

## O ADVOGADO E A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA SEGUNDO A CONSTITUIÇÃO DE 1988

Orlando Teixeira da Costa (\*)

O art. 133, da Constituição de 1988, preceitua: "O advogado é **indispensável à administração da justiça**, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei." A expressão "**indispensável à administração da justiça**" vem provocando interpretações inadequadas, que, no entanto, não possuem nenhuma justificação. É que se tem entendido essa disposição, como uma forma de assegurar, de modo absoluto, o monopólio do **jus postulandi** à nobre classe dos advogados, quando, entretanto, não é esse o espírito da lei, conforme procuraremos demonstrar.

Convém, de início, registrar, que esses termos não constituem nenhuma inovação em nosso direito pois o art. 68, da Lei n. 4.215, de 27 de abril de 1963, já os consignava de modo expresso, como transcreveremos a seguir: "Art. 68 — No seu ministério privado o advogado presta serviço público, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento **indispensável à administração da justiça**".

— Qual o significado dessa preceituação?

É que se atribuiu uma nova natureza jurídica à advocacia, conforme ensinam vários autores de nomeada, dentre os quais passarei a citar alguns.

Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, no seu livro **Teoria Geral do Processo**, ensinam: "Tradicionalmente, sustenta-se que a advocacia é uma atividade privada, que os advogados são profissionais liberais, e que se prendem aos clientes pelo vínculo contratual do mandato, combinado com locação de serviços. Modernamente, formou-se outra corrente doutrinária para a qual, em vista da função do advogado no processo, a advocacia tem caráter público, e as relações entre patrono e cliente são reguladas por contrato de direito público" (ob. cit., pág. 189).

Minudenciando um pouco mais a doutrina, Moacyr Amaral Santos, no 1.º volume da sua obra **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**, esclarece: "Conforme antiga teoria, a advocacia se havia como de natureza

---

(\*) O autor é Ministro Togado de Carreira do Tribunal Superior do Trabalho e Professor Titular da Universidade Federal do Pará, colocado à disposição da Universidade de Brasília.

contratual, pois que exercida pela força do contrato de mandato. Segundo outra, ainda é de natureza contratual, porquanto no exercício da advocacia predomina o **Contrato de Locação de Serviços**, sendo a procuração apenas uma condição legal para o cumprimento daquele contrato pelo advogado (Lopes da Costa). Para outros, na advocacia se verifica um contrato **inominado**, pelo qual o advogado se obriga ao cumprimento de certas obrigações, cabendo-lhe em retribuição **honorários**, não salário (Garsonnet' et Bru). A essas teorias de natureza privatista, em que o advogado é visto apenas nas suas relações com o cliente, se opõe a que o encara, **exclusivamente, ou preferencialmente, no seu papel de servidor da justiça, e que desempenha mesmo quando assiste e representa o cliente**. Essa, a teoria mais em voga, entende que a advocacia é função pública, visto que o contrato entre o advogado e o cliente é de **direito público** (Calamandrei, Zanobini, Mário Guimarães de Souza, Targino Ribeiro)" (ob. cit., pág. 316).

Daf por que Nehemias Gueiros, relator da comissão que elaborou o anteprojeto do Estatuto da OAB e seu autor principal, versando a respeito da expressão "elemento indispensável à administração da justiça", explica de maneira a não deixar dúvidas, em seu livro **A Advocacia e o Seu Estatuto**: "Deixou, o advogado, de ser a excrescência desdenhada por alguns ou a simples facção litigante encarada na sua parcialidade obrigatória como elemento perturbador da veneranda serenidade do juízo. É ele, agora, o próprio juízo, numa das suas justaposições essenciais e impreteríveis, compondo e contrapondo, com o outro causídico que se lhe defronta, não apenas o contraditório processual, mas a própria jurisdição do Estado, que sem ele — e só com o magistrado — não seria a Justiça, mas o arbítrio despótico e prepotente ou o dogma distribuído como mercê paternalista aos validos e favoritos das simpatias e inclinações pessoais do poder unipessoal judicante" (ob. cit., pág. 38).

Claro, pois, que o art. 133 da nova Constituição, apenas transferiu para o seu texto a expressão de uma teoria já consagrada pela legislação ordinária, ou seja, a que encara como de direito público a natureza da advocacia, sem que isso importe em criar um injustificável monopólio do seu exercício, que se instituiria contra os fins sociais da Constituição e as exigências do bem comum.

