurisdicional efectiva, como consagrado no artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, deve ser interpretado no sentido de que não está excluído que possa ser invocado por pessoas colectivas e que o apoio concedido em aplicação deste princípio pode abranger, designadamente, a dispensa de pagamento antecipado dos encargos judiciais e/ou a assistência de um advogado. Incumbe ao órgão jurisdicional nacional verificar se os requisitos de concessão do apoio judiciário constituem uma limitação do direito de acesso aos tribunais susceptível de prejudicar a essência desse direito, se têm um objectivo legítimo e se existe uma relação razoável de proporcionalidade entre os meios utilizados e o objectivo prosseguido. No âmbito dessa apreciação, o órgão jurisdicional nacional pode tomar em consideração o objecto do litígio, as hipóteses razoáveis de sucesso do requerente, a gravidade do que está em causa para este, a complexidade do direito e do processo aplicáveis bem como a capacidade de o requerente defender efectivamente a sua causa. Para apreciar a proporcionalidade, o órgão jurisdicional nacional pode também ter em conta a importância dos encargos judiciais que deve ser paga antecipadamente e o carácter insuperável, ou não, do obstáculo que estes eventualmente representam para efeitos do acesso à justiça. No que respeita mais concretamente às pessoas colectivas, o órgão jurisdicional nacional pode tomar em consideração a situação destas. Assim, pode tomar em conta, designadamente, a forma e o fim lucrativo ou não da pessoa colectiva em causa bem como a capacidade financeira dos seus sócios ou accionistas e a possibilidade de estes obterem as quantias necessárias para a propositura da acção” (Disponível em: www.curia.europa.eu. Acesso em 25/06/15.

¹¹⁰ Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, com a declaração de retificação n.º 22/2008, de 24 de abril, alterado pela Lei n.º 43/2008, de 27 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 181/2008, de 28 de agosto, pelas Lei n.ºs 64-A/2008, de 31/12, e 3-B/2010, de 28 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 52/2011, de 13 de

custas, não terão que proceder a qualquer pagamento, porque se encontram isentos. Já a dispensa do pagamento da taxa de justiça apenas se aplica aos casos que não se encontram abrangidos pela isenção de custas e que se encontrem em uma situação de carência econômica.

Nesses casos, os interessados devem se dirigir ao órgão administrativo competente – Segurança Social – e solicitar apoio judiciário na modalidade de dispensa de taxa de justiça (trata-se aqui de um procedimento administrativo e não judicial). A partir dessa iniciativa, o órgão administrativo – Segurança Social – analisa o pedido e verifica se o requerente se encontra ou não em uma situação de dificuldade econômica. Essa apreciação é feita em função dos rendimentos do requerente e do grupo familiar e com base numa fórmula matemática prevista em lei.

Em função do resultado, a Segurança Social pode conceder a dispensa do pagamento da taxa de justiça (e neste caso é a própria Segurança Social que suporta as custas do processo); pode rejeitar a concessão de dispensa e, neste caso, é o próprio sujeito processual que terá de suportar as custas do processo; ou pode conceder ao sujeito processual a possibilidade de pagar as taxas de justiça em prestações. Sendo concedida a dispensa, se em momento posterior o sujeito processual obtiver meios econômicos, pode ser revogada a concessão da dispensa de pagamento.

A isenção das custas aplica-se *ex lege* e de forma automática. A dispensa de taxa de justiça, não. Depende de uma iniciativa do interessado (que tem que iniciar o respectivo procedimento administrativo junto ao órgão administrativo – Segurança Social), sendo que, como dito alhures, o pedido pode ou não ser concedido e a decisão que conceder ou não a dispensa de pagamento é administrativa e, não, judicial.

Outra figura que existe no regramento português é a figura do agravamento das taxas de justiça para qualquer providência cautelar, ação, procedimento ou execução intentados pelas sociedades comerciais que, no ano anterior, tenham proposto duzentas ou mais ações, execuções ou procedimentos executivos (art. 13.º do RCP).

3.2. AS FORMAS DE ACESSO À JUSTIÇA GRATUITO NO DIREITO BRASILEIRO

Analisando o direito fundamental do acesso à justiça sob a ótica do devido processo legal, podemos deduzir que ele deve ser proporcionado por meio de normas processuais adequadas (procedimento adequado, inexistência de óbices ao direito de ação e de defesa), que também devem ser analisados sob a ótica do aspecto substantivo¹¹¹.

Sob o aspecto formal, compete ao Poder Legislativo editar as normas para viabilizar o exercício dos direitos. O Poder Executivo tem o dever de oferecer os meios para tornar efetivos os direitos previstos em lei. Por fim, ao Poder Judiciário compete a resolução dos conflitos de interesses e, além de exigir a instituição de regras gerais justas a serem uniformemente aplicadas, deve observar as regras destinadas à fundamentação e à publicidade da atividade jurisdicional.

O direito de acesso à justiça é direito fundamental de acesso aos direitos que se enquadra no conceito de serviço público divisível, prestado ao jurisdicionado mediante contraprestação do pagamento de taxa, porque não cabe ao Estado fornecer bens e serviços a todos os cidadãos¹¹².

Nesse viés, a fim de evitar um acesso à justiça seletivo, encontramos no ordenamento jurídico institutos que viabilizam o acesso gratuito (procedimentos isentos, isenção propriamente dita e órgãos de atuação).

Giannella destaca:

Dentro da ótica da necessidade de se ver o acesso à justiça, quer como direito fundamental do homem, quer como garantia, é que se fala em acesso efetivo à justiça conforme acima citamos: não basta o direito de ação e a defesa como direito público subjetivo, mas há necessidade de se criarem mecanismos que efetivamente assegurem esse direito. E esses mecanismos devem ser verificados sob a ótica do devido processo legal: o acesso à justiça deve ser propiciado por normas processuais adequadas, normas estas que

¹¹¹ SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à justiça**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 85.

¹¹² PORTELA, Simone de Sá. Considerações sobre o conceito de mínimo existencial. **Âmbito jurídico**. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 12.01.2015.

devem ser justas, racionais e interpretadas de acordo com os princípios constitucionais do processo e sobre as quais há que se ter um controle judicial, identificando-se, a todo tempo, sua obediência ao *due process of law* em seu duplo aspecto: *procedure and substantive*. É exatamente neste ponto que as duas garantias se entrelaçam e se complementam. Nesse sentido, é que os autores costumam citar aspectos que se constituem em obstáculos à garantia do acesso à justiça –e portanto à própria tutela jurisdicional – dentre eles, os altos custos de um processo, com custas, taxas, emolumentos correspondentes, além dos honorários advocatícios.¹¹³

O legislador estabeleceu alguns procedimentos para a isenção da taxa judiciária *ex lege*. Nesses casos, ele percebeu a necessidade de estimular o acesso sem despesas em razão da relevância do bem jurídico tutelado. As demandas dos juizados especiais, as causas envolvendo criança e adolescente e as ações acidentárias são expressão dessa isenção decorrente de lei. Nos juizados especiais, por exemplo, permite-se ajuizar uma ação sem a contratação de advogado ou pagamento de custas.

As ações destinadas à defesa de direitos das crianças e adolescentes são isentas de custas por força do disposto no art. 141, § 2º, da Lei 8.069, ressalvadas as hipóteses de litigância de má-fé, bem como o § 1º assegura a assistência judiciária por meio de profissional público ou particular nomeado. Da mesma forma, as ações acidentárias são isentas de custas, consoante o disposto no art. 129, parágrafo único, da Lei 8.212/91.

Percebe-se, aqui, a preocupação estatal em relação ao direito material. Independentemente de a parte possuir condições ou não de suportar as despesas do processo, a isenção atinge a todos como forma de estimular o acesso para salvaguardar direitos de relevância também sob a ótica do Estado¹¹⁴.

Outrossim, outros dois institutos procuram viabilizar o acesso à justiça aos que comprovarem insuficiência de recursos para suportar as despesas do processo: a justiça gratuita e a assistência judiciária gratuita. Embora ambos sejam prestações

¹¹³ GIANNELLA, Berenice Maria. Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2002, p. 86.

¹¹⁴ Cabe referir, ainda, que legislações internas recebem cada vez mais interferência externas em razão de tratados internacionais assinados pelos Estados-nacionais. As autonomias internas ficaram reduzidas em determinadas matérias em razão da relevância daquele direito tutelado pela norma internacional, de modo que violações e tutelas insuficientes acabam por receber punições internacionais. A tutela efetiva dos direitos humanos é uma preocupação mundial.

do Estado, enquanto esta permite a assistência de profissional habilitado para representá-los em juízo, aquela possibilita o ajuizamento de ação sem recolhimento da taxa judiciária.

Nesse sentido:

Importante é definir que assistência judiciária [...] não se confunde com a gratuidade de justiça [...]. A assistência tem o sentido de auxílio, ajuda. Assistir significa dar auxílio, acompanhamento, presença junto com alguém, e aparece na expressão assistência judiciária, regulada pela Lei nº 1.060, de 5.2.1950, como sinônima de justiça gratuita, como um dos direitos e garantias individuais estatuídos na Constituição Federal de 1988 [...]. Portanto, a assistência judiciária deve ser entendida como uma atividade disposta a patrocinar a causa em juízo por um profissional habilitado. Assim, a dispensa das custas não pode ser incluída neste conceito, pois não é uma prestação de serviço, e sim, uma postura que o Estado assume perante os necessitados [...].¹¹⁵

Dessa forma, a despeito de conceitualmente diferentes, a legislação infraconstitucional tratou como sinônimos os institutos da justiça gratuita e da assistência judiciária gratuita (Lei 1.060/50).

O modelo de assistência jurídica adotado no modelo brasileiro é representado por serviço público prestado por servidores públicos com carreira própria e atuando por uma instituição com autonomia administrativa e financeira (CRFB, art. 134). Para tanto, a CRFB estabeleceu a Defensoria Pública como instituição essencial à função jurisdicional, incumbindo-lhe prestar assistência jurídica aos necessitados, nos termos do art. 5, LXXIV¹¹⁶.

Extrai-se da leitura do dispositivo que é assegurada assistência gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos. A dificuldade é definir o que seja a insuficiência de recursos para receber atendimento gratuito por profissional custeado pelo Estado.

Verifica-se que as Defensorias Públicas dos Estados brasileiros possuem regulamentos que não adotam um critério único e estanque para definir quem se

¹¹⁵ GIANAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência judiciária no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 24.

¹¹⁶ CRFB, art. 134, caput: "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV

enquadra no conceito de desprovido de recursos, ou seja, não é uma aferição meramente objetiva da renda familiar e/ou pessoal do assistido¹¹⁷.

O Defensor Público poderá adotar outros critérios para atender casos em que a renda do assistido ultrapasse o teto estabelecido pela Instituição, de modo que aquele que pretender atendimento deverá demonstrar a incapacidade financeira de constituir um advogado particular para se beneficiar dos serviços gratuitos.

Em verdade, pode-se fazer um juízo de proporcionalidade para atender quem *a priori* se enquadraria ou não nos padrões definidos pelo órgão administrativo, uma vez que é adequado, necessário e razoável permitir, ainda que superado o teto objetivamente previsto em lei, assistência a quem, consideradas as despesas familiares, não dispõe de recursos suficientes para contratar profissional particular.

Outrossim, excepcionalmente, pode ocorrer nomeação de Defensor Público independente da procura prévia ou da demonstração de incapacidade

¹¹⁷ “[...] Considera-se necessitado, para os fins legais, todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, de acordo com os critérios a serem fixados pelo Conselho Superior da Defensoria Pública”. Disponível em www.defensoria.sc.gov.br. Acesso em: 08.01.2013.

“[...] A Defensoria Pública presta atendimento a todas as pessoas que estejam em condição de **vulnerabilidade**, assim consideradas aquelas que, por razão da sua **idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias outras (sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais)**, encontram dificuldades em exercer seus direitos. Quanto ao **critério econômico**, consideram-se vulneráveis todas as pessoas que comprovarem renda familiar mensal, igual ou inferior a **três salários mínimos nacionais**, considerando-se os ganhos totais brutos da sua entidade familiar [...]. A Defensoria Pública também poderá atuar em favor de **pessoas jurídicas** cujo lucro mensal seja inferior a **três salários mínimos**, devidamente comprovada com a declaração anual do SIMPLES ou documento equivalente. Presume-se a hipossuficiência econômica da pessoa jurídica quando esta se constituir em entidade civil sem finalidade lucrativa ou conselho afeto às funções institucionais da Defensoria Pública, na hipótese de conflito de interesses com o ente público ao qual estiver vinculado. Como dito, o critério de atuação da Defensoria Pública não se limita ao aspecto econômico, de modo que a Instituição pode prestar orientação jurídica a todos os indivíduos que estejam em situação de **hipossuficiência organizacional**, ou seja, desde que a pessoa esteja inserida em determinado grupo social vulnerável e com pretensão diretamente associada a essa situação de vulnerabilidade. Assim, poderão constituir causas de vulnerabilidade, entre outras, a idade, a incapacidade, a pertença a comunidades indígenas ou a minorias, a vitimização, a migração e o deslocamento interno, a pobreza, o gênero e a privação de liberdade [...]”. Disponível em: www.defensoria.rs.gov.br. Acesso em: 08.01.2014.

