

O *JUS POSTULANDI* E NOVO ESTATUTO DA ADVOCACIA

Antônio Alvares da Silva

Professor Titular de Direito do Trabalho da
Faculdade de Direito da UFMG
Juiz Togado do TRT da 3ª Região

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Postular em juízo, tomada a expressão em sentido lato, presume um mínimo de organização dos órgãos encarregados da administração da justiça.

No instante em que ela deixa de ser realizada pelas próprias mãos dos que se julgam lesados, imprimindo ao autor do dano lesão igual ou comparável ao prejuízo sofrido, começa o caminho de sua institucionalização, transferindo-se para terceiros neutros o julgamento do conflito e a aplicação da lei ao caso concreto.¹

Em Roma, se distinguiu inicialmente entre assistência (*advocatus*, orator) e *cognitores* ou procuradores. Os primeiros exerciam uma função honorífica, prestando assistência a cidadãos romanos de importância social, quando compareciam em juízo. Este convite significava também para os *advocati* ou oradores prestígio social e respeitabilidade pública em razão da

¹ Nas sociedades primitivas, reinou a chamada "pena de talião", acolhida pela Lei das XII Tábuas, tábua 7ª. II: "si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto." (se alguém fere a outrem, que sofra a pena de talião, salvo se houver acordo). Silvio A. B. Meira. A lei das XII Tábuas, 2ª ed. Rio, Forense, p. 153 e 173. A palavra "talião" provém de "talio, onis", cuja base é o pronome latino "talis", tal, ou seja, para tal dano, tal pena, demonstrando assim legitimidade da resposta proporcional ao dano. Daqui a expressão evangélica "dente por dente, olho por olho". Silveira Bueno. Dicionário etimológico-prosódico. Saraiva, SP, 1967, 8º v. p. 3883.

escolha. Cação, Cícero e, por vezes, até Augusto compareceram ao fórum nesta condição.

Já a representação através de cognitores, mais tarde chamados de procuradores, foi inicialmente proibida. A permissão desta atividade só foi concedida mais tarde no tempo do império. A partir daqui foi se constituindo em profissão e Constantino liberou seu exercício em 319. Houve restrições posteriores até que, no século 5º, diluiu-se a diferença entre o *advocatus* e o *procurator*.²

A partir da recepção do direito romano, rompendo com as tradições locais, a representação processual ressurgiu na Europa e pode ser analisada a evolução que se verificou no direito alemão.

Na Prússia existiram inicialmente os procuradores (*Prokuratur*) e os *advocati* (*Advokatur*). Frederico, o Grande, extinguiu os procuradores, mantendo os *advocati*.

Posteriormente, com a reforma processual de 1781, também os eliminou, criando um Conselho de Assistência (*Assistentenräte*), substituindo-os por funcionários públicos, encarregados de dar assistência às partes, os quais eram chamados de assistentes do juiz (*Richtergehilfen*), obrigando-se o comparecimento pessoal das partes.

Posteriormente, a representação foi-se insinuando novamente. Primeiro se permitiu a representação através de funcionários enquanto que, na Baviera, a representação já se fazia por particulares.

No fim do século passado, estabeleceu-se uma ampla polêmica sobre a oralidade do processo (*Mündlichkeit des Verfahrens*), com ampla discussão entre as correntes defensoras da faculdade ou da obrigatoriedade da representação por advogado.³

A partir de meados deste século, surgem as primeiras leis de regulamentação do exercício da advocacia, garantindo-se predominantemente a representação por advogado, mas com exceções várias.⁴

Nas demais nações européias, guardadas as particularidades locais, a evolução foi a mesma, oscilando-se o pêndulo, a exemplo da discussão prusiana, entre a faculdade e a obrigatoriedade da representação.

A dedução que se retira da evolução histórica do problema é que o *jus postulandi* começou pelo exercício pessoal do titular do direito. Depois foi assistido pelo advogado (*advocatus*, orator) e, finalmente, representado pelo

2 Rosenberg/Schwab/Gottwald. *Zivilprozessrecht*. 15. Aufl. München. C. H. Beck, 1993. p. 143.

3 Rosenberg/Schwab/Gottwald, *op. cit.* p. 143.

4 Rosenberg/Schwab/Gottwald, *op. cit.* p. 145.

procurator (procuradores, cognitores), oscilando o pêndulo entre a obrigatoriedade e a faculdade desta representação.