Tanto isso é verdade, que o Estatuto da OAB, que consagrou a teoria publicista, sempre conviveu, como vai conviver a atual Carta Magna, com o **jus postulandi** da parte, encarado como exceção à regra geral da obrigatoriedade da presença do advogado. Assim é que, a própria Lei n. 4.215, de 1963 estabeleceu em seu artigo 75: "**É lícito à parte defender seus direitos, por si mesma** ou por procurador apto mediante licença do juiz competente: — Não havendo ou não se encontrando presente, na sede do juízo, advogado ou provisionado; II — Recusando-se a aceitar o patrocínio da causa, ou estando impedidos os advogados e provisionados presen-

tes na sede do juízo, que serão ouvidos previamente sobre o pedido de licença; III — Não sendo da confiança da parte os profissionais referidos no inciso anterior por motivo relevante e provado. Parágrafo único — Nas hipóteses previstas neste artigo, tratando-se de matéria criminal, qualquer **cidadão apto** poderá ser nomeado defensor do réu”.

Essa mesma disposição vem prevista na parte final do art. 36 do Código de Processo Civil, de modo menos amplo, mas sempre em sentido genérico. É que a regra obrigatória da intervenção do advogado como procurador da parte, no direito brasileiro, conforme Moacyr Amaral Santos, “por motivos de ordem prática ou de força maior”, apresenta “algumas exceções, em que se faculta ou se permite a defesa dos direitos em juízo pela própria parte ou mesmo por procurador apto, a saber:

I — Quando a parte, ou seu representante legal, “tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver” (Cód. Proc. Civil, art. 36, segunda parte). **Nesses casos diz-se que a parte postula em causa própria.**

II — Mediante licença do juiz competente (Estatuto da Ordem dos Advogados, Lei n. 4.215, de 27.4.1963, artigo 75):

a) não havendo ou não se encontrando presente, na sede do juízo, advogado ou provisionado;

b) recusando-se a aceitar o patrocínio da causa, ou estando impedidos, os advogados e provisionados presentes na sede do juízo, que serão ouvidos previamente sobre o pedido de licença;

c) não sendo da confiança da parte os profissionais referidos na letra anterior, por motivo relevante e provado.

Aquela regra se oferecem, ainda, outras exceções, que ocorrem com relação a certos e determinados atos. É o que se dá:

a) nos pedidos de desquite amigável (hoje, separação consensual — parêntesis nosso), que devem ser assinados pelos próprios cônjuges ou a seu rogo, se não souberem ou não puderem escrever (Cód. Proc. Civil, artigo 1.120);

b) no ato de conciliação (Cód. Proc. Civil, arts. 447 a 449, 278, § 1.º);

c) nas intimações, que podem ser feitas às partes, aos seus representantes legais e aos advogados por oficial de justiça, se a lei não dispuser de outro modo (Cód. Proc. Civil, art. 238)” (ob. cit., pág. 311).

As exceções não ficam, porém, no terreno do Direito Processual Civil. Muito mais importantes são os casos excepcionais registrados por outras leis. A Constituição assegura, como direito individual, o **Habeas Corpus** (art. 5.º, LXVIII), que, nos termos do art. 654 do Código de Processo Penal, “**poderá ser impetrado por qualquer pessoa, em seu favor ou de outrem**”.

Dispondo sobre a criação e funcionamento do Juizado Especial de Pequenas Causas, constitucionalizado pelos artigos 98, I e 24, X, da Carta Magna vigente, a Lei n. 7.244, de 7.11.84, previu no seu artigo 9.º, **caput**, que "as partes comparecerão **sempre pessoalmente, podendo** (faculdade — parêntesis nosso) ser assistidas de advogado".

No § 1.º desse mesmo artigo prevê-se, ainda, que "se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, **se quiser** (faculdade — parêntesis nosso), **assistência judiciária...**". Apenas, na interposição do recurso é que se faz necessária a presença do advogado (art. 41, § 2.º), sendo que, no entendimento de Theotônio Negrão, "dispensa-se a intervenção de advogado nos embargos de declaração para o próprio juiz (Código de Processo Civil e Legislação Processual em vigor, 17.ª edição, página 848, nota n. 11).

O pedido a ser feito no Juizado Especial de Pequenas Causas pode ser por escrito ou oralmente. O pedido oral deve ser reduzido a escrito pela Secretaria do Juizado (art. 15 e seu § 3.º), obedecendo ao modelo de procedimento que há quase 50 anos vem sendo utilizado pela Justiça do Trabalho.

Por fim, a exceção mais importante, que vem sendo atacada, freqüentemente, pelos que pretendem reverter a teoria publicista a respeito da natureza jurídica da advocacia através de uma interpretação monopolista.

Pelo art. 839 da CLT, nos dissídios individuais, "a reclamação poderá ser apresentada: a) **Pelos empregados e empregadores, pessoalmente, ou por representantes, e pelos Sindicatos de Classe**".

Essa exceção vem sendo tradicionalmente adotada, com sucesso, por motivo de ordem prática e atendendo às exigências do bem comum.