Quem pode usar o serviço da Defensoria? Pessoas que não têm condições financeiras de pagar assistência jurídica e assim o declarar. Para comprovar essa situação, o defensor público irá perguntar sobre a renda familiar, patrimônio e gastos mensais, e poderão ser pedidos documentos para comprovar as informações. Em geral são atendidas pessoas que ganham menos que três salários mínimos. Disponível em: www.defensoria.sp.gov.br. Acesso em: 08.01.2014.

“[...] Você terá direito à assistência jurídica gratuita se sua renda familiar não for superior ao limite de isenção do Imposto de Renda. Se sua renda familiar ultrapassar o valor de isenção do Imposto de Renda, e você tem gastos extraordinários, como despesas com medicamentos, material especial de consumo, alimentação especial, etc., você pode ter assistência da DPU, se comprovar isto [...]”. Disponível em: www.dpu.gov.br. Acesso em: 08.01.2014.

financeira à instituição pelo interessado, nos termos do disposto na art. 263 do Código de Processo Penal¹¹⁸.

Nesse caso, faz-se a nomeação de defensor para atuar no feito, que pode ser defensor público, e, ao final, verificando a capacidade financeira, arbitrar honorários em favor do profissional ou da Defensoria Pública, haja vista a impossibilidade de o agente público receber valores, consoante proibição expressa no art. 46, inc. III, da Lei Complementar 80/94¹¹⁹.

Importante é perceber que os critérios objetivos fixados não são absolutos ou intransponíveis no caso concreto.

Ademais, cabe verificar que a assistência em juízo pode ocorrer por profissional particular, um advogado, e, para aqueles que não dispuserem de recursos para pagarem honorários advocatícios, o Estado tem o dever de instituir e organizar as Defensorias Públicas para disponibilizar profissionais a essa parcela da população.

De qualquer forma, o jurisdicionado pode requerer a isenção da taxa judiciária independentemente de quem o esteja assistindo – advogado particular ou público, uma vez que a taxa judiciária é devida em razão da prestação do serviço público prestado ao jurisdicionado.

A assistência judiciária gratuita não importa por si só na concessão da justiça gratuita, ou seja, depende novamente de requerimento e de comprovação incidental no processo judicial de ausência de recursos, porquanto a atuação administrativa do Defensor Público não interfere na relação jurídico-tributária-processual do Estado- juiz, embora possa ser considerada por ele no momento da concessão ou não do beneplácito da gratuidade.

Destarte, a justiça gratuita é requerida pela parte ao juiz da causa no momento da interposição da ação, sob argumento de não dispor de recursos para suportar as taxas sem comprometer o sustento próprio ou familiar, ao passo que a

¹¹⁸ Código de Processo Penal, Art. 263: “Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz”.

¹¹⁹ Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 08.01.2014.

assistência judiciária gratuita é solicitada pela parte ao Defensor Público em momento anterior para atuar em juízo, assistindo-a.

As ações cíveis interpostas pelas partes devem receber um valor, sob pena de indeferimento da inicial por inépcia¹²⁰. As ações penais têm o valor das custas calculadas no final, sendo o Ministério Público isento de pagamento.

O valor atribuído à causa servirá de base de cálculo para o cálculo das taxas devidas em razão da prestação do serviço público. Contudo, nem todos os valores devidos em razão da prestação jurisdicional adentram no conceito de custas judiciais.

Nery, ao abordar a matéria, consigna:

Despesas do processo. São todos os gastos necessários despendidos para fazer com que o processo cumpra sua finalidade ontológica de pacificação social. No conceito de despesas estão compreendidas as custas judiciais, os honorários periciais, as custas periciais, as multas impostas às partes, as despesas dos oficiais de justiça (para citação, arrecadação, penhora, cumprimento de mandado judicial etc.), a indenização, as diárias, a condução das testemunhas etc. Os honorários não são despesas e vêm tratados no CPC 20 §§ 3.º a 5.º.¹²¹

Pode-se definir também a taxa judiciária no âmbito processual como espécie do gênero despesas¹²² e excluir desses conceitos os honorários advocatícios¹²³.

¹²⁰ Código de Processo Civil, art. 282, inc. V e art. 284, *caput* e parágrafo único.

¹²¹ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 232.

¹²² ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. CUSTAS. ISENÇÃO. Em relação à isenção invocada pelo agravante, cumpre referir que, interpretando sistematicamente os artigos 27 do CPC e 39 da LEF, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o ente estatal deve antecipar o pagamento das despesas processuais que não se inserem no conceito de custas, tais como gastos com perito, oficial de justiça, leiloeiro e depositário. Transcrevo a ementa do REsp n.º 1.144.687/RS, submetido à sistemática do artigo 543-C do CPC. Não há, nos autos, notícia de que o orçamento do Tribunal do Estado do Paraná prevê verba específica para custeio das despesas de oficiais de justiça (IN n.º 02/2012, da Corregedoria-Geral de Justiça/TJPR), nos termos da Resolução n.º 153 do CNJ, de 06/07/2012. Nesse contexto, desobrigar o INCRA de efetuar o recolhimento antecipado de valores a esse título implicaria impor ao próprio auxiliar do juízo o ônus de arcar com as despesas de condução, situação esta não acolhida pela jurisprudência. (TRF4, AG 5013599-15.2013.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 05/09/2013). Disponível em: <http://www2.trf4.jus.br>. Acesso em: 07.01.2013.

¹²³ Súmula 345: “São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas”. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 07.01.2013.

As custas judiciais possuem natureza de tributos¹²⁴ na modalidade de taxa, submetidas ao regime jurídico tributário (STF, ADI 3694/AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence)¹²⁵. Por sua vez, os demais valores devidos em razão da tramitação do feito, como, por exemplo, honorários advocatícios e multas impostas às partes que não integram a natureza daquelas, possuem natureza de débito civil.

Entretanto, à luz das diferenças conceituais e a despeito de a concessão judicial de isenção das custas ensejarem uma análise fática semelhante da incapacidade econômico-financeira do requerente, tal concessão encontra-se submetida a regras de um microssistema muito mais restrito.

A celeuma reside em definir quem faz jus à justiça gratuita. Alguns magistrados entendem que a concessão da benesse da isenção desafia apenas a declaração de carência preconizada no art. 4º, *caput*, da Lei 1.060/50¹²⁶; outros, após o advento da CRFB, exigem, nos termos do art. 5, inc. LXXXIV, a comprovação de insuficiência de recursos para deferir o benefício¹²⁷.

Oportuno salientar que o Supremo Tribunal Federal assentou em precedente não vinculativo que se presume a incapacidade da pessoa natural que alegar insuficiência de recursos e desafia a comprovação da necessidade por parte da pessoa jurídica que requer o benefício (Rcl 1903 – SP)¹²⁸.

¹²⁴ CTN, “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

¹²⁵ CRFB, “art. 145 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I - impostos; II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição”.

¹²⁶ AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO REIVINDICATÓRIA. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA ECONÔMICA DEMONSTRADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.077591-2, de Araranguá, rel. Des. Victor Ferreira, j. 12-04-2012). Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 03.01.2014.

¹²⁷ AÇÃO REIVINDICATÓRIA. JUSTIÇA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE IMPOSSIBILIDADE DE SUPOORTAR AS DESPESAS PROCESSUAIS SEM PREJUÍZO DO PRÓPRIO SUSTENTO. INEXISTÊNCIA DE DOCUMENTOS NOS AUTOS QUE COMPROVEM, COM A NECESSÁRIA SEGURANÇA, A ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA. EVIDÊNCIAS EXTERIORES SINALIZANDO A INSINCERIDADE DOS PRETENDENTES. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, ART. 5º, INC. LXXIV. RECURSO DESPROVIDO. 1. Após o advento da Constituição Federal de 1988, a hipossuficiência não se presume, prova-se (art. 5º, LXXIV). 2. Não há, pois, como conceder-se o benefício da gratuidade judiciária a quem não comprova, com a necessária certeza, a alegada situação de hipossuficiência, tanto mais se o processo evidencia que os pretendentes litigam pela propriedade de considerável patrimônio imobiliário. (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2011.080360-6, de Araranguá, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. 17-05-2012). Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 03.01.2014.

¹²⁸ Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 08.01.2014.

O fato é que a falta de regulamentação atualizada dos preceitos constitucionais gera diferentes interpretações por parte dos aplicadores do direito. A falta de segurança decorre da inexistência de legislação atualizada e de interpretações diferentes por parte dos aplicadores.

Aliás, o novo Código de Processo Civil, atualmente em *vacatio legis*, apesar de trabalhar com o conceito de justiça gratuita, não resolveu a celeuma na medida em que não definiu o que é necessário para o gozo da gratuidade, se a mera declaração e/ou a comprovação da incapacidade de suportar a taxa sem comprometer o sustento próprio ou familiar, e tampouco elaborou um parâmetro ou conceito de hipossuficiente para fins de isenção das custas processuais.

Portanto, enquanto a assistência judiciária é o acompanhamento em juízo por profissional habilitado, a justiça gratuita é comportamento do Estado de não exigir valores para litigar em juízo. Ocorre que, no caso da justiça gratuita, a definição da condição de carente é deliberação do juiz no caso concreto¹²⁹.

Assim, na ausência de critérios legais atualizados para concessão da justiça gratuita, deve-se reservá-la apenas aos que comprovarem a ausência de recursos, conforme o preceito constitucional? Quais fundamentos o juiz deve observar para definir a necessidade de cada um dos requerentes?

3.3. A AUTORIDADE JUDICIÁRIA BRASILEIRA E A INTERPRETAÇÃO NA CONCESSÃO DE ISENÇÃO DA TAXA JUDICIÁRIA

O Poder Judiciário exerce precipuamente a função jurisdicional. Ao STF, como órgão de cúpula do Poder Judiciário, além da competência negativa de afastar a aplicabilidade de normas inconstitucionais, fora delegada a função de atribuir

¹²⁹ “Daí a constação inafastável de que a aplicação do Direito não é apenas um ato de conhecimento – revelação do sentido de uma norma pré-existente –, mas também um ato de vontade – escolha de uma possibilidade dentre as diversas que se apresentam. O direito constitucional define a moldura dentro da qual o intérprete exercerá sua criatividade e seu senso de justiça, sem conceder-lhe, contudo, um mandato para voluntarismos de matizes variados. De fato, a Constituição institui um conjunto de normas que deverão orientar sua escolha entre as alternativas possíveis: princípios, fins públicos, programas de ação” (BARROSO, Luís Roberto (org). **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3ª ed. Revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 9).

sentido vinculante a normas a todos os órgãos da sua estrutura e da Administração Pública. Não bastasse, o STJ detém, ainda, a função de pacificar a jurisprudência nacional.

Dessa forma, e não poderia ser diferente no Estado Democrático de Direito, ganhou o Judiciário um papel de destaque em proteger os valores relevantes das sociedades modernas. Outrora, ao Executivo eram delegadas todas as funções e, posteriormente, o Legislativo assumiu destacada posição ao editar os supostos códigos perfeitos; aos magistrados era vedada a interpretação da lei. No atual quadrante, a despeito da relevância do fato e da norma, os valores atribuídos pelos magistrados fazem parte da criação judicial do direito.

A análise judicial do direito será exercida pelo livre convencimento motivado, uma vez que todas as decisões proferidas devem corresponder a uma interpretação justificada do julgador.

Aos juízes é delegada a função de julgar, sendo necessária a fundamentação com coerência lógica, harmônica e sistêmica dos institutos envolvidos para a solução do caso concreto. A interpretação nasce da comparação. Interpretar a norma é atribuir o sentido do intérprete ao texto normativo. Não basta interpretá-lo; essa interpretação precisa ser válida dentro do complexo sistema normativo.

A construção racional da decisão fundamentada passa pela análise da norma jurídica, aqui empregada no sentido de ser instituto editado por órgão competente, obedecido o devido processo legal legislativo, respeitados, outrossim, os direitos e as garantias fundamentais.

