

RAPHAEL BRUNO DE OLIVEIRA SILVA

**O INSTITUTO DO *JUS POSTULANDI* E A GARANTIA
DE ACESSO À JUSTIÇA**

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Deborah Sales Belchior

Fortaleza, Ceará.

Junho de 2009.

RAPHAEL BRUNO DE OLIVEIRA SILVA

O INSTITUTO DO *JUS POSTULANDI* E A GARANTIA DE ACESSO À JUSTIÇA

Monografia submetida à Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Apresenta em: 10/07/2009.

BANCA EXAMINADORA

Deborah Sales Belchior (Orientadora)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Marcus Cláudius Sabóia Rattacaso

Universidade Federal do Ceará - UFC

Luciana Nogueira Nóbrega

Universidade Federal do Ceará - UFC

CONCEITO FINAL: _____

AGRADECIMENTOS

Reverenciosamente, a Deus, que me presenteou com as melhores companhias em minha caminhada.

Respeitosamente, ao meu avô Cláudio, por ensinar-me a viver “cada dia melhor”, e à minha avó Waldízia, por lembrar-me, em seus acertados ensinamentos, que “tudo sem Deus é nada, e nada com Deus é tudo”.

Ainda respeitosamente, ao meu avô Cosmo, por ser exemplo de dignidade e de personalidade e por ensinar-me como observar a vida, e à minha avó Maria Ávila, por mostrar-me a importância da família em nossas vidas.

Emocionadamente, ao meu pai, Walmir Silva Neto, por ser um amigo sempre disposto a ajudar-me, a aconselhar-me e a alegrar-me, à minha mãe, Silvana Maria de Oliveira Silva, por ser um colo protetor e acolhedor sempre à disposição, e a ambos pelo amor incondicional e por sempre acreditarem e investirem nos meus sonhos.

Ainda emocionadamente, à Vera Lúcia, por ser uma segunda mãe em minha vida, amando-me, também, de forma incondicional.

Fraternalmente, aos meus irmãos, Rodrigo Cláudio e Renato Igor, por serem “mais que irmãos, amigos; e mais que amigos, irmãos”.

Amorosamente, à minha namorada, Tathyana, por ser uma companheira disposta a dividir comigo todos os momentos, sejam os felizes ou os de dificuldade, sendo mais um alicerce para manter-me firme em meus intentos.

Ainda amorosamente, a todos os meus familiares, por representarem a melhor família que poderia existir, donde pude apreender todos os melhores e acertados ensinamentos.

Também de forma fraterna, a todos meus amigos por serem essenciais na minha vida, à Janaína Sena Taleires, pelo carinho diário e por estar sempre disposta a ajudar, e ao Ítalo

Lima de Paula Miranda, por ser o cúmplice e a opinião necessária em muito mais de metade da minha vida.

Alegremente, à Radyja, por ser quem melhor me compreende e quem me faz sorrir em qualquer ocasião.

Enaltecidamente, à Dra. Deborah Sales Belchior, por acreditar e investir em meu potencial. Por orientar-me em mais que este trabalho; mas em toda minha vida profissional, sendo um paradigma a ser seguido de luta por seus sonhos.

Respeitosamente, à Luciana e ao Marcus Cláudius, que aceitaram prontamente compor a banca examinadora do meu trabalho.

“E ainda que tivesse o dom de profecia, e conhecesse todos os mistérios e toda a ciência, e ainda que tivesse toda fé, de maneira tal que transportasse os montes, e não tivesse amor, nada seria.”

I Coríntios 13:2

RESUMO

A capacidade postulatória é um pressuposto processual de validade e, segundo o Estatuto da OAB, é de exercício privativo do advogado. Na Justiça do Trabalho, no *Habeas Corpus* e nos Juizados Especiais estaduais e federais, há a previsão do *jus postulandi*, que é a dispensa de assistência de advogado para a parte litigar em juízo. Essa dispensa, entretanto, garante apenas um aparente acesso à justiça, uma vez que a parte desassistida de advogado acaba tendo mitigados a ampla defesa e o contraditório, implicando na não efetivação da tutela jurisdicional. A faculdade de postular em juízo sem advogado incide, na maioria dos casos, sobre os que se encontram em desvantagem processual, envolvendo direitos indisponíveis, agravando a afronta às garantias constitucionais.

Palavras-Chave: capacidade postulatória, advogado e *jus postulandi*.

ABSTRACT

The capacity to postulate is a procedural guarantee for the validity of a lawsuit and, according to the OAB Statute, it's a lawyer's inherent prerogative. In the Labor Law branch, in Habeas Corpus and in state and federal Special Courts, there is the prediction of jus postulandi, which is the dismissal of the lawyer assistance to litigate in the courts. This exemption, however, provides only an apparent access to justice, for the person who doesn't have this assistance ends up having his right of broad defense and contradictory principles mitigated, resulting in the inefficiency of judicial protection. The right of postulating at the court without a lawyer assistance concerns, in most cases, the ones who are in a prosecution disadvantage, involving undisposable rights and aggravating the affront to the constitutional guarantees.

Key words: Capacity to postulate, lawyer and jus postulandi.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL.	12
1.1. Do conceito de processo.	12
1.2. Da relação jurídica processual.	13
1.2.1. Da constituição da relação jurídica processual.	14
1.2.2. Das características da relação jurídica processual.	16
1.3. Dos pressupostos processuais.	17
1.3.1. Dos pressupostos processuais objetivos.	17
1.3.1.1. <i>Extrínsecos.</i>	18
1.3.1.2. <i>Intrínsecos.</i>	19
1.3.2. Dos pressupostos processuais subjetivos.	20
1.3.2.1. <i>Referentes ao sujeito imparcial.</i>	20
1.3.2.2. <i>Referentes aos sujeitos parciais.</i>	22
2. DO ADVOGADO.	26
2.1. Conceito.	26
2.2. Da função social do advogado e sua origem histórica.	26
3. DO JUS POSTULANDI.	28
3.1. Conceito.	28
3.2. Previsão legal.	28
3.3. Do instituto do <i>jus postulandi</i> à luz dos tratados internacionais.	30
3.4. Do instituto do <i>jus postulandi</i> no direito comparado.	34
3.5. Do instituto do <i>jus postulandi</i> na Justiça do Trabalho.	36
3.5.1. Da questão dos honorários advocatícios.	37
3.6. Do instituto do <i>jus postulandi</i> nos juizados especiais.	42
3.7. Do instituto do <i>jus postulandi</i> no <i>Habeas Corpus</i> .	45
3.8. Do instituto do <i>jus postulandi</i> à luz do Estatuto da OAB.	46

3.9. do instituto do <i>jus postulandi</i> à luz da Constituição Federal.	47
3.9.1. Da garantia de acesso à justiça.	47
3.9.2. Da ampla defesa e do contraditório.	52
3.9.3. Dos arts. 133 e 134 da Constituição Federal.	52
CONCLUSÃO	55
REFERÊNCIAS	56

INTRODUÇÃO

O princípio da igualdade, copiosamente aclamado pelos protagonistas da Revolução Francesa, passa, a partir da segunda metade do século XIX, sob a influência do socialismo, a ser densificado, dando espaço à noção de igualdade material, a qual traduz o aforismo de que se deve *tratar os desiguais na medida de suas desigualdades*.

O estudo da igualdade material pretende, portanto, acompanhar a realidade social. Dessa forma, fazendo emergir da sociedade a diversidade, obrigando-lhe a ponderação pela ciência jurídica.

Destarte, há que se considerar, nas relações humanas, a possibilidade de existirem partes em desvantagem em relações às outras.

Por vezes, entretanto, essa condição desvantajosa resulta da própria relação existente, pertencendo à natureza do vínculo formado. Em alguns destes casos, então, o Direito se há adiantado, especialmente os regulando com o finco de evitar, ou de pelo menos mitigar, que a desvantagem de uma das partes seja utilizada para o prejuízo desta e o benefício da outra, visando a afastar a desproporcionalidade nas relações.

Assim, nascem normas cogentes, especificamente preocupadas com a extirpação jurídica de pessoas em estado de desvantagem em relação a outras. Algumas dessas normas agrupam-se, por exemplo, no Estatuto do Idoso, no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, caracterizando-se não só de forma material; para que os direitos daqueles em desvantagem possam ser perseguidos em juízo, necessário que lhes sejam também oferecidas garantias processuais.

Portanto, revela-se imperioso, em primeiro plano, seja garantido o acesso ao judiciário, a ampla defesa e o contraditório àquele que é qualificado doutrinariamente, no momento processual, de hipossuficiente. Garantias estas constitucionalmente oferecidas a todos, mas que merecem trato diferenciado em relação a alguns para que lhes sejam efetivamente observadas, seguindo a idéia supramencionada de igualdade material.

Uma dessas garantias processuais notadamente concedidas aos hipossuficientes é o chamado instituto do *jus postulandi*, que permite à parte do processo postular sem assistência do advogado ou da defensoria pública.

Na prática, todavia, freqüentemente se observa que o referido instituto não funciona garantindo o acesso à justiça, a ampla defesa e o contraditório; comumente, o contrário acontece e a hipossuficiência da parte é agravada pela ausência de uma devida e necessária assistência jurídica.

Amiúde se presencia situações em que partes, litigando em juízo, desassistidas de advogado, sob a justificativa mediata de sua hipossuficiência, acabam por renunciarem, presumivelmente a contragosto, direitos e garantias por não saberem como efetivá-los ou, inclusive, por desconhecerem-lhes a existência. Direitos, muitas vezes, representados por normas cogentes, irrenunciáveis, sendo desdenhados sob o alcance da Justiça.

Desse modo, o instituto do *jus postulandi* merece especial análise, porquanto se apresenta, aparentemente, injusto, a despeito de parecer, também, inconstitucional e ilegal (em sentido estrito).

1. DA CAPACIDADE POSTULATÓRIA COMO PRESSUPOSTO PROCESSUAL.

Antes de adentrar especificamente no estudo do jus postulandi, faz-se importante contextualizá-lo dentro da ciência jurídica.

Destarte, imperioso observar que o instituto em relevo no presente trabalho apresenta-se intrinsecamente ligado ao estudo dos pressupostos processuais, devendo ser, portanto, enquadrado na ciência processual, sendo o que se desenvolve adiante.