Nos tempos modernos, se justifica o monopólio do *jus postulandi* por advogado em razão da complexidade do processo e do tecnicismo das leis formais, de um modo geral acessíveis apenas ao conhecimento especializado dos jurisperitos.⁵

2 A QUESTÃO NO DIREITO BRASILEIRO

A lei 4.215/63, que dispunha sobre o estatuto da ordem dos advogados do Brasil, garantia o monopólio das funções de advogado, estagiário e provisionado aos inscritos nos quadros da OAB - art. 67 - afirmando, no art. 70, que, salvo nos casos de habeas corpus, o advogado postulará em juízo fazendo prova do mandato. Também se abria exceção para que o próprio réu se defendesse no foro criminal, se o juiz lhe reconhecesse aptidão, sem prejuízo de defensor inscrito na OAB, se houvesse - art. 71, § 2º.

Havia ainda a exceção do art. 75, em que se permitia a defesa de direitos pela própria parte em caso de inexistência, recusa ou impedimento de advogado.

Por outro lado, a lei não conceituava a advocacia apenas como o *jus postulandi* em juízo. Nela fazia compreender ainda o procuratório extrajudi-

5 "Exige-se a intervenção obrigatória dos procuradores nas lides para melhor desenvolvimento dos processos (conhecimento do tecnicismo do processo, correção e precisão na defesa; contacto mais fácil com o tribunal." Giuseppe Chivenda. *Instituições de Direito Processual Civil*. SP. Saraiva. 1969. p. v. 2º, p. 274. "Aunque el interés en litis haga a la parte en sentido material generalmente idónea para actuar en el proceso, sin embargo, esa idoneidad puede quedar menoscabada, por una parte, por la pasión, y por otra, por la inexperiencia del derecho. Un remedio a este peligro se encuentra poniendo en lugar o al lado de la parte a otra persona, que se llama defender." Francesco Carnelutti. *Instituciones del Proceso Civil*. Buenos Aires, Europa-America, s.d. v. 1º, p. 186. Entre nós, diz Moacyr Amaral Santos. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. SP. Saraiva. 1977. 1º v., p. 309: "a complexibilidade da relação jurídica processual, a técnica sutil da sua constituição e desenvolvimento, por um lado; por outro, o conflito jurídico em que se acham as partes, cujos interesses deverão ser postos e defendidos com correção e precisão e, ainda, por um terceiro lado, a finalidade publicista do processo, qual a da composição da lide com justiça, por forma a se assegurar a paz social, recomendam e de ordinário exigem que as partes, para postular em juízo, se façam representar por técnicos em direito, aos quais a lei confere o privilégio do *jus postulandi*. Técnicos em direito, no sistema brasileiro, únicos que podem exercer o direito de postular em juízo, são os advogados, os estagiários e os provisionados, os dois últimos com acentuadas restrições."

cial, assim como os trabalhos jurídicos de consultoria e assessoria e as funções de diretoria jurídica - art. 71.

A lei 4.215/63 estabelecia, desta forma, um equilíbrio harmônico entre a regra e as exceções da representação, colocando-se de acordo com a evolução do próprio direito luso-brasileiro.⁶

Dentro desta perspectiva, malgrado algumas tentativas e afirmações, a jurisprudência não considerou revogado o art. 791 da CLT. Do mesmo modo que se consideraram as peculiaridades do Direito e do Processo penais, atribuindo-se a representação para habeas corpus a qualquer um e a autodefesa do réu no foro criminal, também não poderiam ser olvidadas as peculiaridades do Direito e do Processo trabalhistas.

O crédito alimentar precisa de uma reparação rápida, já que se destina à satisfação de necessidades que não podem esperar. Se houve desformalização do jus postulandi em razão da liberdade (ausência de representação para a impetração de habeas corpus e autodefesa no juízo criminal), as mesmas razões subsistiam, com idêntica intensidade, no juízo trabalhista.

O acesso fácil, a reclamação atermada, a audiência rapidamente designada sempre foram atributos elogiáveis da Justiça do Trabalho na execução de sua competência.

A estes fatores, se acrescentaram outros, próprios da realidade social brasileira.

Não havendo garantia geral de emprego em nosso Direito do Trabalho, à falta de regulamentação do art. 7º, item 1, da CF, a grande maioria das reclamações trabalhistas consiste num mero acerto de contas de empregado dispensado, sem nenhuma dificuldade de ordem material ou processual.

Inexistindo órgão de conciliação e julgamento fora do Estado, não tem o empregado outro caminho senão o acesso ao judiciário para constranger o empregador a pagar-lhe o devido.