Bobbio destaca:

Se, então, observarmos a passagem da lei ordinária para a decisão judicial, entendida como regra do caso concreto, encontraremos, na maior parte das legislações, ambos os limites. As leis relativas ao direito substantivo podem ser consideradas, sob certo prisma (desde que entendidas como regras dirigidas aos juízes antes que aos cidadãos), como limites de conteúdo ao poder normativo do juiz; em outras palavras, a presença da lei de direito substancial faz com que o juiz encontre uma solução naquilo que as leis estabelecem. Quando se diz que o juiz deve aplicar a lei, no sentido de que o conteúdo da sentença deve corresponder ao conteúdo de uma lei. Se essa correspondência não ocorre, a sentença do juiz deve ser declarada inválida, da mesma maneira que uma lei ordinária que não conforme à Constituição. As leis relativas ao processo constituem, ao

contrário, os limites formais da atividade do juiz, isso quer dizer que o juiz está autorizado a editar normas jurídicas no caso concreto, mas deve editá-las segundo um rito em grande parte estabelecido pela lei.¹³⁰

Daí concluir-se que a hermenêutica da decisão judicial deve partir e encerrar-se na norma jurídica – princípios e regras – para ser válida, havendo uma liberdade maior no poder criativo do julgador, segundo Norberto Bobbio, quando estivermos diante de uma norma de direito processual.

Aliás, “Por vivermos em um Estado de Direito, a proteção de qualquer interesse, independentemente de sua extensão ou de quem sejam os seus titulares, há de se dar na forma prescrita no ordenamento jurídico”¹³¹.

Deve-se ressaltar que o devido processo legal traz em si uma obrigação de segurança jurídica direcionada a todos os envolvidos na relação jurídica, de modo a garantir a compreensão das decisões e das condutas adotadas.

Ávila ressalta que:

Em suma, o princípio da segurança jurídica implica em processos de determinação, de legitimação, de argumentação e de fundamentação que viabilizem a controlabilidade semântico-argumentativa da atuação estatal, de um lado, e a respeitabilidade da ação do contribuinte fundada no Direito, de outro, bem como, por via reflexa, da argumentação referente a essa ação. De fato, essa exigência de transparência argumentativa torna visível a aplicação do Direito [...]. Seguindo a trilha aberta por essa afirmação, poder-se-ia dizer que o princípio da segurança jurídica, nessa acepção de respeito não apenas pela ação – mas pela argumentação pela argumentação que lhe é atinente –, não só exige respeitabilidade, mas também transparência de respeitabilidade pelo contribuinte. Por esse viés, pode-se falar em objetividade discursiva no trato dos princípios, de modo a garantir, no discurso intersubjetivo, a inteligibilidade dos desacordos [...].¹³²

Ainda, Mancuso:

Desse modo, a jurisprudência tanto pode ser tomada num sentido formal, já antes enunciado, como num sentido substancial, quando

¹³⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011. Título original: *Teoria dell'ordinamento giuridico*, p. 67.

¹³¹ GRACIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 66.

¹³² ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 285.

ela vem referendada pela credibilidade social, ou seja, o que se agrega à jurisprudência quando a comunidade jurídica e a própria sociedade prestigiam a produção dos Tribunais, nela reconhecendo a boa e correta interpretação dos textos. Uma tal jurisprudência, a par do respaldo da *communis opinio doctorum*, ainda vem ao encontro do sentimento médio de justiça, presente e atuante dentre os destinatários da resposta judicial, ou seja, os jurisdicionados. Conquanto a eficácia coercitiva do resultado da atividade judicante não dependa, dentre nós, do sufrágio popular, não é menos certo que “todo poder emana do povo, que o exerce por meio dos representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único), de sorte que legitima a expectativa com os valores preponderantes na comunidade, dentre os quais sobrelevam o justo e equitativo.”¹³³

Analisando o conceito de assistência judiciária gratuita foi possível verificar que existe critério objetivo para análise individual da necessidade do postulante para a concessão do benefício. Ficou assentado ainda que, não obstante o critério objetivo, o profissional responsável pode sopesar a necessidade do assistido no caso concreto apesar de superar o *quantum* da renda familiar/individual previsto para atendimento gratuito.

No que tange à justiça gratuita, a CRFB, no art. 5º, LXXIV, desafia a comprovação de insuficiência de recursos para concessão da mesma; o art. 4º da Lei n. 1.060/50, por sua vez, dispõe que basta a declaração da parte de que não está em condições de pagar as custas do processo e honorários advocatícios, sem prejuízo próprio ou de sua família.

Não há, todavia, consenso sobre a matéria no STJ¹³⁴, que é responsável pela pacificação da jurisprudência nacional¹³⁵; nos demais tribunais inferiores há

¹³³ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 53.

¹³⁴ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. MULTA DO ART. 538, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC. AFASTAMENTO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DECLARAÇÃO DE POBREZA. PRESUNÇÃO RELATIVA. SÚMULA N. 83. COMPROVAÇÃO DA HIPOSSUFICIÊNCIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. 1. Admite-se a comprovação do preparo mediante a juntada de comprovante de pagamento emitido via internet, desde que possível, por esse meio, aferir a regularidade do pagamento das custas processuais e do porte de remessa e de retorno. 2. Não viola o art. 535 do CPC, acórdão que, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais. 3. É inviável a aplicação da multa prevista no parágrafo único do art. 538 do Código de Processo Civil se os embargos declaratórios não tiveram o propósito manifesto de procrastinar o feito. Aplicação da Súmula n. 98/STJ. 4. O órgão julgador, de acordo com os elementos probatórios colacionados ao feito, pode negar o benefício da assistência judiciária gratuita ainda que tenha pedido expresso da parte. 5. Inviável, em sede de recurso especial, o reexame do conjunto fático-probatório da demanda. Inteligência da Súmula n. 7/STJ. 6. Agravo

decisões no sentido de que basta a simples declaração, e outras de que se faz necessária a comprovação da incapacidade de suportar as custas processuais.

Alguns, ao que parece, consideram a declaração de carência como meio de prova bastante acerca da incapacidade econômico-financeira da parte; outros exigem documentos para comprovar tal condição.

Ora, não se pode desconsiderar que todas as manifestações encontram amparo na legislação, mas a divergência deve ser resolvida em favor da posição com um alinhamento maior e compatível com o ordenamento jurídico – princípios e regras. Por conseguinte, o direito de acesso à justiça gratuito encontra-se inserido no catálogo dos direitos e garantias fundamentais, e essa norma do art. 5º, inc. LXXIV, da CRFB, parece óbvio, nos termos do art. 5º, inc. LXXVIII, § 1º, da CRFB, têm aplicabilidade imediata.

Sarlet aduz que:

Assim, para além da aplicabilidade e eficácia imediata de toda a Constituição, na condição de ordem jurídico-normativa, percebe-se – na esteira de García de Enterría – que o art. 5, § 1º, de nossa Lei Fundamental constitui, na verdade, um plus agregado às normas de direitos fundamentais, que tem por finalidade justamente a de ressaltar sua aplicabilidade imediata independentemente de qualquer medida concretizadora.¹³⁶

Grau leciona acerca da necessidade de verificação do impacto quando da implementação de direitos assegurados pelo Estado:

regimental parcialmente provido. (AgRg no AREsp 385.955/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013). Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 14.01.2014.

¹³⁵ PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. LEI 1.060/1950. ADOÇÃO DE CRITÉRIO NÃO PREVISTO EM LEI. RENDA LÍQUIDA INFERIOR A 10 SALÁRIOS MÍNIMOS. NECESSÁRIO RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O exame da controvérsia não encontra óbice na Súmula 7/STJ, porquanto não exige o reexame do conjunto fático, haja vista limitar-se à questão exclusivamente de direito, *in casu*, à legalidade do critério adotado pelo Tribunal de origem a fim de deferir o benefício da assistência judiciária gratuita. 2. O Tribunal de origem decidiu que a recorrida faz jus à assistência judiciária gratuita porquanto auferir renda inferior a 10 (dez) salários mínimos, o que possibilitaria presumir o seu estado de miserabilidade. Contudo, o critério adotado como parâmetro para o deferimento do benefício vindicado não encontra amparo na Lei 1.060/1950. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 353.863/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013). Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 14.01.2014.

¹³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 272.

Por isso a Constituição não promete (=não deve prometer o impossível). Ela – sobretudo os direitos econômicos e sociais por ela afirmados – deve ser desmitificada, a fim de que esse tipo de alienação do jurista seja superado [...]. Daí porque, em face dessas limitações materiais à sua efetivação, decorrentes especialmente dessa escassez, esses direitos ficam sujeitos ao que a doutrina chama de submissão à cláusula da reserva do possível [Sarlet 2001/259 e ss; Andrade 2001/200 e ss. – criticando a cláusula: Canotilho 2003/448] [...]. Na jurisprudência do STF, encontram-se também precedentes na mesma linha. Na decisão da IF 2.915-5-SP (rel. Min. Marco Aurélio, *DJU* 28.11.2003) o Min. Gilmar Mendes sustentou que “a proteção dos direitos fundamentais e a busca da redução das desigualdades sociais necessariamente não se realizam sem a reflexão acurada acerca de seu impacto.”¹³⁷

Partindo-se dessas premissas – aplicabilidade imediata das normas concernentes aos direitos fundamentais e necessidade de controle do impacto econômico, verifica-se que a norma constitucional traz a expressão comprovar, e quem comprova faz prova suficiente a respeito da alegação por meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei (CPC, art. 332 e art. 333, I).

Por sua vez, quem declara anuncia de forma solene, mas não faz a demonstração através de provas. Ressaltamos que estamos diante de uma regra de exceção, haja vista inexistirem noutros serviços públicos isenções similares com mera alegação de pobreza e/ou falta de recursos. Não se pode olvidar que, nos termos da doutrina e jurisprudência, estamos diante do instituto das isenções, as quais recebem interpretação restritiva.

Verifica-se uma inarredável obrigatoriedade de observância das diretrizes legais por parte dos envolvidos na relação jurídica tributária, sob pena de responsabilidade pessoal. Essa obrigatoriedade legal impõe ao crédito tributário o atributo de direito indisponível, no sentido de que o titular não pode transigir a seu respeito.

Pode ocorrer, contudo, após a constituição do crédito tributário pela autoridade administrativa, a exclusão desse crédito, consoante estabelece o art. 179, inciso I; no caso da taxa judiciária, ocorre pela isenção.

¹³⁷ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. p. 336/337.

Nesse sentido, prevê o art. 179, caput, do CTN que “a isenção, quando não concedida em caráter geral, é efetivada, em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado faça prova do preenchimento das condições e do cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão”.

Outrossim, nos termos do art. 108 do CTN “na ausência de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributária utilizará sucessivamente, na ordem indicada: I - a analogia; II - os princípios gerais de direito tributário; III - os princípios gerais de direito público; IV - a equidade. § 1º O emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei. § 2º O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido”.

Ademais, “interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre exclusão do crédito tributário e outorga de isenção” (CTN, art. 111, I e II).

Abre-se, pois, neste cenário de interpretação estrita, outro atributo inerente às custas judiciais, qual seja, o de matéria de ordem pública porquanto transcende o interesse e se sobrepõe à vontade da parte. Por conseguinte, concluímos que taxa judiciária está sob a tutela dos institutos do direito tributário e sujeita aos atributos de direito indisponível e de matéria de ordem pública.

Não emerge do sistema¹³⁸, pois, como única possibilidade válida de o adverso apresentar a impugnação ao postulado benefício (art. 7º, caput, da Lei 1.060/50¹³⁹), uma vez que o juiz, ao analisar o pressuposto processual – custas e/ou isenção –, atua como autoridade estatal no controle daqueles que fazem jus ou não à isenção tributária, devendo, por isso, agir de ofício (Estado-juiz x postulantes), mormente em face dos atributos advindos da natureza jurídica das custas judiciais.

¹³⁸ “Diz-se que um ordenamento jurídico constitui um sistema porque nele não podem coexistir normas incompatíveis. “Sistema” aqui equivale à validade do princípio que exclui a incompatibilidade das normas. Se num ordenamento surgirem normas incompatíveis, uma delas ou ambas devem ser eliminadas. Se isso é verdade, quer dizer que as normas de um ordenamento têm uma certa relação entre si, e essa relação é relação de compatibilidade, que implica na exclusão de incompatibilidade”. (BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011, p. 86).

¹³⁹ Diz o artigo citado: “A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão”.

Certo é que não há critérios objetivos e específicos estabelecidos em lei para análise da isenção das custas judiciais¹⁴⁰, nem, tampouco, orientação uniforme nos precedentes dos tribunais. No entanto, quem atua na concessão da benesse não pode deixar de fazer um juízo acerca da necessidade ou não do postulante, haja vista que, por se tratar de tributo, a negligência não deve ser admitida, consoante preconiza o inc. X do art. 10 da Lei 8.429/92¹⁴¹.