1.1. Do conceito de processo.

O Processo, juntamente com a Ação e a Jurisdição, é um dos pilares do tripé sobre o qual se fundamenta a Teoria Geral do Processo.

Preambularmente, antes de chegar ao conceito de Processo, necessário faz-se um breve levantamento das teorias que, ao longo da evolução histórica de seu estudo, buscaram conceituá-lo.

Em um primeiro momento, entendia-se que processo era sinônimo de procedimento, caracterizando-se a Teoria Imanentista.

Em seguida, no período formular do Direito Romano, tem-se o processo encarado como um acordo de vontade entre as partes para se submeterem a ele, o que decorria da insuficiência do poder estatal para impor-lhe o processo.

Superada essa fase, o jurista alemão Oskar Von Bullow dá um relevante passo no exame da natureza processual, defendendo que a relação jurídica de direito material não se confunde com a relação jurídica de direito processual, porquanto esta possua sujeitos, objetos e requisitos formais diferentes. Defendia o ilustre jurista que o processo é relação jurídica processual desenvolvida por meio de procedimento.

A corrente de Oskar Von Bullow até hoje é defendida, possuindo como adepto o renomado doutrinador Humberto Theodoro Júnior.

Criticando esse posicionamento, tem-se a visão do respeitável jurista Fazzalari, o qual defende que a relação jurídica material justifica a relação jurídica processual, revelando, assim, resquícios da Teoria Imanentista.

Segundo Fazzalari, o que caracteriza o processo é a existência de contraditório. O processo seria um procedimento em contraditória, ou seja, uma sucessão de atos desenvolvida pela paridade de armas. Havendo contraditório, haveria processo.

Por fim, tem-se a doutrina do ilustre jurista Dinamarco, que busca compatibilizar as teorias de Von Bulow e Fazzalari.

Para Dinamarco, o processo seria um procedimento animado pela relação jurídica em contraditório.

Ex positis, vislumbra-se como mais adequada a conceituação desenvolvida por este último jurista, fundamenta o processo por meio de três elementos: procedimento; relação jurídica processual; e contraditório.

Conforme visto, o contraditório é representado pela existência de paridade de armas entre as partes, e o procedimento, pela sucessão de atos interligados de forma lógica, visando a um objetivo final. O procedimento é o aspecto visível do processo, ou seja, é a exteriorização deste.

Quanto à relação jurídica processual, imperiosa uma análise mais detalhada, pelo que se preferiu abordá-la em tópico próprio.

1.2. Da relação jurídica processual.

Miguel Reale define relação jurídica da seguinte forma:

“As normas jurídicas projetam-se como feixes luminosos sobre a experiência social: e só enquanto as relações sociais passam sob a ação desse fecho normativo, é que elas adquirem o significado de ‘relações jurídicas’.

(...)

Quando uma relação de homem para homem se subsume ao modelo normativo instaurado pelo legislador, essa realidade concreta é reconhecida como sendo relação jurídica.”¹

Destarte, seguindo os ensinamentos supracitados, pode-se afirmar que a relação jurídica possui dois elementos. Primeiramente, tem-se a relação intersubjetiva, caracterizado pelo vínculo existente entre duas ou mais pessoas. Ademais, esse vínculo precisa apresentar uma relevância jurídica, devendo corresponder a uma hipótese normativa, gerando direitos e obrigações.

Essa relação jurídica, conforme visto no tópico anterior, quando anima um procedimento em contraditório, torna-se processual, revelando aspectos relevantes, os quais serão estudados adiante.

1.2.1. Da constituição da relação jurídica processual.

A relação jurídica processual, em regra, é tríplice, formada por autor, juiz e réu, não obstante não seja esta sua composição mínima.

Em verdade, excepcionalmente, podem-se constituir relações processuais sem autor, sendo a composição mais simples, ou sem réu, correspondendo à relação linear entre autor e juiz.

Importante destacar que a relação é formada gradualmente, ou seja, no momento da propositura da ação, há uma relação jurídica processual incompleta, pois que o réu só passa a compor a ação, quando devidamente citado para responder a ação.

Ressalte-se, ademais, que o processo pode, inclusive, vir a ser extinto antes de formado o contraditório, *inaudita altera parte*, quando, por exemplo, seja indeferida a petição inicial, encerrando-se sem que venha a ser formada uma relação tríplice.

O Código de Processo Civil (CPC), em seu art. 267², arrola uma série de situações em que o processo pode ser extinto sem a resolução do mérito, podendo, algumas delas, serem

¹ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 200.

² Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito:

reconhecidas pelo juiz antes mesmo de citado o réu. Nestes casos, o processo pode vir a ser extinto antes que a parte demandada o componha. Ou seja, o CPC considera que já há processo, mesmo antes de a parte contrária tomar ciência de sua existência.

Outro exemplo trazido pelo CPC é o do seu art. 285-A³, em que há a possibilidade de ser proferida sentença, fazendo coisa julgada material, que só existe no processo, sem a necessidade de citação da parte demandada.

Imprescindível observar, ainda, que inexistente réu, por exemplo, nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, como também inexistente autor na jurisdição voluntária, sendo, todavia, exceções à constituição tríplice do processo.

A despeito dessas considerações, pode-se entender que a regra é que a relação seja tríplice, pelo que se passa ao exame de sua representação, emergindo, então, a divergência doutrinária quanto a se sua representação seria angular, triangular ou linear.

Para alguns, a relação seria representada de forma angular, negando, assim que o processo estabeleça relação imediata entre autor e réu. A relação direta destes seria unicamente com o juiz, existindo, entre aqueles, vínculo meramente mediato, devendo

I - quando o juiz indeferir a petição inicial;

II - quando ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o juiz acolher a alegação de preempção, litispendência ou de coisa julgada;

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual;

VII - pela convenção de arbitragem;

VIII - quando o autor desistir da ação;

IX - quando a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

X - quando ocorrer confusão entre autor e réu;

XI - nos demais casos prescritos neste Código.

§ 1º O juiz ordenará, nos casos dos ns. II e III, o arquivamento dos autos, declarando a extinção do processo, se a parte, intimada pessoalmente, não suprir a falta em 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º No caso do parágrafo anterior, quanto ao no II, as partes pagarão proporcionalmente as custas e, quanto ao no III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e honorários de advogado (art. 28).

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

§ 4º Depois de decorrido o prazo para a resposta, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

³ Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.

§ 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.

§ 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

necessariamente passar por este. Este não parece, entretanto, o posicionamento mais adequado à realidade processual.

Em contraposição à idéia supramencionada, a doutrina majoritária destaca que há inquestionável relação entre autor e réu, afirmando que a relação é, em verdade, triangular.

A existência de vínculo entre autor e réu pode ser evidenciada, por exemplo, pelo dever de lealdade e boa-fé que deve existir entre eles ou pela faculdade de as partes poderem suspender o processo sem a participação do juiz.

Ademais dessas duas correntes, há a que assevera que a relação é linear, caracterizada por uma relação entre autor e réu mediada pelo juiz, sem que este se apresente em posição superior. Essa tese, igualmente à da configuração angular da relação, desconsidera a existência de vínculo imediato entre as partes, sendo, então, também por isso, criticável.

1.2.2. Das características da relação jurídica processual.

Um último ponto a ser estudado no presente trabalho acerca da relação jurídica processual é o que trata das características dessa relação.

De forma sucinta, pode-se dizer que a doutrina aponta cinco principais características, quais sejam: autonomia; complexidade; dinâmica; unidade; e natureza pública.

Dizer que a relação jurídica processual é autônoma significar dizer que ela independe da existência de relação jurídica de direito material.

Quanto à complexidade, esta decorre do fato de que, a cada ato processual, ter-se-á autor, réu e juiz como titulares de situações jurídicas ativas e passivas. Em cada ato, cada um terá, por exemplo, ônus, faculdade, direitos, deveres e poderes, formado uma teia de situações jurídicas, com uma multiplicidade de possibilidades, em que as partes atuam em estado de sujeição e o juiz com seu poder-dever.

O dinamismo consiste no fato de a relação jurídica processual ser continuada, desenvolvendo-se durante um período de tempo, em busca de um objeto final. Essa

característica é que justifica a existência das preclusões, sendo medida necessária para que faça o processo caminhar.

Ainda no que se concerne ao dinamismo, impende considerar que essa qualidade da relação processual representa um de seus pontos distintivos da relação material, pois que esta, em regra, é instantânea.

A relação processual possui como característica, por fim, sua natureza pública, o que decorre da presença do Estado-Juiz como um dos sujeitos da relação, bem como da sua preocupação com a entrega da prestação jurisdicional, possuindo, também, interesse na solução do processo.

1.3. Dos pressupostos processuais.

Os pressupostos processuais são os requisitos formais do processo. São, portanto, as condições de existência, de validade e de eficácia da relação processual.

Esses pressupostos podem ser divididos em objetivos e subjetivos, conforme veremos a seguir.

1.3.1. Dos pressupostos processuais objetivos.

Os pressupostos processuais objetivos são os relativos aos elementos objetivos da relação processual, diferenciando-se, portanto, dos pressupostos pessoais, que são relativos aos sujeitos da relação.

Eles podem ser divididos em extrínsecos e intrínsecos.

Parta-se, portanto, à análise de cada um deles.

1.3.1.1. Extrínsecos.

Os pressupostos extrínsecos são analisados fora da relação jurídica processual. São também chamados de pressupostos processuais negativos, pois o que gera vícios é sua presença no caso concreto.

Esses requisitos negativos de validade do processo são: a coisa julgada material; a litispendência; a perempção; a transação; a convenção de arbitragem; e a ausência de recolhimento de custas processuais extinto sem a resolução do mérito.

Os doutrinadores Nelson Nery e Arruda Alvim são contrários ao exposto acima quanto à coisa julgada material, afirmando não se tratar esta de pressuposto negativo de validade; mas de existência.

Para estes doutrinadores, uma decisão que afronta a coisa julgada não existe juridicamente, tratando-se de um vício tão grave que não reúne condições mínimas de existência. Nelson Nery, em especial, é um dos maiores críticos da relativização da coisa julgada, pois que esta prevista como cláusula pétrea na Constituição Federal.