⁶ Segundo as Ordenações Filipinas, vigentes no Brasil e cuja substituição completa só deu com o Código Civil de 1916 estavam autorizados a advogar:

a) os graduados pela Universidade de Coimbra, com oito anos de estudos em direito canônico, direito civil ou ambos.

b) os que obtivessem carta de provisão, depois de exame prestado perante o Desembargo do Paço.

c) nos lugares onde não houvesse advogado, diplomado ou provisionado, qualquer um: "sendo pessoa idônea que pelas Ordenações do direito comum não estivesse proibida."

Ordenações Filipinas. Lisboa, Calouste Gulbenkian, s.d. Título XLVIII. Lopes da Costa. Direito processual civil brasileiro. 2ª ed. Rio, Forense, 1959, p. 60. Como se vê, a exceção ao monopólio do jus postulandi é antiga também no direito brasileiro, retroagindo ao tempo das ordenações.

O empregador, por sua vez, não acerta fora da audiência pois, além da possibilidade de fazer acordo e pagar a menor a obrigação trabalhista, obtém quitação definitiva do débito, com a certeza de que, sobre aquele objeto, não haverá mais reclamação.

Estes três fatores - pagamento do débito preponderantemente em juízo pelo empregador, obrigatoriedade de acionar o judiciário para receber e simplicidade material e processual da ação trabalhista - fizeram do *jus postulandi* do empregado um instituto de alto alcance social e econômico.

Não teria sentido que o trabalhador desempregado, além de fazer acordo sobre direitos devidos, ainda tivesse que pagar honorários sobre a quantia já desfalcada.

Daí a ponderada e oportuna redação do art. 791 da CLT, facultando as partes a reclamar pessoalmente e acompanhar suas reclamações até o final.⁷

Não se excluiu do advogado, mas facultou-se à parte não utilizá-lo. Um justo meio onde o legislador não se alienou da situação social que pretendeu regradar.

Em idêntica linha se colocou a lei 7.244/84, que dispõe sobre o juizado especial de pequenas causas, criado para decidir causas de reduzido valor econômico.

O processo nestes juzizados, a exemplo do que já ocorria no processo do trabalho, deveria orientar-se “pelos critérios de oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando sempre que possível conciliação das partes.” Art. 2º.

Daí o art. 9º haver disposto, seguindo a mesma orientação do art. 791 da CLT, que “as partes comparecerão sempre pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado.”

A faculdade, não a obrigatoriedade, da assistência atendeu ao lado social das demandas do juizado especial de pequenas causas, em tudo semelhantes às que se desenvolvem na Justiça do Trabalho. Não teria sentido exigir-se a presença de advogado em processo simples, necessariamente de pe-

⁷ Geralmente a extensão deste artigo é pouco explorada pela doutrina. O sábio legislador de 1943 foi longe e agiu com propriedade, considerando a natureza do crédito trabalhista: não só facultou o *jus postulandi* mas também o direito de acompanhamento da ação “até o final”. Isto significa que, enquanto durar a controvérsia, não importando a instância, mesmo no STF, o empregado tem o direito de acompanhá-la. Neste caso, convém lembrar que o julgamento de recurso extraordinário não mudará a natureza do direito trabalhista que lhe constitui o objeto. Tão só altera o instrumento jurídico e o órgão julgador.

queno valor econômico, onde se busca prioritariamente da conciliação entre as partes. Art. 2º.⁸

4 A SITUAÇÃO ATUAL PERANTE A LEI 8.906/94

A lei 8.906, de 4.7.94, dispôs, no art. 1º, item 1, que “são atividades privativas de advocacia:

1 - a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais.”

Se a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário se tornou “atividade privativa” da advocacia, pergunta-se: foi revogado o art. 791 da CLT?

Ressurge-se a velha questão, desta feita com roupagem nova, do jus postulandi na Justiça do Trabalho. Novamente se terá de recorrer às regras que ordenam o conflito das leis no tempo para esclarecer a questão.

O art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei 4.657/42, Lei de Introdução ao Código Civil - LICC - diz:

“a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regulamente inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

No § 2º afirma:

“a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.”

O primeiro parágrafo tem conteúdo genérico. Trata da “revogação” que compreende a derrogação e a ab-rogação. Estabelece três condições para que a lei posterior revogue a anterior:

8O juizado especial de pequenas causas, limitado a uma alçada de 20 salários mínimos, tem conteúdo mais restrito ainda do que as JCs, já que estas podem julgar tanto as pequenas quanto as grandes causas trabalhistas. Daí a absoluta necessidade de um procedimento menos formal e rápido para decidir as questões a que visa conciliar e julgar.

- a) quando expressamente o declare.
- b) quando seja com ela incompatível.
- c) quando regule inteiramente a matéria de que trata a lei anterior.

Analisemos os três requisitos, para que se conclua sobre a persistência, ou não, do art. 791 da CLT.