O Estado-juiz não estará livre para decidir de forma arbitrária sobre a matéria, ou investindo-se na função legislativa, porquanto, ao buscar os fundamentos da decisão (CRFB, art. 93, IX), deverá demonstrar que sua avaliação considerou a proporcionalidade da medida no sentido de ter sido adequada, necessária e razoável.

Os sujeitos da relação processual defendem seus interesses. A impugnação apresentada pela parte adversa, quando essa possuir provas para desconstituir o benefício concedido – isenção, tem relação com a eventual suspensão de exigibilidade da verba de sucumbência no final da demanda, embora, indiretamente, tal comportamento possa preservar o interesse do Estado.

Portanto, a necessidade de comprovar a insuficiência de recursos emerge da aplicabilidade imediata da norma fundamental e da natureza tributária das custas judiciais, e ao Estado-juiz, atento a esse pressuposto de acesso à justiça, cabe deliberar, pautado na proporcionalidade da medida do caso concreto.

Não se pode esquecer, ademais, que em matéria de isenções, deveriam acompanhar as leis orçamentárias dos entes concedentes as projeções do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrentes de isenções, nos termos do previsto no art. 165, § 6.º, da CRFB e art. 121, § 1º, da CESC.

Em consulta à Corregedoria-Geral do TJSC, percebemos inexistir um controle seguro acerca do número de ações que tramitam sob o manto da

¹⁴⁰ Nesse aspecto, o legislador ordinário não incluiu nenhum requisito específico para a concessão da isenção das custas judiciais no anteprojeto do novo CPC como forma de atribuir mais segurança jurídica acerca do tema (vide, art. 71 ss. – Disponível em www.senado.gov.br. Acesso em 14.01.2014).

¹⁴¹ Lei n. 8.429/92, Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente: [...] X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público [...]"

gratuidade, e tampouco há verificação segura do impacto das concessões de isenções no orçamento do Estado¹⁴², ou seja, inexistente, por parte do Poder Judiciário estadual, controle efetivo sobre as isenções concedidas a título de justiça gratuita.

As imunidades têm um espectro mais amplo e servem para proteger interesses e valores da coletividade como um todo, preservando-se, assim, o interesse primário da sociedade, não do Estado ou do contribuinte, ainda que estes possam ser beneficiados de maneira indireta¹⁴³.

Por outro lado, a isenção provém de uma política fiscal para instigar ou inibir certos comportamentos e ganha, nesse sentido, uma conotação individual. O interesse primário é do Governo e do contribuinte, embora os efeitos secundários possam beneficiar a coletividade indiretamente.

¹⁴² Seguem abaixo respostas às Vossas solicitações. Outrossim, desde já a CGJ permanece à disposição para auxiliá-lo no trabalho de pesquisa: a) quantas ações foram distribuídas nos anos 2012/2013 sob o manto da gratuidade? b) o valor /custo médio de uma ação (cível e/ou crime) no TJSC (entram ações penais absolutórias e/ou condenatórios nas quais é concedida a isenção ao condenado)? R (itens a e b): Não há na versão atual do sistema SAJ, um campo que permita identificar se houve ou não a concessão da JG (Lei 1060/50) ou eventual revogação do benefício. Assim, ficamos impossibilitados de aferir a quantidade exata de processos em que foi concedida a JG, bem como valores que deixaram de ser recolhidos ao FRJ decorrentes destas ações. Contudo, podemos estimar estes valores considerando que aproximadamente 50% das ações tramitam com este benefício, sendo que em 2013 a arrecadação do FRJ - JUDICIAL foi R\$ 86.302.314,00; c) se há um valor mínimo para recolhimento e/ou cálculo diferenciado para algum procedimento? R: O valor mínimo para cada recolhimento está fixado na Lei Complementar 156/197 (Regimento de Custas e Emolumentos disponível em http://cgj.tjsc.jus.br/consultas/liberada/regcustas_emolumentos.pdf), assim, por exemplo, para "Atos do Juízo" consta no regimento: "TABELA III ATOS DO JUÍZO 1 - No cível, pela sentença ou despacho que ponha termo ao feito ou à execução - 0,1% (zero vírgula um por cento) sobre o valor da ação, com o mínimo de 10 (dez) URC. 2 - No crime: I - pela presidência do tribunal do júri - 20 (vinte) URCs; II - pelas sentenças de pronúncia, impronúncia, ou de absolvição, sumária, e pelas sentenças finais em processos de competência do juiz singular, em processo sumário - 10 (dez) URCEs." Para os incidentes processuais, os valores são recolhidos ao final pelos mínimos das tabelas respectivas. Para as cartas precatórias, o valor para distribuição também é limitado ao mínimo do fixado em cada recolhimento no Regimento de Custas e Emolumentos, sendo este mínimo em dobro quando a carta for instrutória ou executória. Todas as regras de vinculação e cobrança estão relacionadas no Manual do Contador disponível no endereço: http://cgj.tjsc.jus.br/intranet/manuais/manual_contador.pdf; O valor atual da URC é R\$ 2,60; d) no âmbito penal, há controle sobre os pagamentos efetuados e os réus inadimplentes (devedores)? Com relação ao controle e intimação de devedores de custas finais, o TJSC dispõe do sistema GECOF - Gerência de Cobrança de Custas Finais, o qual é integrado ao próprio SAJ, com um fluxo de cobrança quase 100% eletrônico". Com relação às multas penais, se após a intimação não forem pagas, o devedor é inscrito em dívida ativa pelo chefe de cartório da vara onde tramita a ação penal respectiva. Atenciosamente. José Luciano Terhorst. Assessor de Custas - mat. 7427. Corregedoria-Geral da Justiça.

¹⁴³ "[...] O fundamento das imunidades é a preservação de valores que a constituição reputa relevantes (a atuação de certas entidades, a liberdade religiosa, o acesso à informação, a liberdade de expressão etc.), que faz com que se ignore a eventual ou efetiva capacidade econômica revelada pela pessoa (ou revela na situação), proclamando-se, independentemente da existência dessa capacidade, a não tributabilidade das pessoas ou das situações imunes [...]" (AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 176)

Alhures, referimos que a imunidade não precisa vir com essa definição no texto constitucional para receber a interpretação de limitação do poder de tributar determinadas hipóteses ou pessoas. Em certas oportunidades, o legislador constituinte usou o termo isenção quando se tratava de verdadeiramente de imunidade¹⁴⁴. Ademais, existe uma abertura do catálogo dentro do próprio título do sistema constitucional tributário em relação ao instituto das imunidades ao se referir que “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte”¹⁴⁵.

As previsões constitucionais de imunidade devem ser tratadas como exceção à regra de tributação, inexistindo no texto constitucional, afora a previsão do art. 5º, XXXIV, da CRFB¹⁴⁶, previsão de outras imunidades de taxas de polícia e/ou serviços públicos. Portanto, dada a relevância da matéria para a sociedade brasileira, o constituinte resolveu ressalvá-las no próprio texto constitucional.

Partindo-se da premissa de que estaríamos diante de uma imunidade tributária no acesso à justiça gratuito, o tratamento legislativo seria limitado ao regramento de comprovação da insuficiência de recursos, ou seja, os requisitos legais para comprovar a necessidade de concessão do beneplácito para não obstar o direito do cidadão de acessar os seus direitos¹⁴⁷.

Nesse cenário, a legislação infraconstitucional não poderia prever uma gradação de pagamentos de custas, conforme as condições financeiras individuais, isso porque nas imunidades não há exercício de competência tributária, ou seja, o jurisdicionado tem direito à gratuidade em face da comprovação da necessidade ou dever de recolher as custas judiciais.

¹⁴⁴ Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...]§ 7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei (CRFB – STF, RMS 22192-9).

¹⁴⁵ CRFB, art. 150, *caput*.

¹⁴⁶ Art. 5º, XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder; b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal.

¹⁴⁷ “[...] O Judiciário, na democracia moderna, tem um papel indeclinável. Concebido autonomamente, numa visão liberal de divisão de funções, fundante do Estado Moderno, assume novos desafios nesse novo patamar civilizatório, principalmente em países emergentes, como o Brasil, transformando-se num *locus* da cidadania inclusiva e de concretização de direitos proclamados na Constituição e efetivados no processo [...]”. (ABREU, Pedro Manoel. **Processo e Democracia: O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. v. 3. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 492)

Não haveria, outrossim, a suspensão de exigibilidade das custas judiciais no final do processo pelo prazo de cinco anos no âmbito jurisdicional – prazo de prescrição do crédito tributário, conforme previsto na Lei 1.060/50, porquanto obstado por meio da imunidade o próprio exercício da competência tributária e a própria realização do fato gerador.

A conclusão fatal seria de que não teria havido recepção da Lei nº 1060/50 pela ordem jurídica instalada pela Constituição de 1988 em face da incompatibilidade material do regramento infraconstitucional, ou seja, a mera declaração de carência não estaria contemplada em regramento jurídico válido.

Destarte, deveria ser editado um novo regramento por meio do qual fossem estipulados requisitos a serem cumpridos pelos pretendentes à gratuidade e, se reconhecida a sua incapacidade financeira de suportar as taxas, tornar-se-ia imune de pagamento do tributo – custas judiciais/taxa judiciária.

Esse regramento deveria ser nacional para evitar condições diferentes de acesso nos diversos estados da Federação brasileira, haja vista a violação da igualdade se três litigantes de lugares diferentes, em condições financeiras idênticas, fossem submetidos a requisitos diversos para acessar a justiça gratuita em face de legislações estaduais.

Vislumbra-se, na doutrina e na jurisprudência, a classificação das custas judiciais como isenções tributárias. Todavia, a celeuma surge em razão de possibilidades de regramentos nos diferentes estados da Federação, falta de controle dos entes concedentes e incompatibilidade material da legislação infraconstitucional aplicada.

Ainda que se invocasse a possibilidade de a União exercer a competência concorrente para editar normas de caráter geral¹⁴⁸, esbarraríamos na impossibilidade da concessão de isenção de tributos afetos à competência de outro ente federado, ou seja, somente quem é competente para instituir pode conceder a

¹⁴⁸ “Custas e emolumentos são espécies tributárias, classificando-se como taxas. Precedentes do STF. À União, ao Estado-membro e ao Distrito Federal é conferida competência para legislar concorrentemente sobre custas dos serviços forenses, restringindo-se a competência da União, no âmbito dessa legislação concorrente, ao estabelecimento de normas gerais, certo que, inexistindo tais normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades (CF, art. 24, IV, §§ 1º e 3º).” (ADI 1.624, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgamento em 8-5-2003, Plenário, DJ de 13-6-2003.) **No mesmo sentido: ADI 3.260**, Rel. Min. **Eros Grau**, julgamento em 29-3-2007, Plenário, DJ de 29-6-2007. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 16.01.2015.

isenção e/ou exonerar. Esse é o sentido da cláusula prevista no art. 151, III, da CRFB¹⁴⁹.

Nesse sentido, Baleeiro aduz acerca da impossibilidade de internamente haver concessão heterônoma de isenções, uma vez que “[...] a Constituição vigente, de 1988, veda expressamente à União a possibilidade de conceder isenção de tributos estaduais ou municipais”¹⁵⁰.

A redação do novo Código de Processo Civil, apesar de tratar do tema¹⁵¹, não foi exaustiva, tendo, inclusive, delegado o regramento à edição de novel legislação sobre os requisitos para o gozo da benesse da gratuidade. Aliás, a lei apta a regulamentar os critérios para gozo das exceções ao poder de tributar é lei complementar.

Com a reforma do Judiciário em 2004 por meio da EC 45^º, houve a adoção, no regime jurídico brasileiro, da súmula vinculante como instrumento de pacificação da divergência interpretativas, consoante estabelece o art. 103-A da CRFB¹⁵².

¹⁴⁹ [...] A competência tributária é rígida e estanque, e é exercida por cada ente da Federação. No que respeita às taxas cada ente federado pode instituir e cobrar sobre seus serviços e sobre seu poder de polícia (CF, art. 145, II). As custas e emolumentos - além da taxa judiciária - são tributos da espécie taxa. Precedentes do STF. Além da discriminação e limitação positiva da competência tributária na Constituição, há também a delimitação negativa da competência da União em relação aos demais entes federados (CF, art. 151, III), sendo vedada a chamada exoneração heterônoma. De tudo decorre que a União não pode conceder isenção de tributos estaduais, tais como a taxa judiciária, as custas e os emolumentos. Somente o próprio ente tributante é que pode conceder exoneração tributária, pois quem é competente para tributar é competente para exonerar, princípio que decorre da discriminação constitucional de competências tributárias. Os arts. 26 e 29 da LEF não têm efeito em relação aos tributos (custas, emolumentos e taxa judiciária) estaduais, tendo eficácia apenas em relação aos tributos da União, relativamente à Justiça Federal e à Justiça Trabalhista. Assim, a Fazenda Municipal não está dispensada do pagamento de custas, emolumentos e taxa judiciária devidos ao Estado. Essa situação não se confunde com a assistência judiciária gratuita, e nem com a assistência judiciária integral e gratuita, que são serviços públicos que devem ser prestados gratuitamente pelo Poder Público, em relação aos quais a própria Constituição Federal, por disposição do poder constituinte originário, concedeu imunidade tributária. EM DECISÃO MONOCRÁTICA, NEGOU-SE SEGUIMENTO AO AGRAVO. (Agravado de Instrumento Nº 70023149214, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, Julgado em 15/02/2008)

¹⁵⁰ BELEEIRO, Aliomar. **Limitações ao poder de tributar**. 8 ed. atualizada por Misael Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: 2010, p. 453.