A maioria da doutrina, entretanto, a exemplo de Dinamarco e de Barbosa Moreira, defende que a coisa julgada constitui pressuposto negativo de validade, porquanto não haveria como explicar-se a possibilidade de ação rescisória por ofensa à coisa julgada. Para eles, não seria possível pleitear-se, em juízo, a desconstituição de uma decisão que não possui existência jurídica.

Segundo a posição majoritária, é possível ocorrer o conflito entre coisas julgadas. Se existirem duas decisões transitadas em julgado, a primeira vale até que termine para segunda o prazo para ser desconstituída por ação rescisória. Ou seja, havendo uma decisão que afronta a coisa julgada, esta revela nulidade processual absoluta; se há duas coisas julgadas em conflito, há vício de rescindibilidade (art. 485, IV, do CPC). Depois, entretanto, de passado o prazo da ação rescisória, a coisa julgada mais recente substitui a anterior.

1.3.1.2. *Intrínsecos.*

Os pressupostos processuais intrínsecos são analisados na própria relação jurídica pessoal. São os seguintes:

a) Demanda: é o ato de demandar, de concretizar o direito abstrato de ação. Pode ser entendida como ato de provocar a jurisdição e o conteúdo da pretensão, confundindo-se, então, com o sentido de processo. Deste modo, configura-se como um pressuposto processual de existência, pois, sem a demanda, não há processo.

b) Petição inicial apta: é ato processual solene, possui requisitos formais que devem ser observados. Seus requisitos estão previstos nos arts. 282 e 283 do CPC, e suas hipóteses de indeferimento, no art. 295 do CPC. Trata-se, portanto, de um pressuposto de validade.

c) Citação válida: é um pressuposto de validade que ocorre quando a citação apresenta-se viciada ou inexistente.

O ilustre jurista Bedaque ressalva que a citação válida só pode vir a ser um pressuposto processual nos processos em que é exigida, como, por exemplo, nos arts. 285-A e 295 do CPC.

Ainda acerca da citação majoritária, importante observar que a doutrina majoritária, exemplificada por Barbosa Moreira, Humberto Theodoro Júnior e Dinamarco, assevera que se trata ela realmente de um pressuposto de validade, mas que gera uma nulidade absoluta muito grave, *sui generis*, pois não permite que o réu seja efetivamente integrado à relação jurídica, não se convalidando com o trânsito em julgado.

A inexistência de citação válida, com o trânsito em julgado, transforma-se em vício de rescindibilidade. É chamado, também, na doutrina, de transrescisório, uma vez que não está adstrito à alegação na ação rescisória, cuja nulidade pode ser declarada por meio de *querella nulitatis* (ação declaratória de nulidade), não prescrevendo, portanto.

A jurista Tereza Arruda Alvim Wambier, em corrente minoritária, entende trata-se a citação válida de um pressuposto de existência, uma vez que, em sendo o processo animado por uma relação jurídica processual, sendo esta relação, formada por juiz, autor e réu,

elemento do processo, não poderia existir processo sem que essa relação tenha se formado de forma devida, com a citação válida do réu. Ou seja, sem a citação válida do réu, não haveria relação processual e, por conseguinte, processo. Para ela, persistindo o vício depois do trânsito em julgado, ele deveria ser sanado mediante uma ação declaratória de inexistência de ato processual.

Criticável, *data venia*, a posição da brilhante jurista, uma vez que a relação processual, conforme visto anteriormente, pode-se constituir de forma incompleta, linear (entre autor e juiz), já existindo desde o momento da propositura da ação, ou seja, antes de constituída a relação tríplice.

O Código de Processo Civil, em seu art. 214, indo ao encontro da corrente majoritária, estabelece que a citação inválida ou inexistente é pressuposto de validade.

Art. 214. Para a validade do processo é indispensável a citação inicial do réu.

1.3.2. Dos pressupostos processuais subjetivos.

Os pressupostos processuais subjetivos são os que estão ligados aos sujeitos da relação processual, distinguidos em dois os grupos: os relativos ao sujeito imparcial da relação (juiz) e os relativos aos sujeitos parciais da relação (autor e réu).

1.3.2.1. Referentes ao sujeito imparcial.

Quanto ao sujeito imparcial do processo, os pressupostos processuais são os que restam arrolados adiante:

a) **Investidura:** preceitua que o juiz deve estar investido no exercício jurisdicional. Trata-se de pressuposto processual de existência.

b) Imparcialidade do juiz: veda a existência de interesses pessoais do juiz na solução do litígio, configurando-se como pressuposto de validade.

A imparcialidade não se confunde com a passividade do juiz. Nesta, o juiz interfere o mínimo possível no processo, não havendo preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional; naquela, não há interesses próprios, pessoais, do juiz, mas deve haver a preocupação com a qualidade da prestação jurisdicional, possuindo o juiz, por exemplo, poderes instrutórios.

Não se confunde, também, imparcialidade com neutralidade. Pela neutralidade, exigir-se-ia do juiz que não fossem levados em consideração aspectos alheios ao processo e suas experiências prévias de vida, o que se revela impossível, dado que os juízes são pessoas comuns.

Em relação à imparcialidade do juiz, sua inobservância pode causar suspeição ou impedimento (arts. 134 e 135 do CPC)⁴.

⁴ Art. 134. É defeso ao juiz exercer as suas funções no processo contencioso ou voluntário:

I - de que for parte;

II - em que interveio como mandatário da parte, oficiou como perito, funcionou como órgão do Ministério Público, ou prestou depoimento como testemunha;

III - que conheceu em primeiro grau de jurisdição, tendo-lhe proferido sentença ou decisão;

IV - quando nele estiver postulando, como advogado da parte, o seu cônjuge ou qualquer parente seu, consanguíneo ou afim, em linha reta; ou na linha colateral até o segundo grau;

V - quando cônjuge, parente, consanguíneo ou afim, de alguma das partes, em linha reta ou, na colateral, até o terceiro grau;

VI - quando for órgão de direção ou de administração de pessoa jurídica, parte na causa.

Parágrafo único. No caso do no IV, o impedimento só se verifica quando o advogado já estava exercendo o patrocínio da causa; é, porém, vedado ao advogado pleitear no processo, a fim de criar o impedimento do juiz.

Art. 135. Reputa-se fundada a suspeição de parcialidade do juiz, quando:

I - amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer das partes;

II - alguma das partes for credora ou devedora do juiz, de seu cônjuge ou de parentes destes, em linha reta ou na colateral até o terceiro grau;

III - herdeiro presuntivo, donatário ou empregador de alguma das partes;

IV - receber dádivas antes ou depois de iniciado o processo; aconselhar alguma das partes acerca do objeto da causa, ou subministrar meios para atender às despesas do litígio;

V - interessado no julgamento da causa em favor de uma das partes.

Parágrafo único. Poderá ainda o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo.

A suspeição gera vício de validade relativa. Assim, ocorrendo causa que possa dar ensejo a exceção de suspeição, surge prazo de 15 dias para que as partes aleguem, e, se não o fizerem, o vício é sanado.

O impedimento implica nulidade absoluta, podendo ser alegado a qualquer tempo, mesmo depois do trânsito em julgado, não podendo, entretanto, superar o prazo da ação rescisória.

c) Competência: é pressuposto processual de validade⁵. Entende-se que só se caracteriza como pressuposto processual a competência absoluta, pois que a competência relativa pode ser prorrogada caso não seja alegada⁶.

1.3.2.2. Referentes aos sujeitos parciais.

No que concerne às partes do processo (autor e réu), elas devem ter capacidade, devendo essa capacidade ser analisada através de suas três dimensões: capacidade de ser parte; capacidade de estar em juízo; e capacidade postulatória.

a) Capacidade de ser parte: também conhecida como personalidade judiciária, é a capacidade do sujeito de participar das relações jurídicas materiais, exercendo direitos e obrigações. Trata-se de pressuposto processual de existência.

b) Capacidade de estar em juízo: é a capacidade plena de praticar atos jurídicos, uma vez que autor e réu praticam atos processuais, que são espécies de atos jurídicos. É pressuposto processual de validade.

⁵ Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção.

§ 1º Não sendo, porém, deduzida no prazo da contestação, ou na primeira oportunidade em que lhe couber falar nos autos, a parte responderá integralmente pelas custas.

§ 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente.

⁶ Art. 114. Prorrogar-se-á a competência se dela o juiz não declinar na forma do parágrafo único do art. 112 desta Lei ou o réu não opuser exceção declinatória nos casos e prazos legais.

Há pessoas que exercem sua capacidade de estar em juízo por intermédio de representantes processuais, conforme prescreve o art. 12 do CPC:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

I - a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores;

II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;

III - a massa falida, pelo síndico;

IV - a herança jacente ou vacante, por seu curador;

V - o espólio, pelo inventariante;

VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;

VII - as sociedades sem personalidade jurídica, pela pessoa a quem couber a administração dos seus bens;

VIII - a pessoa jurídica estrangeira, pelo gerente, representante ou administrador de sua filial, agência ou sucursal aberta ou instalada no Brasil (art. 88, parágrafo único);

IX - o condomínio, pelo administrador ou pelo síndico.

§ 1º Quando o inventariante for dativo, todos os herdeiros e sucessores do falecido serão autores ou réus nas ações em que o espólio for parte.

§ 2º - As sociedades sem personalidade jurídica, quando demandadas, não poderão opor a irregularidade de sua constituição.

§ 3º O gerente da filial ou agência presume-se autorizado, pela pessoa jurídica estrangeira, a receber citação inicial para o processo de conhecimento, de execução, cautelar e especial.

Para a pessoa física, deve-se verificar os preceitos do Direito Material. O incapaz e o relativamente incapaz, por exemplo, também precisam de representação para estar em juízo.

c) capacidade postulatória: seria a presença de advogado devidamente inscrito na OAB. Ou seja, para que a atuação do sujeito seja formalmente correta, faz-se necessária a presença de advogado para praticar os atos postulatórios.

O estudo desse pressuposto é de extrema importância para o desenvolvimento do presente trabalho, pois que analisa o grau de imprescindibilidade do advogado para que seja

exercida a capacidade postulatória, o que deve, necessariamente, ser feito a partir de uma interpretação constitucional desse pressuposto, a fim de que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, bem como para que esteja assegurada a garantia de acesso à justiça.