Em relação ao item sub a), não houve qualquer revogação pois inexistiu declaração expressa a respeito.

No art. 87, dispondo sobre a relação intertemporal da lei 8.906/94 e as demais que com ela guardavam relação, foi prescrito que ficavam expressamente revogadas as seguintes leis:

- a) 4.215/63. b) 5.390/68. c) DL 505/69. d) Lei 5.681/71. e) Lei 5.842/72. f) Lei 5.960/73. g) Lei 6.743/79. h) 6.884/80. e) Lei 6.994/92.

Dentre elas, não está expressamente revogado o art. 791 da CLT ou qualquer outro dispositivo do DL 5.452/43, que aprovou a CLT. Logo não houve revogação expressa.⁹

Quanto ao item sub b), não há qualquer incompatibilidade entre o art. 1º, item I, da Lei 8.906/94 e o art. 791 da CLT.

Do mesmo modo que a Lei 8.906/94 abriu exceção em razão do habeas corpus, atendendo a peculiaridades do processo penal, a CLT, atendendo também a características próprias do processo do trabalho, permitiu o jus postulandi das partes.

No primeiro caso, considerou-se a liberdade, valor inseparável do ser humano, a cuja preservação a CF colocou o instituto do habeas corpus - art. 5º, item LXVIII. No segundo, levou-se em conta os valores do trabalho humano, exalçado repetidamente pela CF: art. 1º, item IV, art. 170 e art. 193 da CF.

Portanto a única interpretação que se harmoniza com os valores maiores resguardados pela Lei Fundamental consiste em entender vigentes e não revogados dispositivos especiais de leis ordinárias que têm por finalidade sua defesa e realização de modo rápido e eficaz.

⁹ Ainda que se entenda que a fórmula "revogam-se as disposições em contrário" é bastante para operar a revogação expressa, prescindindo-se do arrolamento das leis que se pretende revogar, o fato é que, pelo primeiro modo, corre-se sempre o risco de relegar o problema à interpretação. Se as leis revogadas são designadas, a dúvida desaparece. Ver a propósito Miguel Maria de Serpa Lopes, Curso de Direito Civil. Rio, Freitas Bastos, 1960, v. I, p. 94.

Seria um absurdo que se interpretasse a lei ordinária, desconsiderando os valores superiormente pela lei maior.¹⁰

Quanto ao item sub c), viu-se que a lei não regulou inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior. Esta nem sequer era propriamente uma lei mas um dispositivo legal (o art. 791 da CLT) que, como regra particular, sobrevive harmonicamente com a lei nova, completando-a e munindo-a de maior flexibilidade para atingir a finalidade que se propôs.

Quanto ao § 2º do art. 2º da LICC, as normas gerais ou especiais, para que se coloquem a par das existentes, sem revogá-las, é de resto uma questão de compatibilidade, que já foi analisada.¹¹ Até que ponto convivem sem se contradizerem é problema típico de interpretação.¹²

5 O ACESSO AO JUDICIÁRIO E O JUS POSTULANDI

O art. 5º, item XXXV, da CF dispõe que: "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito". Este princípio, contido

¹⁰ Sobre a incompatibilidade, diz Serpa Lopes, op. cit. p. 94: "presume-se no legislador a pretensão de coisas razoáveis. Ilógico, pois, seria conceber-se a aplicação simultânea de duas leis contraditórias ou opostas. A pesquisa dessa incompatibilidade não deve orientar-se tão-só pela consideração da vontade do legislador, senão igualmente pela observação bem atenta dessa incompatibilidade. Força é ressaltar que revogação tácita não se presume: para que ela se opere, é necessária a presença de uma incompatibilidade absoluta, formal." Ora, esta razoabilidade que se pede para se deduzir a (in) compatibilidade provém exatamente do objeto da lei posterior. E esta se completa com o dispositivo particular da CLT que em nada a contraria.

¹¹ Serpa Lopes, op. cit. p. 95.