¹⁵¹ Arts. 98 e seguintes do Projeto de lei do Senado nº 166, 2010; nº 8.046, de 2010, na Câmara dos Deputados.

¹⁵² Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei; § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas,

O STF, mediante decisão de dois terços de seus membros, depois de reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, pode aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indiretamente, nas esferas federal, estadual, municipal e distrital. A edição de súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, sobre as quais haja conflito entre órgãos judiciários ou entre esses e a Administração Pública que gere insegurança jurídica e multiplicação de processos sobre matéria idêntica.

Poder-se-ia cogitar a edição de uma súmula vinculante que especificasse a classificação das custas judiciais, bem como estipulasse quais critérios deveriam ser cumpridos e exigidos no momento do requerimento/apreciação do benefício, haja vista a relevância da matéria e a insegurança jurídica decorrente da falta de regulamentação satisfatória no âmbito legislativo e as divergências jurisprudências até aqui apontadas.

Verifica-se, por fim, que os direitos fundamentais sociais são diretamente ligados à dignidade da pessoa humana e devem ser atendidos em condições mínimas para viabilizar o exercício efetivo do direito à liberdade. Portanto, nesses casos, quem fosse pleitear do Estado, verticalmente, a implementação desses direitos, deveria gozar de um instituto alinhado com a preocupação de preservar o valor tutelado pela norma constitucional.

acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica; § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade; § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 17.01.2015.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos humanos servem para tutelar os valores mais básicos da sociedade. Foram construídos no curso da evolução histórica da humanidade e serviram para colocar o Estado a serviço do indivíduo. Rompeu-se, assim, com a coisificação do homem e evoluiu-se para um sistema de proteção ao indivíduo até então inexistente.

Em verdade, são direitos válidos universalmente e, quando integram a legislação dos países, transmudam-se conceitualmente para direitos fundamentais. Tais direitos encontram um lugar comum nas legislações nacionais e desafiam a atuação de organismos internacionais em eventuais violações internas.

Podemos falar em um regime de direitos fundamentais que podem ser classificados historicamente para demonstrar essa evolução no decorrer da história.

No primeiro estágio da história, surgiram os direitos de primeira geração/dimensão assegurando um espaço de liberdade ao cidadão. Após, surgiram os direitos relacionados à igualdade material, ou seja, direitos de solidariedade. Não bastava ao Estado dizer que todos eram iguais perante a lei; precisava adotar um tratamento desigual aos desiguais como forma de tornar efetivos os direitos estabelecidos na primeira geração/dimensão. Surgem, assim, os direitos sociais. Por fim, a terceira geração/dimensão tem relação com os direitos difusos e coletivos.

Destarte, além de garantir direitos em textos normativos, passou-se a exigir dos Estados a atuação em prol de garantir a dignidade da pessoa humana como forma de efetivar verdadeiramente a liberdade e a autonomia do indivíduo.

Assim, o Estado Democrático de Direito deve garantir, por meio de prestações materiais e normativas, as condições necessárias para a efetivação da liberdade dos cidadãos para que possam exercer com autonomia as opções de escolha.

Não basta ao Estado assegurar o direito à vida e se abster enquanto atuação negativa, mas deverá assegurar, por meio da edição de norma penal e rede de proteção, essa tutela estatal em defesa do direito básico à vida. Essas normas podem ser definidas como normas de princípios institutivos ou normas

programáticas. Apesar de toda norma constitucional ser dotada de certa eficácia, algumas têm seus efeitos limitados à atuação do legislador ordinário e/ou ao executivo para criar determinados programas. O próprio sistema constitucional estabelece mecanismos de combate a essa falta de efetividade das normas e quando houver letargia dos órgãos competentes.

No sistema brasileiro, servem para combater a falta de efetividade das normas os instrumentos do mandado de injunção e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão. Não há como desconsiderar que houve certa evolução até na forma como o Poder Judiciário utiliza esses mecanismos de controle das omissões para dar efetividade, concretude, às normas de direitos fundamentais.

Outrora, os instrumentos serviam tão somente para estipular prazo para o órgão executivo cumprir o seu mister e para declarar a mora do poder legislativo em editar o texto normativo exigido sem qualquer espécie de intromissão no exercício da competência. Todavia, o cenário começou a mudar nos julgamentos dos MI nº 670 e MI 708, relativos à falta de norma para o exercício do direito de greve do servidor público, sendo que se determinou aplicação da legislação da greve da iniciativa privada aos servidores públicos.

Vivemos, pois, sob a égide do direito onde todos são submetidos à lei, cuja expressão maior é a Constituição. Não se pode olvidar, ainda, a necessidade de a lei ser interpretada de forma harmônica, lógica e coerente dentro do sistema em que está inserida.

Há, dentro do sistema, o devido processo legal a ser observado em cada ação do Estado e do cidadão, haja vista a necessidade de as regras serem previamente conhecidas. O devido processo legal serve como instrumento legitimador das condutas praticadas e passou a ser substancial no sentido de efetivar direitos fundamentais e a própria cidadania.

Dentro da lógica do devido processo legal, cada ente estatal ostenta uma função precípua e tem prioridade de atuação nas suas competências. Contudo, as omissões e incoerências devem ser corrigidas sob pena de frustrar o próprio projeto constitucional de construir uma sociedade livre, justa e solidária por meio de poderes independentes e harmônicos entre si. Destaca-se, nesse Estado Democrático de

Direito, a necessidade de o Estado disponibilizar acesso à justiça amplo, eficaz e célere.

O acesso à justiça amplo deve ser entendido no sentido de que não há direitos de bagatela. Todos os direitos violados devem ser restaurados e quem necessitar da intervenção estatal jurisdicional deve encontrar meios para resolver o seu conflito independentemente do valor econômico envolvido.

A eficácia jurisdicional deve ser apreendida de modo que o comando jurisdicional possa entregar ao jurisdicionado o bem da vida pretendido, e não somente uma decisão inexecutável.

A celeridade deve ser compreendida em uma prestação no tempo certo, não apressada, tampouco demorada, mas sem delongas desnecessárias que possam comprometer o direito em razão da mora na prestação jurisdicional.

A prestação jurisdicional enquadra-se entre os serviços públicos divisíveis prestados aos cidadãos, remunerado mediante tributo na modalidade de taxa judiciária.

Aliás, os valores arrecadados a título de custas compõem o orçamento do Poder Judiciário e submetem-se aos princípios de eficiência e de transparência, de modo a garantir o melhor resultado possível com os recursos recebidos e a obrigação de expor aos cidadãos a aplicação efetiva dos recursos arrecadados.

Outrossim, nos termos do art. 165, § 6º, da CRFB, o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

Todavia, a justiça – em razão do valor e da relevância – não pode ser seletiva a ponto de permitir o acesso apenas aos que disponham de meios para suportar as despesas do processo. Atento a isso, o legislador originário estabeleceu ao Estado a responsabilidade de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Cabe ressaltar que o conceito de assistência judiciária difere da justiça gratuita; enquanto aquela é assistência por profissional habilitado, esta é a isenção nas custas do processo.

A partir do comando constitucional, estabeleceu-se uma celeuma na jurisprudência acerca da forma pela qual o acesso à justiça gratuita deva ser concedido, ou seja, mediante mera declaração e/ou comprovação da insuficiência de recursos.

Não há, no Poder Judiciário brasileiro, segurança jurídica acerca da forma para conceder a gratuidade. Ressalta-se que, em precedente não vinculativo, o STF declarou que houve a recepção da legislação ordinária relativa à isenção das custas por meio da mera declaração, sendo necessária a comprovação da necessidade tão somente pela pessoa jurídica.

O STJ tem precedentes no sentido de que a mera declaração é insuficiente para concessão da benesse; e os tribunais estaduais caminham no mesmo sentido das divergências apontadas. Destarte, alguns entendem que a mera declaração prevista na Lei 1.060/50 seria suficiente para a concessão do beneplácito. Outros, por sua vez, entendem pela necessidade de comprovação da falta de recursos para suportar as taxas do processo por disposição constitucional.

Trata-se da utilização de conceito único – isenção – com interpretações diferentes e ambas se assentam em argumentos válidos. A isenção, que no direito brasileiro decorre de lei, implica, após a ocorrência do fato gerador, na exclusão/suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Por isso, na prática, quando litigar sob o manto da gratuidade, o jurisdicionado sucumbente é condenado ao pagamento das custas processuais, as quais são suspensas pelo prazo de cinco anos – prazo da prescrição tributária para o Estado. Havendo provas da aquisição de condições nesse lapso temporal, há possibilidade de cobrança dos valores isentos.

Sabe-se que isso não ocorre, pois não há fiscalização por parte do Estado no sentido de acompanhar a melhoria das condições financeiras do beneficiário da gratuidade para eventualmente executar os valores relativos às taxas judiciárias.

Ressalta-se que uma das posições entende que a mera declaração de carência serve como meio de prova da insuficiência de recursos para pagamento das custas, de modo a ampliar o acesso em face dos custos do processo, sendo ônus da parte adversa impugnar eventual deferimento e fazer provas das condições do postulante ao beneplácito.

A outra, por sua vez, a partir da leitura da Constituição, faz exigência de prova da alegada incapacidade financeira em suportar as taxas do processo, uma vez que quem comprova faz prova solene, demonstra a sua incapacidade, não apenas declara. Outrossim, a norma da gratuidade está inserida entre os direitos e garantias fundamentais, cuja aplicabilidade é imediata.

Em verdade, esse pressuposto para acessar os direitos em juízo, transfigura-se no processo em pressuposto processual de desenvolvimento válido e regular do feito. Compete, pois, à autoridade judicial o controle sobre a presença ou não dos pressupostos processuais de desenvolvimento válido e regular, de conceder ou não a isenção das custas, cuja base de cálculo é o valor da causa.

A isenção, quando não concedida em caráter geral, efetiva-se em cada caso, por despacho da autoridade administrativa, em requerimento com o qual o interessado comprove o preenchimento das condições e o cumprimento dos requisitos previstos em lei ou contrato para sua concessão. Aqui, na concessão da gratuidade, a autoridade deve observar as regras inerentes aos institutos de direito tributário, entre eles a interpretação restritiva na concessão de isenções (CTN, art. 111, I e II).

Outrossim, nos termos dos parágrafos 1º e 2º do art. 108 do CTN, o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei, bem como o emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido.

Analisando o instituto da isenção a partir dessas premissas, poder-se-ia cogitar da não recepção ao ordenamento jurídico da vetusta Lei 1.060/50, uma vez que a mera declaração seria insuficiente para concessão da benesse da justiça gratuita.

No Direito alienígena, verifica-se igualmente uma preocupação com o acesso à justiça amplo por meio da previsão de isenção da cobrança de custas e com um tratamento exauriente da matéria em legislação própria. Pode-se, dessa forma, falar em controle efetivo da concessão da isenção aos que não dispõem de recursos para pagamento das taxas e segurança jurídica aos que buscam essa benesse.

Lá, conforme ficou assentado, a análise ocorre por meio de órgão administrativo e os valores são suportados pelo orçamento desse órgão estatal. Vislumbra-se, ainda, a hipótese de parcelamento do pagamento dos valores e/ou de pagamento parcial, numa análise efetiva acerca da necessidade do postulante no caso concreto. Outra figura jurídica interessante no direito português é o das custas em dobro para as pessoas jurídicas que ingressarem com mais de duzentos feitos no ano anterior.

No Brasil, as taxas possuem essencialmente o caráter fiscal de arrecadar os valores correspondentes aos serviços prestados ou disponibilizados ao contribuinte de fato ou responsável. Em tempos em que se discute o uso predatório da justiça brasileira por parte de grandes litigantes, que inundam diariamente os fóruns com ações de massa e inviabilizam a prestação jurisdicional em outras áreas, poder-se-ia começar a discutir a inclusão dessa exigência maior de contraprestação estatal na base de cálculo da taxa judiciária.