O primeiro ponto a que a doutrina dá destaque é o de que existe uma capacidade postulatória *sui generis*, que é a exercida pelo Ministério Público, também conhecida como capacidade postulatória funcional.

Há, ademais, exceções em que as partes podem postular em juízo sem a assistência de advogado, quais sejam: nos Juizados Especiais, na Justiça do Trabalho, no Habeas Corpus e quando ocorra uma das situações previstas na parte final do art. 36 do CPC⁷. Essas exceções serão melhor abordadas posteriormente na presente monografia.

Diverge-se, entretanto, acerca da capacidade postulatória ser um requisito de existência ou de validade do processo.

Caso os atos processuais sejam praticados por quem não é advogado, o art. 4º da Lei 8.906/94 (Estatuto da OAB) prevê que esses atos são nulos, senão vejamos:

Art. 4º São nulos os atos privativos de advogado praticados por pessoa não inscrita na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Parágrafo único. São também nulos os atos praticados por advogado impedido - no âmbito do impedimento - suspenso, licenciado ou que passar a exercer atividade incompatível com a advocacia.

Destarte, segundo o dispositivo supramencionado, estar-se-ia diante de um pressuposto de validade. Há, entretanto, quem defenda ser requisito de existência, podendo ser discutido indeterminadamente. Em nome da segurança jurídica, contudo, a doutrina prefere considerar a inexistência de advogado como vício anulável, decaindo a possibilidade de alegá-la passados dois anos.

Do mesmo modo, necessário discorrer-se acerca da atuação do advogado em juízo sem que haja constituído poderes para defender a parte. Para a melhor doutrina, consiste em um vício que gera a ineficácia dos atos, sendo uma circunstância absolutamente sanável.

⁷ Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver.

O Código de Processo Civil, em seu art. 37, afirma que o ato praticado por advogado sem procuração ou que, no caso de atos praticados com urgência, não exibir instrumento procuratório no prazo legal é inexistente:

Art. 37. Sem instrumento de mandato, o advogado não será admitido a procurar em juízo. Poderá, todavia, em nome da parte, intentar ação, a fim de evitar decadência ou prescrição, bem como intervir, no processo, para praticar atos reputados urgentes. Nestes casos, o advogado se obrigará, independentemente de caução, a exibir o instrumento de mandato no prazo de 15 (quinze) dias, prorrogável até outros 15 (quinze), por despacho do juiz.

Parágrafo único. Os atos, não ratificados no prazo, serão havidos por inexistentes, respondendo o advogado por despesas e perdas e danos.

No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, há o entendimento sumulado de que os recursos interpostos por advogado sem procuração é recurso juridicamente inexistente. Segue o teor da referida súmula:

STJ Súmula nº 115 - 27/10/1994 - DJ 07.11.1994

Instância Especial - Recurso - Advogado sem Procuração

Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.

Entende-se, todavia, que a melhor interpretação seria a de que se trata também de um pressuposto de validade, em vista da segurança jurídica, conforme arrazoadado acima.

2. DO ADVOGADO.

2.1. Conceito.

O vocábulo “advogado” vem do latim *advocatus* e possui o significado de protetor, patrono, defensor, padroeiro, intercessor, mediano, mediador.

É, todavia, a profissão do bacharel em direito legalmente habilitado, pela Ordem dos Advogados do Brasil a advogar, sendo a quem cabe postular em juízo em nome das partes por ele assistidas.

2.2. Da função social do advogado e sua origem histórica.

Em decorrência lógica do desenvolvimento das relações sociais e do gozo dos indivíduos de suas liberdades, surge uma complexidade de conflitos, fugindo do alcance dos chefes tribais e dos anciãos o controle e a resolução desses litígios, fazendo-se mister o nascimento do direito e do processo, bem como, junto a estes, da figura do advogado.

Em Atenas, deu-se uma importante concepção da atividade jurídica do advogado. Entendeu-se que todo direito lesado deve encontrar defensor e meios de defesa, sendo, anualmente, nomeados 10 advogados para prestarem assistência jurídica aos menos favorecidos.

Na Grécia antiga, já se percebia uma preocupação com a garantia de acesso à justiça aos pobres, buscando-se uma forma instrumentalizada que pudesse garantir que fosse efetivado esse direito, numa noção de justiça, de isonomia.

Os Romanos passaram a estruturar o processo através da jurisprudência, apresentando uma concepção de direito postulatório, enquadrando, nesse contexto, a necessidade da presença do advogado, surgindo a máxima de Ulpiano: “*Ait praetor: si non habebunt advocatum, ego dabo*” que significa: “diz o pretor: se não tiverem advogado, eu lhes darei”.

Ou seja, já havia nos romanos a preocupação com fornecer a todos uma devida assessoria jurídica em juízo, cabendo ao Estado-Juiz fornecer à parte um advogado, caso este não o possuía, dada sua importância para a justiça.

Tamãha era a relevância do advogado para os romanos que Constantino elaborou uma lei consolidando o patrocínio gratuito aos mais necessitados, sendo, posteriormente, positivado no Código de Justiniano.

Modernamente, no Brasil, o advogado veio a ter reconhecida sua importância social na Constituição Federal de 1988, no art. 133.

Dessarte, é de salutar importância observar que a advocacia representada mais que uma atividade; trata-se de um múnus público, sendo o advogado também responsável pela busca da efetiva tutela jurisdicional.

3. DO *JUS POSTULANDI*.

3.1. Conceito.

O *Jus Postulandi* é a uma locução latina que se traduz como o direito de postular em juízo⁸.

No ordenamento jurídico brasileiro, em que a capacidade postulatória, conforme visto, é exercida pelo advogado, o termo *jus postulandi* revela-se como um instituto segundo o qual a própria parte pode exercer a capacidade postulatória, ou seja, demandar ou defender-se em juízo, dispensando a presença de advogado.

Trata-se, deste modo, de uma quebra da tríplice manifestação de capacidade, já oportunamente apresentada: capacidade *ad processum*, capacidade *ad causam* e capacidade postulatória.

3.2. Previsão legal.

O instituto do *jus postulandi* possui previsão em nosso ordenamento jurídico no art. 791 do Decreto-Lei nº. 5.452 de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), no art. 9º da Lei 9.099 de 1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais Estaduais), no art. 10 da Lei 10.259 de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais), no art. 1º, § 1º, da Lei 8.906 de 1994 (Estatuto da OAB) e no art. 654 do Decreto-Lei 3.689 de 1941 (Código de Processo Penal).

Ademais, na parte final do art. 36 do Código de Processo Civil o legislador prevê a possibilidade de a parte postular em causa própria quando faltar advogado na sua comarca ou houver recusa ou impedimento dos existentes para assisti-la. Esse dispositivo, entretanto, não possui relevância prática (e, por isso, teórica), diante da grande improbabilidade de vir a ser aplicado hodiernamente.

⁸ CUNHA, Sérgio Sévilo da. *Dicionário Compacto do Direito*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 155.

Por outro lado, os arts. 133 e 134 da Constituição Federal atestam a indispensabilidade do advogado e da defensoria pública para a administração da justiça, o que fora, posteriormente ratificado pelo Estatuto da OAB e o Código de Ética e Disciplina da OAB.

Os Tratados Internacionais prescrevem a possibilidade de postulação em nome próprio das partes, caso queiram, conquanto preceituem, também, ser a assistência jurídica uma garantia de todos.

Destarte, surge uma problemática acerca de quais desses dispositivos devem prevalecer. Questiona-se, portanto, a legalidade da capacidade postulatória da parte leiga em nome próprio.

Alguns doutrinadores defendem que o *jus postulandi* foi extinto com o advento da Constituição Federal de 1988, outros interpretam que os arts. 133 e 134 da Constituição não significam a amortização do instituto em estudo, uma vez que equivalem às disposições acerca da indispensabilidade do Ministério Público, e que este não atua em todos os processos.

Deste modo, os que sustentam a necessidade de sempre haver assistência jurídica nas postulações em juízo arrazoam que os dispositivos do *jus postulandi* foram revogados pelo Estatuto da OAB, o qual claramente limita a capacidade postulatória do leigo à impetração de habeas corpus.

Em argumento contrário ao acima, há quem afirme ser a previsão do *jus postulandi* na justiça laboral norma específica, só podendo ser revogada por outra norma específica relativa ao direito do trabalho.

Opiniões diversas revelam-se alicerçadas nos Tratados Internacionais, que apregoam a postulação em nome próprio, independente de habilitação específica.

Vê-se, portanto, que a verificação da legalidade formal do instituto em relevo não é simples, cabendo estudo aprofundado. Melhor sorte não lhe proporciona, contudo, o exame de sua legalidade material.

O levantamento das questões sociais que circundam o instituto apresenta novos questionamentos, que concernem, sobretudo, à questão do acesso à justiça das pessoas menos favorecidas e da observação ao princípio da ampla defesa e ao princípio do contraditório.

Alterca-se quanto à necessidade do *jus postulandi* para garantir acesso à justiça aos que não possuem capacidade financeira para custear um advogado e aos que não querem ser assistidos por causídios.

Opõe-se a essa idéia com base na existência da assistência gratuita, da defensoria pública.

É relevante, outrossim, destacar a proporcionalidade que se procura manter mediante normas que buscam o equilíbrio em relações jurídicas compostas por hipossuficientes, sendo, com base nesse intuito, normas irrenunciáveis. Essas garantias, porém, conforme serão oportunamente trazidas a este trabalho, são malferidas, em juízo, pela inexperiência de seus titulares, leigos postulando em nome próprio.

Indaga-se, assim, se não haveria necessidade de melhor acompanhamento dos hipossuficientes judicialmente para que sejam preservados seus direitos, mormente diante da realidade do ordenamento jurídico brasileiro, que direciona o *jus postulandi* exatamente para esses indivíduos.

Essas questões serão melhor examinadas adiante, pelo que se pretende chegar a uma conclusão mais próxima possível da mais justa, da que melhor contém a razoabilidade e a proporcionalidade.

3.3. Do instituto do *jus postulandi* à luz dos tratados internacionais.

Conforme pesquisas realizadas, os Tratados internacionais preferem tratar do instituto do *jus postulandi* como uma garantia de acesso à justiça, conforme se demonstra a seguir, trazendo disposições que prescrevem ser direito da parte postular sem ter que constituir advogado.