¹² Diz a respeito Vicente Rao, *O Direito e a vida dos direitos*, SP, Max Limonad, 1952, v. 1, p. 392: "para que a revogação se verifique, preciso é que a disposição nova, geral ou especial, altere explicitamente (revogação expressa), ou implicitamente (revogação tácita), a disposição antiga, referindo-se a esta, ou ao seu assunto, isto é, dispondo sobre a mesma matéria. Se as disposições nova e antiga (gerais ou especiais) não forem incompatíveis, podendo prevalecer umas e outras, umas a par de outras, não ocorrerá revogação alguma. Quando, porém, a lei nova regular por inteiro a mesma matéria contemplada por lei ou leis anteriores, gerais ou particulares, visando substituir um sistema por outro, uma disciplina total por outra, então todas as leis anteriores sobre a mesma matéria devem considerar-se revogadas." Ou, como salientam Eduardo Espinola e Eduardo Espinola Filho, "em suma, cumpre examinar caso por caso e verificar se há, e até onde vai, a incompatibilidade." Da lei e de sua obrigatoriedade. *Do Direito intertemporal*, Rio, Freitas Bastos, 1939, p. 134. Esta incompatibilidade, analisada entre a lei 8.906/94 e o art. 791 da CIT, não existe como já foi demonstrado.

no capítulo dos direitos e garantias fundamentais (cap. 1 da CF), tem aplicação imediata. (§ 1º do art. 5º).

Isto significa que o acesso ao Judiciário, independentemente de lei ou qualquer outra condição, está garantido como direito individual a qualquer cidadão brasileiro. No caso dos necessitados, cabe à Defensoria Pública promover-lhes orientação jurídica e defesa de interesses em todos os graus de jurisdição.

Primeiramente, há o direito de acesso e, do outro lado, o dever do Estado em garanti-lo. Se a forma idealizada - defensoria pública - não estiver instalada ou, se instalada, não funcionar ou não tiver número suficiente de servidores para o desempenho da relevante função, prevalece o direito fundamental individual do acesso direto.

Esta afirmativa nada tem de exagerado ou de esdrúxulo, a não ser que não se preze mais entre nós o que diz a Constituição. Se a defensoria não orienta nem defende, nem por isso ficará o Judiciário isento de fornecer a prestação jurisdicional. De que forma? A exemplo do que já acontece há cinquenta anos na Justiça do Trabalho e há 10 anos com o juizado especial de pequenas causas regulado pela lei 7.244/84, cumpre ao juiz procurado providenciar atermador para reduzir a pretensão da parte ou tomá-la ele próprio, reduzindo-a a termo, valendo como petição inicial.

Inconstitucional e absurdo seria deixar a parte sem acesso ao Judiciário, esvaziando a eficácia do art. 5º, item XXXV, que retrata um dos mais fundamentais direitos que um cidadão possa ter no regime democrático: bater às portas da justiça, onde estão juízes pagos com seu dinheiro de contribuinte, e pedir-lhe a cessação de uma ameaça ou a reparação de um direito lesado.

Portanto, ao contrário do que comumente se pensa, o monopólio de representação da parte por advogado (artigos 36 do CPC e 1º, § 1º da Lei 8.906/94) passou a ter valor relativo a partir da Constituição Federal de 88.

Se a Defensoria Pública não estiver instalada (e esta é a regra na grande maioria dos municípios brasileiros) ou, se estiver, não funcionar a contento, poderá o necessitado reivindicar diretamente ao juiz.¹³

13 O STF, no RE nº 135328-7, tendo sido relator o Ministro Marco Aurélio, trouxe a seguinte ementa: "Legitimidade - Ação "ex delicto" Ministério Público - Defensoria Pública - Artigo 68 do Código de Processo Penal. Carta da República de 1988. A teor do disposto no artigo 134 da Constituição Federal, cabe à Defensoria Públicas, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV da Carta, estando restrita a atuação do Ministério Público, no campo dos interesses sociais individuais, àqueles indisponíveis (parte final do artigo 127 da Constituição federal. Inconstitucionalidade progressiva. Viabilização do exercício de direito assegurado constitucionalmente. Assis-

O mesmo se há de dizer em relação à “assistência judiciária” prevista pela Lei 5.584/70. Se a categoria a que pertencer o trabalhador não possuir sindicato profissional ou, existindo em base territorial maior, não possuir representação no local onde o empregador houver prestado serviço, seria ilógico exigir dele, que ganha menos do que dois salários mínimos, a contratação de advogado para acionar o judiciário trabalhista.

A questão se torna ainda mais contundente se, no local, não houver advogado ou, havendo, não quiser ou não puder assumir a causa. Como ficará o acesso ao Judiciário, princípio maior de ordem constitucional?

Se não for necessitado, mas se não houver no local advogado, ou se este não puder ou quiser assumir a causa ou for impedido, poderá a parte advogar em causa própria, mesmo sem habilitação legal: art. 36 do CPC. Se não se sentir habilitada, o juiz mandará atermar o pedido e o processo tramitará do modo que for possível.¹⁴

A Prússia, já no século XVIII, conforme se viu, tinha solução para o problema, através de um corpo de funcionários públicos (Richtergehilfen) para atuar junto ao Juiz como representante da parte, tomando-lhe as declarações e manifestações de vontade.