Embora haja um controle administrativo acerca da falta de condições aos assistidos da Defensoria Pública, ainda assim, no Brasil, há necessidade de apresentar declaração de carência ou comprovar a insuficiência de recursos para gozar da justiça gratuita. Por outro lado, não há controle por parte do Poder Judiciário acerca de quanto representa no orçamento o número de concessões de isenções de pagamento das taxas judiciárias.

Percebe-se, nesse viés, apesar da validade das duas posições atualmente utilizadas na apreciação para a concessão da justiça gratuita que elas implicam em insegurança jurídica para os jurisdicionados por causa de duas circunstâncias: uma legislativa e outra jurisdicional.

A primeira ficou evidente. Não há, após a Constituição Federal de 1988, uma móvel legislação específica e exauriente sobre o tema, a fim de regulamentar satisfatoriamente as questões de quem e de que forma deve ser concedido o beneplácito, salientando que o novo CPC perdeu a oportunidade de abordar mais profundamente a matéria.

A segunda, não exaurida neste trabalho, talvez explique melhor a celeuma instalada na jurisprudência, qual seja, o não enquadramento adequado do instituto no ordenamento jurídico pátrio, uma vez que – em razão do valor jurídico

tutelado [justiça] e comportamento do próprio Estado em relação ao instituto – quiçá estivéssemos diante de uma imunidade e não de uma isenção.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ABREU, Pedro Manoel. Processo e Democracia: **O processo jurisdicional como um *locus* da democracia participativa e da cidadania inclusiva no estado democrático de direito**. Vol. 3. Coleção Ensaios de Processo Civil. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ÁVILA, Alexandre Rossato da Silva. **Curso de Direito Tributário**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário**. 2. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 3. ed. revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BELEEIRO, Aliomar. **Limitações ao poder de tributar**. 8 ed. atualizada por Misael Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro, 2010.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. Prefácio de Celso Lafer. Apresentação de Tércio Sampaio Ferraz Júnior. São Paulo: EDIPRO, 2011.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.046 de 2010. Disponível em: www2.camara.leg.br. Acesso em: 20.03.2015.

_____. **Código de Processo Civil**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 19.02.2015

_____. **Código de Processo Penal**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 22.12.2014.

_____. **Código Tributário Nacional**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998. Modifica o regime e dispõe sobre princípios e normas da Administração Pública, servidores e agentes políticos, controle de despesas e finanças públicas e custeio de atividades a cargo do Distrito Federal, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Emenda Constitucional nº 39, de 19 de dezembro de 2002. Acrescenta o art. 149-A à Constituição Federal

(Instituindo contribuição para custeio do serviço de iluminação pública nos Municípios e no Distrito Federal). Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013.

_____. Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013

_____. Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013.

_____. Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013

_____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013.

_____. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. 08.01.2014.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em 18.12.2013.

_____. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.planalto.gov.br. Acesso em: 08.01.2014.

_____. Senado. Projeto de Lei nº 166 de 2010. Disponível em: www2.camara.leg.br. Acesso em: 20.03.2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 345: São devidos honorários advocatícios pela Fazenda Pública nas execuções individuais de sentença proferida em ações coletivas, ainda que não embargadas. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 07.01.2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 353.863/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2013, DJe 11/09/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 14.01.2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 385.955/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 25/11/2013. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 14.01.2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Descumprimento de Preceito Fundamental 45-9/DF. Min. Rel. Celso de Melo, j. 4.5.2004; RE 581352 Ag R, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, j. 29/10/2013); AI 477976 AgR/SP. Rel. Min. Marco Aurélio, j. 17.09.2013. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 27.01.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI 3694/AP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Acesso em 18.12.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em 18.12.2013, 08.01.2014, 16.01.2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2011.077591-2, de Araranguá, rel. Des. Victor Ferreira, julgado em 12-04-2012. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 03.01.2014.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2011.080360-6, de Araranguá, rel. Des. Eládio Torret Rocha, julgado em 17-05-2012. Disponível em: www.tjsc.jus.br. Acesso em: 03.01.2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Agravo de Instrumento Nº 70023149214, Segunda Câmara Cível, Relator: Adão Sérgio do Nascimento Cassiano, julgado em 15/02/2008. Disponível em: www.tjrs.jus.br. Acesso em 09.04.2014.

_____. Tribunal Regional Federal (4ª Região). AG 5013599-15.2013.404.0000, Quarta Turma, Relatora p/ Acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, D.E. 05/09/2013. Disponível em: www.trf4.jus.br. Acesso em: 07.01.2013.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de processo civil: teoria geral de processo civil**. 6 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo. Saraiva, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988. Título original:

“Access to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report”.

CARDOSO, Alexandre Mendes. **O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2014.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 25 ed. rev. ampl. e atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro (Coord.). **Contribuições para a Seguridade Social**. São Paulo. Quartier Latin, 2007.

DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO, disponível em: www.dpu.gov.br. Acesso em: 08.01.2014.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SANTA CATARINA, disponível em: www.defensoria.sc.gov.br. Acesso em: 08.01.2013.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, disponível em: www.defensoria.sp.gov.br. Acesso em: 08.01.2014.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, disponível em: www.defensoria.rs.gov.br. Acesso em: 08.01.2014.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: Juspodium, 2013.

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 38 ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIANAKOS, Angelo Maraninchi. **Assistência judiciária no direito brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

GIANNELLA, Berenice Maria. **Assistência jurídica no processo penal: garantia para a efetividade do direito de defesa**. São Paulo. Editora dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8 ed. rev.amp. São Paulo: Malheiros, 2011.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**. 54 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro. Forense, 2013.

KANT, Immanuel. **A Metafísica dos Costumes**. 2ª ed. Tradução: Edson Bini. Título original: Die Metaphysik der Sitten. Bauru: Edipro, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 29ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

MADURO, Miguel Poiars. **O superavit democrático europeu**. *Análise Social*, vol. XXXVI (158-159), 2001.

MAFFINI, Rafael da Cás. **Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. 5. ed rev., atual. e ampl. São Pulo. Revista dos Tribunais, 2013.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Jurisdição coletiva e coisa julgada: teoria das ações coletivas**. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 5 ed. rev. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28 ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 25 ed., rev., atual. São Paulo. Malheiros Editores, 2008.

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Dicionário de Política Jurídica**. Florianópolis: OAB-SC, 2000.

MENDES, Gilmar. **Uma carta de direitos humanos do Mercosul**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 13/03/2015.

_____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. rev.atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

PAULA, Felipe de. **A (de)limitação dos direitos fundamentais**. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2010.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 12. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado; ESMAFE, 2010.

PETTER, Lafayete Josué. **Direito Financeiro**. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2007.

PIOVEZAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14 ed., rev. e atual. São Paulo, 2013.

PORTELA, Simone de Sá. **Considerações sobre o conceito de mínimo existencial**. Âmbito jurídico. Disponível em: www.ambito-juridico.com.br. Acesso em: 12.01.2015.

PORTUGAL. **Regulamento das Custas Processuais** - Decreto-Lei n.º 34/2008, de 26 de fevereiro, com a declaração de retificação n.º 22/2008, de 24 de abril, alterado pela Lei n.º 43/2008, de 27 de agosto, pelo Decreto-Lei n.º 181/2008, de 28 de agosto, pelas Lei n.ºs 64-A/2008, de 31/12, e 3-B/2010, de 28 de abril, pelo Decreto-Lei n.º 52/2011, de 13 de abril, pela Lei n.º 7/2012, de 13 de fevereiro, com a declaração de retificação n.º 16/2012, de 26 de março, pela Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro, e pelo Decreto-Lei n.º 126/2013, de 30 de agosto). Disponível em: www.curia.europa.eu. Acesso em 20.04.2015.

SADEK, Maria Tereza (org.). **Acesso à justiça**. São Paulo. Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SANTA CATARINA (Estado). Lei Complementar nº 156/97. Disponível em: www.alesc.sc.gov.br. Acesso em 11.11.2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, Flavia Martins André de. **Dimensão jusnaturalista-universalista**. Disponível em: www.direitonet.com.br. Acesso em: 26.04.2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37 ed., rer. e atual. [até a Emenda Constitucional 76, de 28.11.2013]. São Paulo. Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Alessandra. **A Autonomia institucional/processual dos Estados-Membros e a efetividade do Direito da União Europeia na jurisprudência do TJUE**. Escola de Direito da Universidade do Minho. Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda.

_____; Mariana Canotilho (org.). **Cartas dos Princípios de Direito da União Europeia**. Quid Juris. 2011.

_____. **Princípios de Direito da União Europeia**. Quid Juris. 2011.

TÔRRES, Heleno Taveira (coord). **Tratado de Direito Constitucional Tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo. Saraiva, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. Directiva 2002/8/CE do Conselho, de 27 de Janeiro de 2003. Disponível em: www.eur-lex.europa.eu. Acesso em 20.07.2014.

ZIMMER, Aloízio Júnior. **Curso de Direito Administrativo**. Porto Alegre. Verbo Jurídico, 2007.

**ANEXO – DIRECTIVA 2003/8/CE DO CONSELHO, DE 27 DE
JANEIRO DE 2003**

Este documento constitui um instrumento de documentação e não vincula as instituições

► B

► C1 DIRECTIVA 2003/8/CE DO CONSELHO ◀

de 27 de Janeiro de 2003

relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios

(JO L 26 de 31.1.2003, p. 41)

Rectificada por:

► C1 Rectificação, JO L 32 de 7.2.2003, p. 15 (2003/8/CE)

▼B

►C1 DIRECTIVA 2003/8/CE DO CONSELHO ◄

de 27 de Janeiro de 2003

relativa à melhoria do acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios

O CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia e, nomeadamente, a alínea c) do seu artigo 61.^o e o seu artigo 67.^o,

Tendo em conta a proposta da Comissão ⁽¹⁾,

Tendo em conta o parecer do Parlamento Europeu ⁽²⁾,

Tendo em conta o parecer do Comité Económico e Social ⁽³⁾,

Considerando o seguinte:

- (1) A União Europeia consagrou como seu objectivo manter e desenvolver um espaço de liberdade, de segurança e de justiça no qual seja assegurada a livre circulação das pessoas. Para criar progressivamente esse espaço, cabe à Comunidade adoptar, nomeadamente, medidas no domínio da cooperação judiciária em matéria civil, com implicações transfronteiras, necessárias ao bom funcionamento do mercado interno.
- (2) Nos termos da alínea c) do artigo 65.^o do Tratado, entre estas medidas prevêem-se as que se destinam a eliminar os obstáculos à boa tramitação das acções cíveis, promovendo, se necessário, a compatibilidade das normas de processo civil aplicáveis nos Estados-Membros.
- (3) O Conselho Europeu, reunido em Tampere em 15 e 16 de Outubro de 1999, convidou o Conselho a estabelecer normas mínimas que assegurem em toda a União um nível adequado de apoio judiciário nos litígios transfronteiriços.
- (4) Todos os Estados-Membros são partes contratantes na Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, de 4 de Novembro de 1950. As questões referidas na presente directiva serão tratadas em conformidade com a referida convenção e, em especial, no respeito pelo princípio da igualdade entre as partes em litígio.
- (5) A presente directiva visa promover a aplicação do princípio da concessão de apoio judiciário em litígios transfronteiriços às pessoas que não disponham de recursos suficientes, na medida em que esse apoio seja necessário para assegurar um acesso efectivo à justiça. O direito de acesso à justiça, geralmente reconhecido, é reafirmado também no artigo 47.^o da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.
- (6) A falta de recursos de uma pessoa implicada num litígio, como demandante ou demandado, bem como as dificuldades resultantes da incidência transfronteiriça de um litígio, não deverão constituir obstáculos a um acesso efectivo à justiça.
- (7) Atendendo a que os objectivos da presente directiva não podem ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros e podem, pois, ser melhor alcançados ao nível comunitário, a Comunidade pode tomar medidas em conformidade com o princípio da subsidiariedade consagrado no artigo 5.^o do Tratado. Em conformidade com o princípio da proporcionalidade consagrado no mesmo artigo, a presente directiva não excede o necessário para atingir aqueles objectivos.

⁽¹⁾ JO C 103 E de 30.4.2002, p. 368.

⁽²⁾ Parecer emitido em 25 de Setembro de 2002 (ainda não publicado no Jornal Oficial).

⁽³⁾ JO C 221 de 17.9.2002, p. 64.