Importante, porém, contextualizarmos esses tratados, que, em sua maioria, estão circunstâncias a um ideal de liberdade, de política liberal, e de igualdade formal, segundo as quais a intervenção estatal deveria ser praticamente inexistente, considerando a liberalidade do indivíduo a melhor forma de se alcançar a justiça.

Atualmente, entretanto, não se concebe mais esse pensamento. Necessária uma mínima intervenção estatal para que seja alcançada a igualdade material, segundo arrazoado na parte introdutória do presente trabalho.

Parta-se, então, a uma análise desses tratados e de suas disposições.

Na Convenção Americana de Direitos Humanos, editada em 1969 e promulgada no Brasil em 1992, através do Decreto 678, também conhecida como Pacto de São José, estabelece, em seu art. 8º, item 6, como garantia judicial, o direito de o acusado defender-se em nome próprio:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas 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 formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.
2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
3. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
4. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
5. concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
6. direito ao acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

7. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
8. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
9. direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
10. direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
11. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
12. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
13. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.

No Tratado de *Bill of Rights*, de 1689, em seu item 5, prevê-se a possibilidade de os súditos poderem apresentar petições diretamente ao Rei, sem a necessidade de uma assistência jurídica:

5. que os súditos tem direitos de apresentar petições ao Rei, sendo ilegais as prisões vexações de qualquer espécie que sofram por esta causa.

O Estatuto do Tribunal Internacional Penal de Roma, em seu art. 63, § 2º, estabelece que o acusado terá direito a estar presente ao julgamento e de defender a si próprio ou a ser assistido por um defensor de sua escolha. Segundo o dispositivo em questão, o acusado deve ser informado, se não tiver defensor, de seu direito a assistência jurídica de advogado designado pelo Tribunal, sempre que o interesse da justiça o exigir, sendo essa assistência gratuita se o assistido carecer de meios suficientes para arcar com o defensor.

A Convenção Européia dos Direitos Humanos, em seu art. 6º, arrola como direito de cada indivíduo:

- 3.c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratui-tamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

Na Declaração Universal dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, em seu art. 10, resta estabelecido o seguinte:

Artigo 10

Todo o homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Ainda quanto à questão desses tratados internacionais, faz-se necessário verificar que a Constituição Federal Brasileira lhes dá, em seu art. 5º, §§ 1º a 4º, aplicabilidade, dando-lhes, em alguns casos, equivalência às emendas constitucionais. *Ipsis litteris*:

Art. 5º. (...)

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos em forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§4º O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão.

Reitere-se, todavia, que estes tratados aparentam estar descontextualizados de uma realidade em que a assistência da parte por intermédio de um advogado apresenta-se não só como uma garantia do assistido; mas como uma norma de ordem pública, devendo ser necessariamente seguida para que seja alcançada a efetividade da prestação jurisdicional, sendo a forma mais apropriada de busca da igualdade real.

A evolução da ciência jurídica aponta a uma necessária ampliação da intervenção estatal no liberalismo das partes, buscando melhor compatibilizar essas liberdades, garantindo, assim, o equilíbrio das relações pessoais.

3.4. Do instituto do *jus postulandi* no direito comparado.

Imprescindível trazer-se ao presente trabalho monográfico um estudo comparado do *jus postulandi*, verificando sua situação em alguns ordenamentos estrangeiros, o que se passa a fazer com base em estudo realizado pelo Desembargador Antônio Álvares da Silva, Ouvidor do TRT da 3ª Região em Artigo acerca do instituto.

Segundo o referido trabalho, o § 11 da Lei Alemã de Direito Processual do Trabalho permite a condução pessoal do processo pela própria parte, facultando-lhe, outrossim, a representação por sindicato de empregado e empregador ou por instituições formadas da junção delas, se previsto em estatuto ou em procuração específica para esse fim.

Nos arts. 2º e 3º do Código de Processo do Trabalho Português, também há a previsão da possibilidade de reclamação pessoal, bem como na *Ley de Procedimiento Laboral* da Espanha:

CAPITULO II

De la representación y defensa procesales

Artículo 18.

1. Las partes podrán comparecer por sí mismas o conferir su representación a Procurador, Graduado Social colegiado o a cualquier persona que se encuentre en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. La representación podrá conferirse mediante poder otorgado por comparecencia ante Secretario judicial o por escritura pública.

2. En el caso de otorgarse la representación a Abogado deberán seguirse los trámites previstos en el artículo 21.3 de esta Ley.

O *Condeil dês Prud''hommes* francês, faculta às partes serem representadas por empregados ou empregadores da mesma categoria profissional ou econômica, por delegados das organizações sindicais ou por advogado, sendo a representação por meio de advogado mera faculdade do trabalhador.

No México, o art. 375 da *Ley Federal do Trabajo* prevê:

Art. 375. Los sindicatos representan a sus miembros en la defensa los derechos individuales que les correspondan, sin perjuicio del derecho de los trabajadores para obrar o intervenir directamente, cesando entonces, a petición del trabajador, la intervención del sindicato.

Na República Dominicana (art. 470 do Código do Trabalho) e na Argentina (art. 35 da Lei 18.345), o instituto do *jus postulandi* também é assegurado em suas respectivas justiças do trabalho.

O Desembargador Antônio Álvares da Silva narra, por fim, que na Dinamarca, na Filândia, na Alemanha, em Israel, na Noruega, na Suécia e no Reino Unido, nas questões trabalhistas, não há a obrigatoriedade de assistência advocatícia.

Como visto, existe uma tendência mundial em favor da possibilidade de a parte poder postular em nome próprio, sem a necessidade de intermédio de profissional habilitado, sobretudo na justiça laboral.

O presente trabalho vai, portanto, de encontro a todo um paradigma mundial, em que se apresenta a assistência do advogado apenas como uma garantia à disposição das partes, como uma faculdade destas.

Mesmo com a demonstrada abrangência do entendimento contrário ao ora defendido, não se consegue deixar de concluir pela indispensabilidade do advogado para uma efetiva prestação da tutela jurisdicional, mormente no que se refere a direitos indisponíveis.

Talvez se esteja diante de uma necessária quebra de paradigma não só em âmbito nacional, mas, igualmente, em âmbito internacional.

Como já se argumentou reiteradas vezes no presente trabalho, deixar ao crível da parte optar pela constituição ou não de advogado é permitir uma situação absolutamente desproporcional ao hipossuficiente, ao qual, na maioria dos casos, aplica-se o instituto em estudo, conquanto, como consequência, retire do Estado a obrigação de assegurar a todos a assistência jurídica, uma vez que este pode se escusar da responsabilidade de custear advogado ao desfavorecido sob o argumento de que a assistência jurídica é dispensável.

3.5. Do instituto do *jus postulandi* na justiça do trabalho.

Doutrinariamente, o instituto do *jus postulandi* é considerado um princípio do Direito Processual do Trabalho e justifica-se por, em tese, ampliar aos trabalhadores o acesso à justiça laboral.

Está previsto no art. 791 do Decreto-Lei nº. 5.452 de 1943 (Consolidação das Leis do Trabalho), *in litteris*:

Art. 791 - Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.

Todavia, em que pese todo o arcabouço legal, jurisprudencial e doutrinário que fundamenta a importância do instituto em exame para o acesso do trabalhador à justiça laboral, necessário destacar que essa garantia de acesso é meramente aparente.

As chamadas reclamações a termo da justiça trabalhista são notoriamente, em grande parte, motivo de chacota no meio jurídico, em decorrência do despreparo dos reclamantes para a defesa de questões complexas, para as quais a assistência técnica faz-se imprescindível.

Relevante demonstrar que, com a Emenda Constitucional de número 45, a competência da justiça do trabalho ampliou-se consideravelmente, englobando uma série de questões jurídicas de alta complexidade, as quais não são facilmente compreendidas por leigos.

Não se concebe possível um cidadão sem conhecimento jurídico específico arrazoando, por exemplo, acerca da periculosidade, da insalubridade, do cálculo de horas extras e noturnas ou da existência justa causa recíproca.

As matérias de Direito do Trabalho que podem vir a ser tratadas em juízo, nem sempre se permitem acompanhar pelo conhecimento leigo.

Válido ressaltar, ademais, que as garantias trabalhistas são marcadas, em regra, pela indisponibilidade. Característica esta que acaba sendo desconsiderada em face da inexperiência dos trabalhadores postulando em juízo sem a assistência advocatícia.

Opina-se, então, que o instituto do *jus postulando* na justiça do trabalho não garante efetivamente o acesso à justiça; mas, tão somente, o acesso ao judiciário, sendo as garantias dos trabalhadores maculadas por posturas que se reverterem de forma contrária a seus interesses, mormente mediante acordos desproporcionais, que só favorecem aos empregadores.

3.5.1. Da questão dos honorários advocatícios.

Outro ponto considerável decorrente da possibilidade de a parte poder postular em juízo sem advogado é a questão dos honorários advocatícios sucumbenciais.

Segundo preconiza a Súmula 219, confirmada pela Súmula 329, ambas do TST, só é devido o pagamento de honorários sucumbenciais nos casos em que a parte esteja assistida pelo sindicato e comprovar a percepção de salário inferior ao dobro do salário mínimo ou encontrar-se em situação econômica que não lhe permita demandar sem prejuízo do seu próprio sustento ou da sua família.

Esse fato é justificado doutrinariamente pela dispensabilidade do advogado na justiça laboral.

Necessário, entretanto, tecer-se algumas considerações acerca desse entendimento, principalmente em relação ao fato de ele não abranger o instituto dos honorários convencionais, que difere dos honorários sucumbenciais, assim como ao fato de não serem aplicáveis as mencionadas súmulas também a estes.

Os honorários advocatícios convencionais ou contratuais estão esculpidos em vários dispositivos do Código Civil e decorrem da necessidade de que o credor de uma obrigação seja ressarcido, pelo obrigado, dos prejuízos causados pela mora ou pelo não cumprimento da dívida, do chamado princípio da *restitutio in integrum*:

Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 395. Responde o devedor pelos prejuízos a que sua mora der causa, mais juros, atualização dos valores monetários segundo índices oficiais, regularmente estabelecidos, e honorários de advogado.