É que nem sempre as ações trabalhistas possuem valor econômico significativo, como nos casos em que o trabalhador reclama a anulação de meio ou um dia de suspensão, um ou dois dias de salários não pagos, meia dúzia de repousos semanais remunerados e assim por diante.

Nesses casos, o patrocínio não oferece nenhum atrativo ao advogado, o que importaria em negar a prestação jurisdicional ao hipossuficiente, se ele tivesse, necessariamente, que recorrer ao Juízo, assistido de advogado, mas não encontrasse um que se interessasse pelo seu patrocínio.

O reverso da medalha também é significativo. A economia moderna estimula a criação de pequenas e médias empresas. Alguns países desenvolvidos, como a Itália, possuem a sua economia basicamente estruturada sobre elas. Num país como o Brasil, tais empresas também possuem significativa expressão, tanto que existe legislação específica estimulando-as. Ora, muitas vezes, um pequeno empresário é quase tão necessitado quanto

um trabalhador de salário mínimo e não possui condições de contratar um advogado para defender os seus direitos em Juízo, sob pena de agravar, ainda mais, a sua situação financeira.

Se vier a ser adotada a interpretação monopolista a respeito da natureza da advocacia, todas essas pequenas franquias legais concedidas em favor do preso, do litigante de pequena causa, do trabalhador ou pequeno empresário ruirão por completo, excluindo, praticamente, da apreciação do Poder Judiciário, em desobediência ao direito individual do art. 5.º, inciso XXXV, da Carta Magna, lesões ou ameaças a direito, privando, algumas pessoas, de seus bens, do contraditório, da ampla defesa e até mesmo da liberdade, simplesmente porque elas não quiseram ou não puderam constituir advogado.

É importante ressaltar, outrossim, que o princípio da liberdade sindical ficará seriamente vulnerado, pois nos termos do art. 8.º, inciso III, da Constituição atual, "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas", sendo de relembra que, pelo princípio do **jus postulandi** consagrado pelo art. 839 da CLT, a reclamação, em dissídio individual, também poderá ser apresentada por sindicato de classe, sem assistência de advogado.

Nunca é demais acrescentar outro dado de natureza social importante. O Brasil possui grandes e pequenas cidades. Aglomerações próximas uma das outras ou distanciadas por centenas de quilômetros ou acidentemente geográficas, sendo que, nestas últimas, pode haver a figura, freqüentemente presente, do juiz de direito ou, com menos freqüência, da Junta de Conciliação e Julgamento, mas sem a presença constante de advogados. Aí também, a prestação jurisdicional, em obediência ao **jus postulandi** do operário, do pequeno empresário e do sindicato de classe, ficaria prejudicada em face do isolamento imposto pela distância ou pelos obstáculos físicos, já que normalmente inexistentes advogados nessas localidades.

Além dessas razões de bom senso, cumpre insistir, entretanto, na interpretação correta do art. 133 da Lei Fundamental. A expressão "indispensável à administração da justiça", não assegura aos advogados nenhum monopólio e nenhum cerceio a qualquer pedido de prestação jurisdicional da própria parte, assegurado, por exceções legais, à regra geral publicista de que o **jus postulandi** compete ao advogado. Compete, sim, mas comporta as exceções já enumeradas. O que a Constituição quis afirmar ou reafirmar, repetindo a legislação ordinária, como procedeu em relação a muitos outros direitos, é que o advogado não mais deva ser, como vem sendo, pelo menos desde 1963, uma "excrecência desdenhada", "simples facção litigante" ou "elemento perturbador do juízo". Não, ele foi elevado à dignidade de "servidor da justiça", o que não significa que este papel lhe foi reservado em caráter de exclusividade.

A administração da justiça deve contar, constantemente, com a colaboração valiosa dos advogados, mas essa colaboração não pode ser interpretada de tal modo que, em benefício desse privilégio, se postergue direito mais fundamental, qual seja, aquele reconhecido a todo o cidadão de recorrer ao Poder Judiciário.

Implicaria em ignorar as exigências do bem comum e os fins sociais da nova Carta Política, querer eliminar as facilidades que são facultadas aos hipossuficientes (pessoas pobres, trabalhadores de baixo salário e empresários de pequeno capital), nos Juizados Especiais de Pequenas Causas e na Justiça do Trabalho.

Por isso, e em conclusão, o art. 133 da Constituição de 1988, deve ser interpretado no sentido de que a expressão — **“o advogado é indispensável à administração da justiça”** — reserva a esses profissionais uma condição de servidor da justiça e não de monopólio, para que se tenha acesso a ela. Do que decorre que o **jus postulandi** previsto no art. 839 da Consolidação das Leis do Trabalho continua em plena vigência, porque absolutamente compatível com o texto constitucional vigente.