Bem se vê que a pretensão monopolística da representação por advogado, objetivada pelo art. 1º, § 1º da Lei 8.906/94, se relativiza e diminui, quando examinado em função do art. 5º, item XXXV da CF.

tência jurídica e judiciária dos necessitados - Subsistência temporária do Ministério Público. Ao Estado, no que assegurado constitucionalmente certo direito, cumpre viabilizar o respectivo exercício. Enquanto não criada por lei, organizada - e, portanto, preenchidos os cargos próprios, na unidade da Federação - a Defensoria Pública, permanece em vigor o artigo do Código de Processo Penal, estando o Ministério Público legitimado para a ação de ressarcimento nele prevista. Irrelevância de a assistência vir sendo prestado por Órgão da Procuradoria Geral do Estado, em face de não lhe competir, constitucionalmente, a defesa daqueles que não possam demandar, contratando diretamente profissional da advocacia, sem prejuízo do próprio sustento.” Esta decisão será, naturalmente o “caso guia” (leading case) para as demais questões que se colocarem com ela em relação. Enquanto não for criada e, mesmo depois de criada, não se tiver a certeza de seu funcionamento e eficiência na missão que lhe foi constitucionalmente atribuída - art. 5º, item LXXV - continuarão em funcionamento os mecanismos jurídicos anteriores que ela pretendeu substituir. O acórdão dá o exemplo do art. 68 do CPP. O art. 791 da CLT é outro exemplo claro ao qual a presente decisão se aplica de modo imediato e direto.

¹⁴ Também o art. 36 do CPC, como dispositivo especial, não foi revogado pela lei 8.906/94. Seria um absurdo a afirmação em contrário pois ficaria sem possibilidade de acesso ao Judiciário a parte que residisse em determinada localidade onde não houvesse advogado ou, havendo, não quisesse ele assumir a causa ou estivesse impedido. Neste caso, predomina, como é óbvio, o princípio maior.

Se o processo impõe hoje procedimentos complexos e inacessíveis aos leigos, então que se cuide da simplificação do processo pois o direito material, regulando as relações entre as pessoas, é, em sua grande maioria, compreensível e aplicável pelos cidadãos, independentemente da intervenção estatal.

Todos sabem que as controvérsias forenses constituem apenas a fratura exposta das relações sociais. A grande maioria das transações entre os cidadãos (e a conseqüente incidência do direito aplicável) se faz espontaneamente.

Já é hora, portanto, de descomplicar e desburocratizar a estrutura complexa e impenetrável do Judiciário, amarrada a procedimentos seculares e ineficientes, transformando-a em regras transparentes e objetivas, auxiliadas pela informática, que se aplicariam através de órgãos compostos com a participação do próprio povo.

O direito do consumidor já é um exemplo dessa nova perspectiva onde os Procons exercem, com muito mais êxito e credibilidade, a função do Judiciário.

Infelizmente o Judiciário ainda guarda muito da fase primitiva do Direito Romano onde, no período das *legis actiones*, a "sacramentalidade" através de símbolos, palavras e cerimônias, se superpunha freqüentemente à vontade e ao propósito das partes.¹⁵

6 A REPRESENTAÇÃO SINDICAL DO ART. 8º, ITEM III DA CF

O art. 8º, item III, da CF, reza que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas."

Portanto aos sindicatos foi cometida, por mandamento constitucional, a defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos do trabalhador.

Esta defesa, no plano coletivo, se faz pela substituição processual pois institutos jurídicos como a convenção coletiva, greve e dissídio coletivo não comportam representação, já que o sindicato age em nome próprio quando em defesa da categoria.¹⁶

¹⁵ Humberto Cuenca. *Processo civil romano*. Buenos Aires. Europa-América, 1957. p. 40.

¹⁶ Sendo a categoria a síntese (e não a soma) dos interesses individuais, seria impossível que o sindicato representasse a soma das vontades de cada membro em particular. Por isso é da natureza das instituições de Direito Coletivo (convenção coletiva, greve, dissídio coletivo e co-gestão) que o sindicato haja como substituto (e não como representante) dos grupos ou categorias cujos interesses defende em juízo.

Se os interesses são individuais, mesmo quando coletivamente reivindicados através de reclamação individual plúrima, o sindicato representa, porque aqui se trata de soma (e não de sínteses) de direitos e interesses individualizados.

Como representante ou como substituto, o sindicato recebe mandato constitucional para agir em nome dos membros ou da própria categoria. Portanto é prerrogativa sua defender tais direitos em juízo do modo que entender mais conveniente, delegando poderes a advogado ou a outro representante sem tal qualificação.