Art. 404. As perdas e danos, nas obrigações de pagamento em dinheiro, serão pagas com atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, abrangendo juros, custas e honorários de advogado, sem prejuízo da pena convencional.

Válido ressaltar que os honorários advocatícios contratuais, cuja previsão legal supramencionou-se, não se confundem com os decorrentes da sucumbência, pois que aqueles revelam a finalidade de retornar ao *status quo ante*, ou seja de recompor os prejuízos experimentados pelo lesado em razão da contratação de advogado para patrocinar sua pretensão judicial, o que só ocorreria em virtude da necessidade de adimplemento forçado da obrigação demandada.

O próprio Código Civil, em seu art. 403, aponta à distinção em comento quando afirma não prejudicar as disposições no Código de Processo Civil, dentre as quais se encontra a previsão dos honorários decorrentes da sucumbência, o ressarcimento das perdas e dos danos derivados do inadimplemento das obrigações, *in litteris*:

Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

Diferente não é o estabelecido no Estatuto da OAB, Lei 8.906/94, em seu art. 22:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionais, aos fixados por arbitramento e aos de sucumbência.

Assim se pronuncia, igualmente, a jurisprudência:

Brasil. Tribunal Regional da 15ª Região. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – DEVIDOS – INADIMPLEMENTO DE OBRIGAÇÃO TRABALHISTA – LIDE DE RELAÇÃO DE EMPREGO OU DE TRABALHO – I - Hodiernamente, na Justiça do Trabalho, também, são devidos honorários advocatícios pelo inadimplemento de obrigação trabalhista, por aplicação subsidiária dos arts. 389 e 404 do novo CC/02, cuja inovação deve ser prestigiada, como forma de reparação dos prejuízos sofridos pelo trabalhador, que para receber o crédito trabalhista necessitou contratar advogado às suas expensas, causando-lhe perdas. II - Reforça esse

entendimento, o fato de que, com o advento da EC 45/2004, a competência da Justiça do Trabalho alcança as ações de mera relação de trabalho, donde além dos honorários advocatícios por inadimplemento obrigacional (material), cabem também os honorários advocatícios sucumbenciais (processual), a teor da IN-47/2005 do C. TST. III - A concessão de honorários advocatícios por descumprimento de obrigação trabalhista vem ao encontro do novo paradigma da Justiça do Trabalho que abriu a sua Casa para atender a todos os trabalhadores, empregados ou não, independentemente de se tratar de uma lide de relação de emprego ou de mera relação de trabalho. IV - De sorte que, a reclamada deve responder pelos honorários advocatícios, a fim de que a reparação do inadimplemento da obrigação trabalhista seja completa, isto é, a reparação deve incluir juros, atualização monetária e ainda os honorários advocatícios, cujo ideal está em perfeita sintonia com o princípio fundamental da proteção ao trabalhador. Honorários advocatícios de inadimplemento devidos a favor do trabalhador (não se trata de honorários de sucumbência). Sentença mantida. (TRT 15ª R. – RO 00924-2004-028-15-00-1 – (53184/2005) – 6ª T. – Rel. Juiz Edison dos Santos Pelegrini – DOESP 04.11.2005)

VÍNCULO DE EMPREGO DECLARADO EM JUÍZO – CABIMENTO DA MULTA DO ART. 477-CLT – A controvérsia em torno do liame empregatício não afasta o direito do obreiro à multa prevista no artigo 477, parágrafo 8º, da CLT em valor equivalente ao salário, ausente qualquer restrição à penalidade atrelada ao reconhecimento judicial do vínculo de emprego. Aplicável, ainda, o art. 389 do novo código civil: “não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”, assegurando, da forma mais ampla possível, a reparação.” (TRT 9ª R. – Proc. 13322-2001-015-09-00-8 – (27793-2003) – Rel. Juiz Luiz Eduardo Gunther – DJPR 05.12.2003).

Importante, ademais, observarmos entendimento doutrinário majoritário, explicitado nas palavras do jurista Mario Delgado Régis, em comentário às disposições do Código Civil relativas aos honorários advocatícios convencionais:

“Os honorários referidos neste artigo não são os honorários sucumbenciais, já contemplados pela legislação processual. Trata-se de honorários extrajudiciais, a serem incluídos na conta sempre que o credor houver contratado advogado para fazer valer seu direito.”⁹

Assim sendo, não se concebe aceitável, conhecida a sistematicidade jurídico-brasileira, evidenciada mediante preceitos cíveis, sobretudo em relação aos princípios da

⁹ REGIS, Mario Delgado. *Novo Código Civil Comentado*, Coordenador Ricardo Fiuza, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pág. 349.

restitutio in integrum e do retorno ao *status quo ante*, indiscutivelmente aplicáveis à justiça laboral por força do art. 8º, parágrafo único, da Norma Consolidada, que uma empresa tenha a faculdade de não cumprir com suas obrigações como empregadora, podendo fazê-lo posteriormente, em audiência, sem nenhuma sanção à sua inadimplência, obrigando o empregado, já lesado em seu direito, a suportar os ônus da mora.

É, portanto, lógico, ademais de legalmente amparado, o raciocínio de que é imprescindível que o devedor responda por todos os prejuízos a que sua mora e sua inadimplência deram causa, pelo que, seja o caso, resta absolutamente necessária a condenação da parte vencida em honorários advocatícios contratuais, porquanto o reclamante haja sido obrigado a contratar assistência jurídica para tentar forçar a prestação do que lhe é de direito.

Discuta-se, ademais, o cabimento, também, da condenação em pagamento de honorários sucumbenciais.

A necessidade de a parte estar assistida pelo sindicato para que possa haver a condenação de em honorários sucumbenciais era determinada pela Lei 5.584/70, mas essa Lei fora revogada pela Lei 10.288/01. Posteriormente, esta última Lei foi também revogada pela Lei 10.537/02, não mais subsistindo hodiernamente na Norma Consolidada qualquer regramento específico à condenação em honorários advocatícios.

Ressalte-se que não há que se falar em revalidação dos dispositivos da Lei 5.584/70, uma vez que não existe, no ordenamento jurídico brasileiro, o fenômeno da repriminção, senão de forma expressa.

Destaque-se, ainda, que não se pode admitir que a Súmula 219, confirmada pela Súmula 329, ambas do TST, subsista sem que esteja regulamentando uma norma preexistente, sob pena de admitir-se o poder judiciário legislando, usurpando o princípio democrático, amparado constitucionalmente, da separação dos poderes da União, ou seja, sob pena de inconstitucionalidade.

O Judiciário Trabalhista, ao dispor em suas Súmulas 219 e 329 acerca de tema tratável exclusivamente por lei, legisla, vez que deixaram de existir os dispositivos que elas regulamentavam, usurpando competência inerente ao poder Legislativo, afrontando a independência e a harmonia da tripartição de poderes do Estado Democrático de Direito.

Macula-se de inconstitucionalidade, ainda, as Súmulas em comento, visto que os Ministros do TST não são escolhidos pelo povo e, portanto, não o representam, ferindo outro fundamento democrático promulgado constitucionalmente, no parágrafo único do art. 1º da Magna Carta, o de que todo poder emana do povo.

Os Enunciados do TST, bem como as Súmulas proferidas nos Pretórios Superiores, explique-se, são apenas expressões de orientações assentadas pelas Cortes. Não obedecem, portanto, a devido processo legislativo, bem como, e por isso, não são imperativas.

Os Enunciados em questão implicam na regulamentação de um preceito legal já existente. A Justiça do Trabalho não revela poder normativo em si; mas, apenas, poder regulamentar.

Em conseqüência disso, inclusive, defende-se que tais Enunciados devem sujeitarem a revisão, assim como ocorre com o entendimento jurisprudencial, que resulta na edição daqueles.

O TST revela, conclua-se, como observado e sabido no universo jurídico, poder regulamentar, do que se afere, conseqüentemente, que a natureza jurídica dos Enunciados do TST serve apenas à regulamentação de preceitos legais já existentes, não podendo criar novas normas, não podendo legislar.

Não há como subsistir-se, repise-se, as Súmulas em exame, porquanto inexistem as normas que regulamentavam.

Imprescindível perceber-se, também, que os limites referentes aos honorários sucumbenciais que existiram na alçada trabalhista decorriam da permissão do *jus postulandi*, que, conforme arrazoadado, ademais de revelar-se como uma garantia meramente aparente de acesso à justiça, vem-se tornando inviável, sobretudo desde a Emenda Constitucional nº. 45, que ampliou a competência trabalhista, tornando-a mais complexa, e realçando a indispensabilidade do advogado no processo, já apontada constitucionalmente, no seu art. 133.

Assim, inexistindo disposição específica no Direito do Trabalho concernente ao cabimento de honorários advocatícios, prevalecem, com fulcro nos arts. 769 e 8º da CLT, os preceitos processuais e materiais da esfera processual cível relativos aos honorários em tela.

3.6. Do instituto do *jus postulandi* nos juizados especiais.

O instituto do *jus postulandi* é previsto também nos juizados especiais estaduais e federais.

Na Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei 9.099 de 1995) o referido instituto é previsto no art. 9º, que faculta a presença de advogado nas causas inferiores a vinte salários mínimos:

Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória.

§ 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.

§ 2º O Juiz alertará as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar.

§ 3º O mandato ao advogado poderá ser verbal, salvo quanto aos poderes especiais.

§ 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, poderá ser representado por preposto credenciado.

Quanto aos Juizados Especiais Federais, referida previsão é encontrada no art. 10 da Lei 10.259 de 2001 (Lei dos Juizados Especiais Federais):

Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não.

Parágrafo único. Os representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais, bem como os indicados na forma do caput, ficam autorizados a conciliar, transigir ou desistir, nos processos da competência dos Juizados Especiais Federais.

Na prática, porém, as causas que revelam menor valor, que são levadas à juízo sob o rito dos juizados especiais, são, em sua maioria, as cuja matéria decorre de relação de consumo.