▼B

- (8) A presente directiva destina-se, antes de mais, a garantir um nível adequado de apoio judiciário nos litígios transfronteiriços, fixando certas normas mínimas comuns em matéria de apoio judiciário em tais litígios. Uma directiva do Conselho constitui o instrumento legislativo mais adequado para atingir este objectivo.
- (9) A presente directiva abrange os litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial.
- (10) Qualquer pessoa implicada num litígio em matéria civil ou comercial que se insira no âmbito da presente directiva deve poder fazer valer os seus direitos em juízo, mesmo que a sua situação financeira pessoal não lhe permita fazer face aos encargos com o processo. O apoio judiciário é considerado adequado quando permite ao beneficiário um acesso efectivo à justiça, nas condições estabelecidas na presente directiva.
- (11) O apoio judiciário deve abranger o apoio pré-contencioso tendo em vista um acordo prévio a uma acção judicial, a assistência jurídica e a representação em juízo bem como a assunção ou a dispensa dos encargos com o processo.
- (12) O direito do Estado-Membro do foro ou onde é pedida a execução determinará se os encargos do processo podem compreender os encargos da parte contrária imputados ao beneficiário do apoio judiciário.
- (13) Todo o cidadão da União, independentemente de ter domicílio ou local de residência habitual no território de um Estado-Membro, deve poder beneficiar de apoio judiciário em litígios transfronteiriços se preencher as condições previstas na presente directiva. O mesmo acontece relativamente ao nacional de país terceiro em situação regular de residência no território de um Estado-Membro.
- (14) Deve deixar-se aos Estados-Membros a liberdade de definirem os limiares a partir dos quais se presume que uma pessoa pode fazer face aos encargos com o processo, nas condições definidas na presente directiva. Esses limiares serão definidos à luz de diversos factores objectivos, tais como o rendimento, o património ou a situação familiar.
- (15) O objectivo da presente directiva não poderá, contudo, ser alcançado se não for dada aos requerentes do apoio judiciário a possibilidade de provarem que não podem fazer face aos encargos com o processo, mesmo que os seus recursos ultrapassem o limiar fixado pelo Estado-Membro do foro. Ao avaliarem se haverá lugar à concessão de apoio judiciário nesta base, as autoridades do Estado-Membro do foro terão em conta informações que lhes permitam verificar se o requerente preenche ou não os critérios de admissibilidade, em termos financeiros, no seu Estado-Membro de domicílio ou residência habitual.
- (16) A possibilidade de, no caso em apreço, se recorrer a outros mecanismos que assegurem o acesso efectivo à justiça não constitui uma forma de apoio judiciário. Esta possibilidade pode contudo levar a presumir que a pessoa em causa pode fazer face aos encargos com o processo não obstante a sua situação financeira desfavorável.
- (17) Há que prever a possibilidade de os Estados-Membros rejeitarem pedidos de apoio judiciário relativamente a acções manifestamente infundadas ou por motivos relacionados com o mérito da causa, desde que seja disponibilizado apoio pré-contencioso e esteja garantido o acesso à justiça. Ao decidirem sobre o mérito de um pedido, os Estados-Membros poderão rejeitar o pedido de apoio judiciário se o requerente invoca ofensa à sua honra, mas não sofreu perda material ou financeira, ou se o pedido de apoio judiciário respeita a pretensão emergente directamente da sua actividade ou de profissão que exerça por conta própria.

▼B

- (18) A complexidade e as diferenças dos sistemas jurídicos dos Estados-Membros, bem como os custos inerentes ao carácter transfronteiriço dos litígios, não devem constituir um entrave ao acesso à justiça. Desta forma, é conveniente que o apoio judiciário abranja os custos directamente relacionados com o carácter transfronteiriço do litígio.
- (19) Ao ponderarem sobre a necessidade da presença física de uma pessoa no tribunal, os tribunais dos Estados-Membros devem tomar em consideração todas as vantagens das possibilidades oferecidas pelo Regulamento (CE) n.º 1206/2001 do Conselho, de 28 de Maio de 2001, relativo à cooperação entre os tribunais dos Estados-Membros no domínio da obtenção de provas em matéria civil ou comercial ⁽¹⁾.
- (20) Se for concedido apoio judiciário, este deverá abranger todo o processo, incluindo as despesas necessárias para que uma decisão seja executada. O beneficiário deve continuar a receber apoio em caso de interposição de recurso, seja ele interposto por si próprio ou pela parte contrária, desde que as condições respeitantes aos recursos financeiros e à matéria em litígio se mantenham.
- (21) O apoio judiciário deve ser concedido nas mesmas condições, quer se trate de processos judiciais tradicionais ou de procedimentos extrajudiciais, como a mediação, desde que a utilização destes últimos seja exigida por lei ou ordenada por um tribunal.
- (22) Será concedido apoio judiciário para a execução de actos autênticos noutro Estado-Membro, nas condições definidas na presente directiva.
- (23) Uma vez que o apoio judiciário é concedido pelo Estado-Membro do foro ou onde é pedida a execução, com excepção do apoio pré-contencioso prestado por um advogado local caso o requerente do apoio não tenha domicílio ou residência habitual no Estado-Membro do foro, este último deve aplicar a sua própria legislação, observando os princípios da presente directiva.
- (24) A concessão ou a recusa de apoio judiciário competirá à autoridade competente do Estado-Membro do foro ou onde uma decisão deva ser executada. Tal valerá tanto nos casos em que o tribunal que conhece da causa é competente como nos casos em que ainda há que decidir quanto à competência do mesmo.
- (25) A cooperação judiciária em matéria civil deve ser organizada entre os Estados-Membros, tendo em vista promover a informação do público e dos profissionais e simplificar e acelerar a transmissão dos pedidos de apoio judiciário entre Estados-Membros.
- (26) Os mecanismos de notificação e de transmissão previstos na presente directiva inspiram-se directamente nos instituídos pelo Acordo Europeu sobre a Transmissão de Pedidos de Assistência Judiciária, assinado em Estrasburgo em 27 de Janeiro de 1977, a seguir designado «Acordo de 1977». É conveniente fixar um prazo, não previsto no Acordo de 1977, para a transmissão dos pedidos de apoio judiciário. A fixação de um prazo relativamente curto contribui para o bom funcionamento da justiça.
- (27) Os dados transmitidos em aplicação da presente directiva deverão beneficiar de um regime de protecção. Atendendo a que são aplicáveis a Directiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 24 de Outubro de 1995, relativa à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento dos dados pessoais e à livre circulação desses dados ⁽²⁾ e a Directiva 97/66/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de Dezembro de 1997, relativa ao tratamento dos dados pessoais e

⁽¹⁾ JO L 174 de 27.6.2001, p. 1.

⁽²⁾ JO L 281 de 23.11.1995, p. 31.

▼B

à protecção da privacidade no sector das telecomunicações ⁽¹⁾, não é necessário que o presente regulamento preveja disposições específicas.

- (28) A criação de um modelo de formulário para pedidos de apoio judiciário e para a transmissão dos pedidos de apoio judiciário em caso de litígio transfronteiriço contribuirá para facilitar e acelerar os procedimentos.
- (29) Além disso, estes formulários, bem como formulários nacionais, serão colocados à disposição, a nível europeu, através do sistema de informação da rede judiciária europeia, criada pela Decisão 2001/470/CE ⁽²⁾.
- (30) As medidas necessárias à execução da presente directiva serão aprovadas nos termos da Decisão 1999/468/CE do Conselho, de 28 de Junho de 1999, que fixa as regras de exercício das competências de execução atribuídas à Comissão ⁽³⁾.
- (31) É conveniente precisar que a fixação de normas mínimas em litígios transfronteiriços não impede que os Estados-Membros estabeleçam disposições mais favoráveis no que se refere aos requerentes ou beneficiários do apoio judiciário.
- (32) O acordo de 1977 e o protocolo adicional ao Acordo Europeu sobre a Transmissão de Pedidos de Assistência Judiciária, assinado em Moscovo em 2001, continuam a ser aplicáveis às relações entre os Estados-Membros e os Estados terceiros que neles são parte. Em contrapartida, no que se refere às relações entre Estados-Membros, as disposições da presente directiva prevalecem sobre as do acordo de 1977 e as do protocolo.
- (33) Em conformidade com o artigo 3.º do protocolo relativo à posição do Reino Unido e da Irlanda, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, o Reino Unido e a Irlanda notificaram que desejam participar na aprovação da presente directiva.
- (34) Em conformidade com os artigos 1.º e 2.º do protocolo relativo à posição da Dinamarca, anexo ao Tratado da União Europeia e ao Tratado que institui a Comunidade Europeia, a Dinamarca não participa na aprovação da presente directiva, não ficando a ela vinculada nem sujeita à sua aplicação,

ADOPTOU A PRESENTE DIRECTIVA:

CAPÍTULO I

ÂMBITO DE APLICAÇÃO E DEFINIÇÕES

Artigo 1.º

Objectivos e âmbito de aplicação

1. A presente directiva tem por objectivo melhorar o acesso à justiça nos litígios transfronteiriços, através do estabelecimento de regras mínimas comuns relativas ao apoio judiciário no âmbito desses litígios.
2. A presente directiva aplica-se aos litígios transfronteiriços em matéria civil e comercial e independentemente da natureza do órgão jurisdicional. Não abrange nomeadamente as matérias fiscais, aduaneiras ou administrativas.
3. Nos termos da presente directiva, entende-se por «Estado-Membro» qualquer Estado-Membro, com excepção da Dinamarca.

⁽¹⁾ JO L 24 de 30.1.1998, p. 1.

⁽²⁾ JO L 174 de 27.6.2001, p. 25.

⁽³⁾ JO L 184 de 17.7.1999, p. 23.

▼B

*Artigo 2.º***Litígios transfronteiriços**

1. Para efeitos da presente directiva, entende-se por litígio transfronteiriço o litígio em que a parte que requer apoio judiciário na acepção da presente directiva tem domicílio ou reside habitualmente num Estado-Membro diferente do Estado-Membro do foro ou em que a decisão deve ser executada.
2. O Estado-Membro em que uma parte tem domicílio é determinado nos termos do artigo 59.º do Regulamento (CE) n.º 44/2001 do Conselho, de 22 de Dezembro de 2000, relativo à competência judiciária, ao reconhecimento e à execução de decisões em matéria civil e comercial ⁽¹⁾.
3. O momento relevante para determinar a existência de um litígio transfronteiriço é aquele em que é apresentado o pedido de apoio judiciário, nos termos da presente directiva.

CAPÍTULO II

DIREITO AO APOIO JUDICIÁRIO*Artigo 3.º***Direito ao apoio judiciário**

1. Toda a pessoa singular envolvida num litígio abrangido pela presente directiva tem o direito de receber apoio judiciário adequado, por forma a garantir o seu acesso efectivo à justiça, nas condições previstas na presente directiva.
2. O apoio judiciário é considerado adequado quando garante:
 - a) O apoio pré-contencioso tendo em vista um acordo prévio a uma eventual acção judicial;
 - b) A assistência jurídica e a representação do beneficiário em juízo, bem como a dispensa ou a assunção dos encargos do beneficiário com o processo, nomeadamente os encargos referidos no artigo 7.º e os honorários das pessoas mandatadas pelo tribunal para realizar diligências durante o processo.

Nos Estados-Membros em que a parte vencida suporta os encargos da parte contrária, se o beneficiário do apoio perder a causa, o apoio judiciário cobrirá os encargos imputados à parte contrária caso tais encargos fossem cobertos se o beneficiário tivesse domicílio ou residência habitual no Estado-Membro do foro.

3. Não é necessário que os Estados-Membros facultem assistência jurídica ou representação em juízo nos processos destinados especificamente a permitir que os litigantes pleitem por si próprios, salvo decisão em contrário do tribunal ou outra entidade competente para assegurar a igualdade entre as partes ou por o processo ser particularmente complexo.
4. Os Estados-Membros podem exigir aos beneficiários do apoio judiciário uma contribuição razoável para os encargos do processo, tendo em conta as condições referidas no artigo 5.º
5. Os Estados-Membros podem prever a possibilidade de a autoridade competente decidir que o beneficiário do apoio tem obrigação de proceder ao reembolso total ou parcial do mesmo, caso a sua situação financeira tenha melhorado consideravelmente ou a decisão de concessão do apoio judiciário tenha sido tomada com base em informações inexactas fornecidas pelo beneficiário.

⁽¹⁾ JO L 12 de 16.1.2001, p. 1. Regulamento com a redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CE) n.º 1496/2002 da Comissão (JO L 225 de 22.8.2002, p. 13).

▼B

*Artigo 4.º***Não discriminação**

Os Estados-Membros devem conceder apoio judiciário, sem discriminação, aos cidadãos da União e aos nacionais de países terceiros em situação regular de residência num dos Estados-Membros.