Neste caso, como é óbvio, a lei 8.906 é flagrantemente inconstitucional pois, instituindo a prerrogativa do *jus postulandi* exclusivamente a advogado, chocou-se frontalmente com o art. 8, III, da CF.¹⁷

Podem, pois, os sindicatos representar ou substituir em juízo interesses ou direitos, individuais ou coletivos, através de advogado ou outro representante, dos membros individualmente considerados ou da própria categoria.¹⁸

Com o positivo intuito de facilitar a solução dos conflitos coletivos, o § 2º do art. 114 da CF diz:

“recusando-se qualquer das partes à negociação ou a arbitragem é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais, mínimas de proteção trabalho.”

Isto significa que é prerrogativa exclusiva dos sindicatos o ajuizamento de dissídio coletivo, por expressa determinação constitucional.¹⁹

Neste caso, quem ousaria afirmar que o *jus postulandi* transferiu-se o advogado. Qualquer resposta em contrário importaria na absurda afirmativa de que a lei ordinária revogou a Constituição.

17 Veja-se o que diz Coqueijo Costa a respeito: “no dissídio coletivo, o sindicato autor é dito suscitante e a categoria econômica - ré suscitada. O sindicato representa (substitui) sem necessidade de outorga de mandato (art. 513. a. da CLT) e, apesar da obrigação de “manter serviços de assistência judiciária para os associados (CLT, art. 514, b)”, a representação pode ser feita pelo presidente do sindicato, o qual pode, a seu turno, passar procuração ao advogado deste órgão.” In *Direito processual do trabalho*. 3ª ed. Rio, Forense. 1986. p. 148.

18 Não é nosso propósito discutir aqui o problema da representação e da substituição sindicais, mas tão só a possibilidade de ser exercidas sem a presença obrigatória do advogado.

19 Estão, pois, revogados os artigos 896 da CLT e art. 8º da Lei 7.783/89.

7 O *JUS POSTULANDI* E A ESTRUTURA DA JUSTIÇA DO TRABALHO BRASILEIRA

A organização judiciária brasileira houve por bem criar cortes especializadas para decidir as questões trabalhistas, ou seja, especializou-se para decidir as questões provenientes do Direito do Trabalho.²⁰

Isto significa que a jurisdição comum não foi satisfatória para a solução das controvérsias trabalhistas. Basta esta afirmativa para salientar que tanto o direito material como o direito processual trabalhistas exigem uma técnica especial de interpretação e aplicação, a eles não se aplicando os princípios que orientam a jurisdição comum.

Esta especialização importa na criação de um direito contratual autônomo, fora do Direito das Obrigações, para definir e acolher a relação de trabalho, bem como na aceitação dos institutos de Direito Coletivo (convenção coletiva, greve, dissídio coletivo e co-gestão) para ordenar a relação coletiva de trabalho.

A Justiça do Trabalho no Brasil tem composição paritária pro força de mandamento constitucional - art. 113 da CF. A paridade de representantes do empregado e do empregador é um dos alicerces em que se funda, constituindo-se "uma forma de participação popular na administração da Justiça" conforme salienta Francisco José Calheiros Ribeiro Ferreira,²¹ havendo juízes classistas em todas as suas instâncias.

Ora, se há, em relação à justiça comum, especialização da Justiça do Trabalho quanto ao direito material, ao direito processual e à organização de sua estrutura, surge a necessidade de um questionamento e de uma indagação: qual o motivo desta especialidade? E a resposta não pode ser outra: faci-

20 É esta a marca fundamental da jurisdição trabalhista e a razão básica de sua criação: criar cortes especializadas para julgar as questões trabalhistas, em razão da insuficiência da jurisdição comum. Diz a respeito Carl Mischke; *European labour courts: industrial action and procedural aspects*. Geneva, 1993, OIT, p. 2: "at the risk of sounding trite, it may be asserted without fear of contradiction that labour courts deal with matters relating to labour, i.e. matters arising from the relationship between an employer and an employee."

21 O juiz classista no judiciário. SP. LTr. 1993. A frase citada é o subtítulo da obra. A realidade, entretanto, é outra. A participação de leigos no Judiciário é sem dúvida uma conquista democrática e importa no próprio crescimento da cidadania. Porém, da forma como está organizada e é exercida no Brasil, constitui-se em um mero corporativismo que serve apenas a quem o exerce. A exemplo do próprio Judiciário como um todo e especialmente o judiciário trabalhista, a representação classista, se não for extinta, precisa de urgentes e inadiáveis reformas.

litar o acesso da Justiça do Trabalho ao trabalhador e ao empregador, para que tenham uma solução rápida e eficiente do conflito em que se envolvem.