Assim, importante destacar, no que se concerne ao Direito do Consumidor, que este traz normas de ordem pública, conforme prescreve o art. 1º do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 1990):

Art. 1º O presente código estabelece normas de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e interesse social, nos termos dos arts. 5º, inciso XXXII, 170, inciso V, da Constituição Federal e art. 48 de suas Disposições Transitórias.

Nesse sentido, assim se pronuncia Nelson Nery Júnior:

“O art. 1º do CDC diz que suas disposições são de ordem pública e de interesse social. Isto quer dizer, em primeiro lugar, que toda matéria constante do CDC de ser examinada pelo Juiz ‘ex officio’, independente de pedido da parte, valendo-se frisar sobre ela não ocorre a preclusão, circunstância que propicia seu exame a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo o Tribunal, inclusive, decidir com ‘reformatio in pejus’ permitida, já que se trata de questão de ordem pública.”¹⁰

Conforme demonstrado, as garantias do CDC são de ordem pública, irrenunciáveis, devendo ser buscadas com a tutela jurisdicional.

É sabido, porém, que raramente um magistrado possui a atuação de ofício imaginada pelo jurista Nelson Nery Júnior, tampouco age em conformidade com o §2º do art. 9º da Lei 9.099/1995, recomendando à parte que constitua advogado.

Resultado disso é que se vê, constantemente, na prática, uma nítida disparidade de armas entre consumidor e fornecedor de serviço, agravada pela falta de assistência judiciária daqueles, dando margem a que sejam renunciadas garantias de ordem pública.

Quanto a isso, pertinente trazer-se ao trabalho as brilhantes palavras do cientista jurídico Adroaldo Furtado Fabrício:

“(…) há mais, a imensa dificuldade de acesso individual dos lesados, em regra pobres, humildes e desinformados, aos órgãos jurisdicionais. E, mesmo para os que superam essas limitações e cheguem a colocar à face do juiz a sua queixa, resta a monumental e desanimadora diferença de forças, meios e recursos que separa o litigante eventual do habitual. Aquele via a Juízo, talvez, uma ou duas vezes ao longo de toda a sua vida, nada sabe das coisas da Justiça; seu nível de informação sobre a máquina judiciária, com o imponente complexo de

¹⁰ NERY JUNIOR, Nelson. *Revista Direito do Consumidor, Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor – volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 201.

juizados, cartórios, advogados, é praticamente nulo. Este outro, o litigante habitual, bem ao contrário, está permanentemente à barra do pretórios e tem com eles a maior intimidade. Tem a seu favor a experiência acumulada do litígios passados e a preparação sempre mais aprimorada para os futuros, o ‘saber de experiências feito’, os quadros próprios e eficientes de assessoria jurídica e procuratório judicial; está melhor aparelhado à produção de provas do seu interesse; mais facilmente captará a simpatia do poder político, do econômico e da mídia – vantagens extraprocessuais estas últimas, sem dúvida, mas cuja importância seria ingênuo negligenciar.”¹¹

Inquestionável, então, a hipossuficiência do consumidor, um dos protagonistas das causas em trâmite nos Juizados Especiais, sendo necessária a assistência jurídica para que sejam asseguradas as garantias que lhe são dadas pelo CDC, sob a natureza de normas de ordem pública.

O próprio Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 5º, I, ressalta a necessidade de existir uma política nacional voltada à manutenção da assistência jurídica a todos os consumidores, prevendo que esta seja, inclusive, custeada pelo poder público quando a parte não dispuser de recursos financeiros suficientes:

Art. 5º Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros:

I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente;

Prescreve, igualmente, o CDC, em seu art. 6º, VII, como direito básico do consumidor o acesso à justiça, dispondo que esta deverá ser alcançada por intermédio de proteção jurídica, administrativa e técnica, *ipsis litteris*:

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

(...)

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

Imperioso notar que a parte tem assegurado o direito de assistência jurídica gratuita, não sendo sua situação financeira um empecilho para buscar suas pretensões em juízo.

¹¹ FABRICIO, Adroaldo Furtado. *Revista Direito do Consumidor, as Novas Necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz – volume 7*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 31.

Por outro lado, garantir única e exclusivamente o acesso da parte à justiça, sem fornecer-lhe meios necessários para defender-se é, na verdade, uma mera aparência de garantia à justiça.

Emerge-se insofismável, diga-se por fim, que a liberdade da parte quanto a escolha de constituir ou não advogado merece ser afastada em face do princípio da isonomia, sendo meio mais eficaz de alcance da justiça.

3.7. Do instituto do *jus postulandi* no *habeas corpus*.

O *habeas corpus* é uma ação constitucional mandamental para a garantia do direito de ir e vir, sendo de caráter penal e de procedimento especial, buscando evitar ou cessar violência ou ameaça contra a liberdade de locomoção advinda de ilegalidade ou abuso de poder¹².

Está previsto no art. 5º, LXVIII da Constituição Federal:

Art. 5º (...) LXVIII - conceder-se-á "habeas-corpus" sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

A ação em comento possui previsão, também, no Código de Processo Penal (art. 647) e no Código de Processo Penal Militar (art. 466).

Devido à sua natureza, qualquer pessoa possui legitimidade ativa para o ajuizamento do *habeas corpus* seja em benefício próprio ou de terceiro.

Para propor a ação em destaque, portanto, só é considerada uma dimensão dos pressupostos processuais relativos aos sujeitos parciais, bastante haver personalidade.

Seguindo mesmo entendimento, a brilhante doutrina de Alexandre de Moraes:

“A legitimidade para ajuizamento do ‘habeas corpus’ é um atributo da personalidade, não se exigindo a capacidade de estar em juízo, nem a

¹² MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 111.

capacidade postulatória, sendo uma verdadeira ‘ação penal popular’.”¹³

Assim, uma vez que o *habeas corpus* pretende efetivar a garantia constitucional da liberdade de locomoção, sem conter matérias de maior complexidade, dispensando formalidades, sendo impossível, ademais, vislumbrar-se desproporcionalidade entre as partes em decorrência da inexistência de assistência advocatícia, entende-se como sendo ele uma exceção à indispensabilidade do advogado para postular em juízo.

Imperioso notar que a simples exposição fática do caso concreto já é suficiente para apreciar o pedido do *habeas corpus* uma vez que sua matéria de direito é única.

O §1º do art. 1º da Lei 8.906 de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), indo ao encontro desse raciocínio, estabelece como única exceção para o exercício privativo do advogado da capacidade postulatória o *habeas corpus*:

Art. 1º (...) § 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.

Segundo entendimento defendido neste trabalho, seria, então, o *habeas corpus* a única exceção à capacidade postulatória privativa do advogado, por ser meio hábil a promover a efetivação da tutela jurisdicional, não servindo apenas à simples possibilidade de a parte estar em juízo; mas à efetiva proteção do bem tutelado.

3.8. Do instituto do *jus postulandi* à luz do Estatuto da OAB.

A Lei 8.906 de 1994 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil), em seu art. 1º, prescreve que o direito de postular perante qualquer órgão do Poder Judiciário é privativo do advogado:

Art. 1º São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais;

II - as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas.

¹³ MORAES, Alexandre de. Op. cit., p. 113.

A redação original do dispositivo supramencionado afirmava que a postulação a “qualquer” órgão judicial era privativa do advogado.

Posteriormente, com o julgamento da ADIN 1127-8, em maio de 2006, a Suprema Corte retirou do referido texto legal o vocábulo “qualquer”, concluindo pela prescindibilidade de advogados nos Juizados Especiais e na Justiça do Trabalho.

O posicionamento do STF, entretanto, *data vênia*, parece incorreto, em face do que já fora arrazoado anteriormente em comentários ao instituto do *jus postulandi* na justiça do trabalho e nos juizados especiais, bem como inconstitucional, conforme será argumentado mais a seguir.

O Estatuto da OAB, à primeira vista, em disposição que se concebe mais coerente, conforme defendido no tópico anterior, pretendeu considerar como exceção à regra de que a atividade postulatória é privativa do advogado apenas ao *habeas corpus*.

3.9. Do instituto do *jus postulandi* à luz da Constituição Federal.

Faz-se imprescindível verificar-se o instituto em estudo na presente monografia à luz da Constituição Federal de 1988.

Deste modo, importante ratificar que o *jus postulandi* pretende dar efetividade a um dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, qual seja, a garantia de acesso à justiça.

Necessário, por conseqüência, verificar se, de fato, o acesso à justiça está sendo assegurado por este instituto, verificando, ademais, se a ampla defesa e o contraditório não são malferidos em razão dele.

3.9.1. Da garantia de acesso à justiça.

O acesso à justiça é uma norma constitucional de eficácia plena e aplicação imediata, uma vez que é de fundamental importância para a constituição do Estado Democrático de Direito.

Essa garantia possui dois vetores importantes: a assistência judiciária gratuita e o princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário.

A assistência judiciária gratuita está prevista no art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal:

Art. 5º (...) LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos;

Como já visto, a assistência judiciária gratuita possui previsão, inclusive, nos tratados internacionais.

Imperioso, ademais, trazer-se algumas disposições da Lei 1060 de 1950 que trata da concessão de assistência judiciária aos necessitados, *in verbis*:

Art. 1º. Os poderes públicos federal e estadual, independente da colaboração que possam receber dos municípios e da Ordem dos Advogados do Brasil, - OAB, concederão assistência judiciária aos necessitados nos termos da presente Lei.

Art. 2º. Gozarão dos benefícios desta Lei os nacionais ou estrangeiros residentes no país, que necessitarem recorrer à Justiça penal, civil, militar ou do trabalho.

Parágrafo único. - 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.

Art. 3º. A assistência judiciária compreende as seguintes isenções:

I - das taxas judiciárias e dos selos;

II - dos emolumentos e custas devidos aos Juízes, órgãos do Ministério Público e serventuários da justiça;

III - das despesas com as publicações indispensáveis no jornal encarregado da divulgação dos atos oficiais;

IV - das indenizações devidas às testemunhas que, quando empregados, receberão do empregador salário integral, como se em serviço estivessem, ressalvado o direito regressivo contra o poder

público federal, no Distrito Federal e nos Territórios; ou contra o poder público estadual, nos Estados;

V - dos honorários de advogado e peritos.

VI – das despesas com a realização do exame de código genético – DNA que for requisitado pela autoridade judiciária nas ações de investigação de paternidade ou maternidade.