CAPÍTULO III

CONDIÇÕES E ÂMBITO DO APOIO JUDICIÁRIO*Artigo 5.º***Condições relacionadas com os recursos financeiros**

1. Os Estados-Membros devem conceder apoio judiciário às pessoas referidas no n.º 1 do artigo 3.º que não possam fazer face à totalidade ou a parte dos encargos do processo referidos no n.º 2 do artigo 3.º devido à sua situação económica, a fim de assegurar o seu efectivo acesso à justiça.
2. A situação económica de uma pessoa deve ser avaliada pela autoridade competente do Estado-Membro do foro, tendo em conta diferentes elementos objectivos, como o rendimento, o património ou a situação familiar, incluindo uma avaliação dos recursos das pessoas que dependem financeiramente do requerente.
3. Os Estados-Membros podem estabelecer limiares acima dos quais se considera que o requerente do apoio judiciário pode fazer face à totalidade ou a parte dos encargos do processo estabelecidos no n.º 2 do artigo 3.º Estes limiares devem ser fixados com base nos critérios definidos no n.º 2 do presente artigo.
4. Os limiares definidos em conformidade com o n.º 3 do presente artigo não podem impedir que seja concedido apoio judiciário aos requerentes que se situem acima dos limiares, desde que estes apresentem provas de que não podem fazer face aos encargos do processo referidos no n.º 2 do artigo 3.º, nomeadamente devido às diferenças de custo de vida entre os Estados-Membros do foro e de domicílio ou residência habitual.
5. Não é necessário conceder apoio judiciário aos requerentes que, no caso em apreço, possam efectivamente recorrer a outros mecanismos que cubram os encargos do processo referidos no n.º 2 do artigo 3.º

*Artigo 6.º***Condições relacionadas com o fundo do litígio**

1. Os Estados-Membros podem prever que os pedidos de apoio judiciário relativos a uma acção judicial que se afigure manifestamente infundada sejam rejeitados pelas autoridades competentes.
2. Se for prestado apoio pré-contencioso, pode ser recusado ou retirado qualquer apoio judiciário suplementar por motivos relacionados com o mérito da causa, desde que o acesso à justiça esteja garantido.
3. Ao decidirem do mérito do pedido, e sem prejuízo do disposto no artigo 5.º, os Estados-Membros devem ponderar a importância da causa em concreto para o requerente, mas podem também ter em conta a natureza da causa, se o requerente invoca ofensa à sua honra mas não sofreu perda material ou financeira, ou se o pedido de apoio judiciário respeita a pretensão emergente directamente da sua actividade ou de profissão que exerce por conta própria.

▼B

*Artigo 7.º***Encargos relacionados com o carácter transfronteiriço do litígio**

O apoio judiciário concedido no Estado-Membro do foro incluirá os seguintes encargos directamente relacionados com o carácter transfronteiriço do litígio:

- a) Interpretação;
- b) Tradução dos documentos exigidos pelo tribunal ou pela autoridade competente e apresentados pelo beneficiário que sejam necessários à resolução do litígio; e
- c) Despesas de deslocação a suportar pelo requerente, na medida em que a lei ou o tribunal desse Estado-Membro exija a presença física na audiência das pessoas a ouvir e o tribunal decida que estas não podem ser ouvidas satisfatoriamente por quaisquer outros meios.

*Artigo 8.º***Encargos cobertos pelo Estado-Membro do domicílio ou da residência habitual**

O Estado-Membro em que o requerente do apoio judiciário tem domicílio ou residência habitual deve prestar-lhe o apoio judiciário a que se refere o n.º 2 do artigo 3.º necessário para cobrir:

- a) As despesas suportadas nesse Estado-Membro com a assistência de um advogado local ou outra pessoa habilitada por lei a prestar aconselhamento jurídico até à apresentação do pedido de apoio judiciário no Estado-Membro do foro, nos termos da presente directiva;
- b) A tradução do pedido e dos documentos comprovativos quando da apresentação do pedido às autoridades desse Estado-Membro.

*Artigo 9.º***Continuidade do apoio judiciário**

1. O apoio judiciário deve continuar a ser concedido, total ou parcialmente, tendo em vista cobrir as despesas suportadas para que uma decisão seja executada no Estado-Membro do foro.
2. O beneficiário que tenha recebido apoio judiciário no Estado-Membro do foro deve receber o apoio judiciário previsto na lei do Estado-Membro a que é pedido o reconhecimento ou a execução.
3. O apoio judiciário deve continuar a estar disponível em caso de interposição de recurso seja contra, seja pelo beneficiário, sob reserva do disposto nos artigos 5.º e 6.º
4. Os Estados-Membros podem prever o reexame do pedido em qualquer fase do processo pelos motivos referidos nos n.ºs 3 e 5 do artigo 3.º e nos artigos 5.º e 6.º, inclusive no caso dos processos referidos nos n.ºs 1 a 3 do presente artigo.

*Artigo 10.º***Procedimentos extrajudiciais**

O benefício do apoio judiciário pode também ser extensivo a procedimentos extrajudiciais, nas condições definidas na presente directiva, desde que a sua utilização seja exigida por lei ou ordenada pelo tribunal.

*Artigo 11.º***Instrumentos autênticos**

Deve ser concedido apoio judiciário para a execução de instrumentos autênticos noutro Estado-Membro, nas condições definidas na presente directiva.

▼B

CAPÍTULO IV

PROCEDIMENTO

*Artigo 12.º***Autoridade que concede o apoio judiciário**

O apoio judiciário é concedido ou recusado pela autoridade competente do Estado-Membro do foro, sem prejuízo do disposto no artigo 8.º

*Artigo 13.º***Introdução e transmissão dos pedidos de apoio judiciário**

1. Os pedidos de apoio judiciário podem ser apresentados:
 - a) À autoridade competente do Estado-Membro onde o requerente tem domicílio ou residência habitual (autoridade de transmissão); ou
 - b) À autoridade competente do Estado-Membro do foro ou do Estado-Membro onde a decisão deve ser executada (autoridade de recepção).
2. Os pedidos de apoio judiciário devem ser formulados e os documentos comprovativos traduzidos:
 - a) Na língua oficial ou numa das línguas do Estado-Membro da autoridade de recepção competente que corresponda a uma das línguas das instituições comunitárias; ou
 - b) Noutra língua que o Estado-Membro tenha indicado como aceitável nos termos do n.º 3 do artigo 14.º
3. As autoridades de transmissão competentes podem decidir recusar a transmissão de um pedido que, manifestamente:
 - a) Não tenha fundamento; ou
 - b) Não se insira no âmbito de aplicação da presente directiva.

São aplicáveis a estas decisões as condições referidas nos n.ºs 2 e 3 do artigo 15.º

4. A autoridade de transmissão competente deve ajudar o requerente a certificar-se de que o pedido é acompanhado de todos os documentos comprovativos que, no seu conhecimento, sejam necessários à apreciação do pedido. Deve ajudar também o requerente a fornecer qualquer tradução necessária dos documentos comprovativos, nos termos da alínea b) do artigo 8.º

A autoridade de transmissão competente deve transmitir o pedido à autoridade de recepção competente do outro Estado-Membro no prazo de 15 dias a contar da data de recepção do pedido, devidamente formulado numa das línguas a que se refere o n.º 2, e dos documentos comprovativos, traduzidos, se necessário, numa dessas línguas.

5. Os documentos transmitidos nos termos da presente directiva estão dispensados de autenticação ou de outra formalidade equivalente.
6. Os Estados-Membros não podem cobrar qualquer taxa pelos serviços prestados nos termos do n.º 4. O Estado-Membro de domicílio ou residência habitual do requerente de apoio judiciário pode estabelecer que o requerente reembolse as despesas de tradução suportadas pela autoridade de transmissão competente se o pedido de apoio judiciário for rejeitado pela autoridade competente.

*Artigo 14.º***Autoridades competentes e línguas**

1. Os Estados-Membros devem designar a autoridade ou autoridades competentes para o envio («autoridades de transmissão») e para a recepção («autoridades de recepção») dos pedidos.

▼B

2. Cada Estado-Membro deve fornecer à Comissão as seguintes informações:

- denominações e moradas da autoridade de recepção ou transmissão competentes referidas no n.º 1,
- áreas geográficas sobre as quais têm jurisdição,
- meios pelos quais estão disponíveis para receber pedidos, e
- línguas que poderão ser utilizadas na formulação do pedido.

3. Os Estados-Membros devem notificar a Comissão da língua ou das línguas oficiais das instituições comunitárias, para além da sua própria língua ou línguas, em que as autoridades de recepção aceitam que sejam formulados os pedidos de apoio judiciário a receber, nos termos da presente directiva.

4. Os Estados-Membros devem comunicar à Comissão as informações referidas nos n.ºs 2 e 3 antes de 30 de Novembro de 2004. Qualquer alteração subsequente dessa informação deve ser notificada à Comissão até dois meses antes de essa alteração entrar em vigor no Estado-Membro em questão.

5. As informações a que se referem os n.ºs 2 e 3 devem ser publicadas no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

Artigo 15.º

Apreciação e decisão dos pedidos

1. As autoridades nacionais competentes para conhecer dos pedidos de apoio judiciário devem velar por que o requerente seja plenamente informado do tratamento do pedido.

2. As decisões devem ser fundamentadas nos casos de rejeição total ou parcial dos pedidos.

3. Os Estados-Membros devem garantir a possibilidade de revisão ou de interposição de recurso das decisões de rejeição dos pedidos de apoio judiciário. Os Estados-Membros podem isentar os casos em que o pedido de apoio judiciário tenha sido rejeitado por um órgão jurisdicional de cuja decisão não haja recurso judicial previsto no direito interno ou por um tribunal de recurso.

4. Os recursos de uma decisão de recusa ou retirada de apoio judiciário tomada em aplicação do artigo 6.º que sejam de natureza administrativa devem ser, em última instância, susceptíveis de controlo jurisdicional.

Artigo 16.º

Formulário-tipo

1. A fim de facilitar a transmissão dos pedidos, deve ser criado, nos termos do artigo 17.º, um formulário-tipo para os pedidos de apoio judiciário e para a transmissão desses pedidos.

2. O modelo de formulário para a transmissão dos pedidos de apoio judiciário deve ser aprovado até 30 de Maio de 2003.

O modelo de formulário para os pedidos de apoio judiciário deve ser aprovado até 30 de Novembro de 2004.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Artigo 17.º

Comité

1. A Comissão é assistida por um comité.

2. Sempre que se faça referência ao presente número, são aplicáveis os artigos 3.º e 7.º da Decisão 1999/468/CE.

3. O comité aprovará o seu regulamento interno.

▼B

*Artigo 18.º***Informação**

As autoridades nacionais competentes devem colaborar para assegurar a informação do público e dos profissionais em relação aos diferentes sistemas de apoio judiciário, nomeadamente por meio da rede judiciária europeia instituída pela Decisão 2001/470/CE.

*Artigo 19.º***Disposições mais favoráveis**

As disposições da presente directiva não obstam a que os Estados-Membros estabeleçam disposições mais favoráveis para os requerentes e beneficiários de apoio judiciário.

*Artigo 20.º***Relações com outros instrumentos**

No âmbito das relações entre os Estados-Membros, e em relação aos assuntos a que se aplica, a presente directiva prevalece sobre as disposições previstas nos acordos bilaterais e multilaterais celebrados pelos Estados-Membros, nomeadamente:

- a) O Acordo Europeu sobre a Transmissão de Pedidos de Assistência Judiciária, assinado em Estrasburgo em 27 de Janeiro de 1977, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo protocolo adicional ao Acordo Europeu sobre a Transmissão de Pedidos de Assistência Judiciária, assinado em Moscovo em 2001;
- b) A Convenção de Haia de 25 de Outubro de 1980, tendente a facilitar o acesso internacional à justiça.

*Artigo 21.º***Transposição para o direito interno**

1. Os Estados-Membros devem pôr em vigor as disposições legislativas, regulamentares e administrativas necessárias para dar cumprimento à presente directiva até 30 de Novembro de 2004, com excepção da alínea a) do n.º 2 do artigo 3.º em que a transposição da presente directiva para o direito interno deve ter lugar até 30 de Maio de 2006, e informar imediatamente a Comissão desse facto.

Quando os Estados-Membros aprovarem essas disposições, estas devem incluir uma referência à presente directiva ou ser acompanhadas dessa referência aquando da sua publicação oficial. As modalidades dessa referência serão aprovadas pelos Estados-Membros.

2. Os Estados-Membros devem comunicar o texto das principais disposições de direito interno que aprovarem nas matérias reguladas pela presente directiva.

*Artigo 22.º***Entrada em vigor**

A presente directiva entra em vigor na data da sua publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias*.

*Artigo 23.º***Destinatários**

Os Estados-Membros são os destinatários da presente directiva em conformidade com o Tratado que institui a Comunidade Europeia.