Parágrafo único. A publicação de edital em jornal encarregado da divulgação de atos oficiais, na forma do inciso III, dispensa a publicação em outro jornal.

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

§ 1º. Presume-se pobre, até prova em contrário, quem afirmar essa condição nos termos desta lei, sob pena de pagamento até o décuplo das custas judiciais.

§ 2º. A impugnação do direito à assistência judiciária não suspende o curso do processo e será feita em autos apartados.

§ 3º. A apresentação da carteira de trabalho e previdência social, devidamente legalizada, onde o juiz verificará a necessidade da parte, substituirá os atestados exigidos nos §§ 1º e 2º deste artigo.

Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas.

§ 1º. Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado.

§ 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais.

§ 3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado.

§ 4º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo.

§ 5º. Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente,

será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.

(...)

Art. 9º. Os benefícios da assistência judiciária compreendem todos os atos do processo até decisão final do litígio, em todas as instâncias.

(...)

Art. 11. Os honorários de advogados e peritos, as custas do processo, as taxas e selos judiciários serão pagos pelo vencido, quando o beneficiário de assistência for vencedor na causa.

§ 1º. Os honorários do advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o líquido apurado na execução da sentença.

§ 2º. A parte vencida poderá acionar a vencedora para reaver as despesas do processo, inclusive honorários do advogado, desde que prove ter a última perdido a condição legal de necessitada.

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

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

Art. 14. Os profissionais liberais designados para o desempenho do encargo de defensor ou de perito, conforme o caso, salvo justo motivo previsto em lei ou, na sua omissão, a critério da autoridade judiciária competente, são obrigados ao respectivo cumprimento, sob pena de multa de Cr\$ 1.000,00 (mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros), sujeita ao reajustamento estabelecido na, sem prejuízo de sanção disciplinar cabível.

§ 1º Na falta de indicação pela assistência ou pela própria parte, o juiz solicitará a do órgão de classe respectivo.

§ 2º A multa prevista neste artigo reverterá em benefício do profissional que assumir o encargo na causa.

(...)

Art. 18. Os acadêmicos de direito, a partir da 4ª série, poderão ser indicados pela assistência judiciária, ou nomeados pelo juiz para auxiliar o patrocínio das causas dos necessitados, ficando sujeitos às mesmas obrigações impostas por esta Lei aos advogados.

Como se vê, a Constituição Federal e a Lei 1060 de 1950 prevêm uma série de mecanismos para garantir que todos tenham direito à assistência de um advogado em juízo, mesmo para os que não dispõem de recursos financeiros para arcar com os honorários do advogado.

Não há que se falar, assim, que privar ao advogado o exercício da atividade postulatória seja uma forma de macular a garantia de acesso à justiça.

Conforme oportunamente arrazoadado, a capacidade postulatória deve ser exercida pelo advogado e possui uma razão de existir, sendo um pressuposto processual de validade.

A exigência de assistência advocatícia em juízo não deve, portanto, ser encarada como um formalismo desnecessário que prejudique o acesso à justiça. Em verdade, trata-se de uma garantia de que os interesses da parte estão sendo defendidos por um profissional habilitado a fazê-lo.

Repise-se, então, que a necessária assistência por parte de um advogado não prejudica a garantia de acesso à justiça dos necessitados, uma vez que a estes é garantido que essa assistência se dê de forma gratuita.

Por outro lado, considerar dispensável o advogado para os mais desfavorecidos seria conceder-lhes apenas uma aparente acesso à justiça, uma vez que este dificilmente irá dispor de meios necessários à efetiva tutela de seus direitos.

Circunstante nesse contexto, encontra-se também o princípio da infastabilidade do poder judiciário, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal:

Art. 5º. (...) XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Em decorrência deste princípio, entende-se que o Estado deve fornecer ao cidadão ferramentas para dirimir os conflitos que emergem de sua convivência.

Exigir a presença do advogado, em tese, defendem alguns, seria uma forma de limitar o acesso dos mais pobres ao judiciário.

Ocorre, contudo, que os mais pobres podem contar com advogado custeado pelo Estado.

Entre retirar a exigibilidade de advogado para os menos favorecidos e fornecer-lhes advogado custeado pelo Estado, entende-se ser esta última uma ferramenta mais eficaz para garantir o acesso à justiça, porquanto não limite a inafastabilidade do Poder judiciário nem retire a assistência advocatícia.

3.9.2. Da ampla defesa e do contraditório.

A ampla defesa e o contraditório são garantias fundamentais previstas no art. 5º, LV, da Constituição Federal, *in litteris*:

Art. 5º. (...) LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

A ampla defesa pode ser considerada como o asseguramento que é dado à parte das condições que lhe possibilitem trazer ao processo todos os elementos tendentes a efetivação de sua defesa, bem como o direito de omitir-se ou calar-se, caso necessário à sua defesa.

O contraditório seria uma exteriorização da ampla defesa, a partir do que se impõe a condução dialética do processo.

Defende-se, então, que, em regra, faz-se necessária uma devida assistência advocatícia para que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório à parte.

Dispensar ao pobre uma devida assistência de um advogado, mormente nos casos em que este se encontra em insofismável hipossuficiência, é uma forma de permitir que suas limitações pessoais prevaleçam, retirando-lhes a ampla defesa e o contraditório.

3.9.3. Dos arts. 133 e 134 da Constituição Federal.

Segundo restou argumentado, o advogado é indispensável para que sejam assegurados o acesso à justiça da parte, a ampla defesa e contraditório.

Em vista disso, não poderia ser outra a posição do constituinte ao reconhecer, no art. 133 da Constituição Federal, o advogado indispensável à administração da justiça:

Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.

O advogado, certamente, conforme copiosamente altercado neste trabalho monográfico, é indispensável para que o Estado forneça ao cidadão a efetiva tutela jurisdicional.

Não se concebe, por isso, que a presença do advogado seja facultada, sobretudo quando essa faculdade é dada exatamente para os que se encontram em desvantagem nas relações processuais.

A assistência da parte por intermédio de um patrono é essencial para que sejam garantidos seus direitos, devendo o Estado fornecer todas as ferramentas necessárias para que essa assistência seja dada mesmo para os que não revelam condições de custeá-la.

Cogente demonstrar que a Constituição Federal reconhece, também, a essencialidade da Defensoria Pública para o exercício da função jurisdicional do Estado:

Art. 134. 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.

Ou seja, a assistência jurídica deve existir de forma gratuita para os mais desfavorecidos, cabendo, portanto, ao Estado, aparelhar a Defensoria Pública para que esta exerça essa assistência.

Todavia, na Justiça do Trabalho, por exemplo, em que mais se encontra a aplicação do *jus postulandi*, não há Defensoria Pública.

A Lei Complementar nº. 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, em seu art. 14, prescreve:

Art. 14. A Defensoria Pública da União atuará nos Estados, no Distrito Federal e nos Territórios, junto às Justiças Federal, do

Trabalho, Eleitoral, Militar, Tribunais Superiores e instâncias administrativas da União.

Como se percebe acima, a lei preocupou-se com a existência da Defensoria também na justiça laboral, o que não poderia ser tratado de forma diversa à luz da Constituição Federal.

Diga-se, por fim, que se não parece constitucional dispensar a assistência jurídica da parte por profissional devidamente habilitado, sob pena de não serem devidamente asseguradas suas garantias, devendo o Estado melhor aparelhar a Defensoria Pública, estendendo-a, também, ao judiciário trabalhista, fornecendo assistência jurídica aos menos favorecidos.

CONCLUSÃO

Com base em todos os fundamentos expostos no presente trabalho, conclui-se que pretendeu a Constituição Federal de 1988 ressaltar a importância do advogado para a administração da justiça, no sentido de assegurar sejam as garantias legais da pessoa assistida preservadas, impedindo que a inexperiência da parte ocasione a perda de seus direitos, sobretudo quando esses direitos correspondem a normas cogentes.

Portanto, ao dispensar-se a assistência jurídica da parte, o legislador garante o acesso desta ao judiciário, mas deixa vulnerável a prestação da efetiva tutela jurisdicional, principalmente face ao fato de essa dispensa incidir, na maioria dos casos, sobre os hipossuficientes.

O hipossuficiente deve ser especialmente acompanhado em juízo para que sejam devidamente mantidas suas garantias. Necessário, conseqüentemente, seja assistido por profissional habilitado, sob pena de não serem observadas normas de ordem pública cuja existência decorre da necessidade de manter o equilíbrio nas relações jurídicas que ele mantém.

Quando o legislador exige a assistência jurídica da parte não pretende limitar o acesso à justiça, que continua assegurado, por intermédio da assistência jurídica gratuita. Busca-se garantir, além do acesso à justiça, a ampla defesa e o contraditório, sendo meio indispensável para que se aproxime dos ideais de justiça.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Manual dos Recursos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Ação Rescisória*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2007.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil – Volume II*. 13 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da., DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil – Volume 3*. 4. ed. Salvador: Jus Podium, 2007.
- CUNHA, Sérgio Sévilo da. *Dicionário Compacto do Direito*. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.
- DONADEL, Adriane. *A Ação Rescisória do Direito Processual Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Revista Direito do Consumidor, as Novas Necessidades do Processo Civil e os Poderes do Juiz – volume 7*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença e Outros Escritos Sobre a Coisa Julgada*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense.
- MARINONI, Luis Guilherme., ARENHART, Sérgio Cruz. *Processo de Conhecimento – Vol. 2*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil – Tomo VI – Arts. 476 a 495*. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado da Ação Rescisória*. 2 ed. Campinas: Bookseller, 2003.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume V – Arts. 476 a 565*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

NERY JUNIOR, Nelson. *Revista Direito do Consumidor, Aspectos do Processo Civil no Código de Defesa do Consumidor – volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Francisco Antônio de. *Ação Rescisória: Enfoques Trabalhistas*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Comentários ao Código de Processo Civil – Volume 6 – Do Processo de Conhecimento: arts. 444 a 495*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 200.

REGIS, Mario Delgado. *Novo Código Civil Comentado, Coordenador Ricardo Fiuza*, 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos Recursos Cíveis e à Ação Rescisória*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 48 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recurso Especial, Recurso Extraordinário e Ação Rescisória*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.