Se assim não fosse, não haveria fundamento para a especialização. Bastaria criar varas especializadas na justiça comum e confiar-lhes a solução do conflito trabalhista.

Foi com este elevado propósito que o legislador de 43, demonstrando compreensão e sensibilidade com a questão trabalhista, incorporou à CLT o art. 791.

Atendeu às peculiaridades do direito e do processo trabalhistas e justificou a especialização que à época se criava no Brasil.

Não se excluía a presença do advogado mas facultava-se ao empregado e ao empregador o acesso direto à Justiça do Trabalho.

Querer retirar agora esta conquista, que faz parte não só da história mas também da própria natureza da Justiça do Trabalho, é desnaturá-la em seus fundamentos, subtraindo-lhe uma das marcas mais características e uma das razões mais convicentes de sua especialidade.

Como se pode admitir que uma justiça, composta de juízes leigos, representantes do empregado e do empregador, rejeite o acesso direto dos demais empregados e empregadores que são exatamente o objeto de sua prestação jurisdicional?

Alguns juristas nacionais, especialistas em processo do trabalho, se batem contra o jus postulandi das partes. Francisco Antônio de Oliveira diz:

“a capacidade postulatória das partes na Justiça do Trabalho é ranço pernicioso originário da fase administrativa e que ainda hoje persiste em total discrepância com a realidade atual. O direito do trabalho constitui hoje, seguramente, um dos mais, senão o mais, dinâmico dentro do ramo do Direito e a presença do advogado especializado se faz necessária.”²²

Valentin Carrion fala até em “armadilha”:

“pelo texto da CLT, a parte estaria autorizada a agir pessoalmente; é uma armadilha que o desconhecimento das leis lhe prepara; armadilha injustificada, pois ou não é necessitado e poderá pagar, ou, sendo-o, tem direito a assistência judiciária. O juiz não pode, nem deve, perante

22 O processo na Justiça do Trabalho. SP. RT. 1990. p. 131.

a desigualdade das partes, no assessoramento advocatício, descer do estrado para ajudar a parte desprotegida.”²³

Não vemos procedência em tais críticas.

Quanto à primeira, deve-se salientar de pronto que *jus postulandi* pessoal não é “ranço pernicioso da fase administrativa que ainda hoje persiste em total discrepância com a realidade atual.”

Como se verá a seguir, mostrando o tema à luz do direito comparado, trata-se ao contrário de tendência presente em todo o mundo civilizado.

Exatamente por ser o Direito do Trabalho um ramo dinâmico e atual, onde se discute crédito de natureza eminentemente alimentar, é que se deve desformalizá-lo ainda mais, permitindo o acesso das partes para fazer valer seus direitos sociais.

Quanto às críticas do segundo autor citado, cumpre dizer que o artigo 765 outorga aos juízes do trabalho “ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.”²⁴

Ao tomar tais medidas e diligências, necessárias ao andamento rápido das causas e ao esclarecimento da matéria fática, o juiz não “desce do estrado” para ajudar a qualquer das partes. Apenas age na defesa da jurisdição, já que o processo não existe apenas para compor o interesse das partes, mas é também um dever do Estado, como meio de garantir a aplicação e a eficácia das leis.²⁵

Se tais providências e medidas são efetivamente tomadas, o juiz chega à verdade dos fatos. Satisfaz desta forma ao interesse público, antes de servir aos interesses das partes em litígio, embora o resultado vá beneficiar a uma delas no plano concreto.

Portanto, sem beneficiar a qualquer das partes, o juiz pode tomar medidas para a condução do processo de modo a torná-lo elemento apto à composição da lide e apuração dos fatos para uma correta aplicação da lei.

²³ Comentários à CLT. 14ª ed. SP. RT. 1991, p. 566.

²⁴ “O juiz não deve ser mero espectador dos atos processuais das partes, mas um protagonista ativo de todo o drama processual.” Antônio Carlos de Araújo Cintra. Ada Pellegrini Grinover. Cândido R. Dinamarco. Teoria geral do processo. 9ª ed. SP. RT. 1992, p. 36.

²⁵ Se a pacificação é o escopo magno do processo, há um interesse superior ao das partes na aplicação da lei, que é o interesse público. Antônio Carlos de Araújo Cintra. Ada Pellegrini Grinover. Cândido R. Dinamarco. Op. cit. p. 28.

O mais estranhável é que estes dois ilustres autores, sendo processualistas, proponham com tanta ênfase a presença obrigatória de advogado em vez de sugerirem medidas de simplificação do processo do trabalho, redução de suas instâncias, limitação de recursos e desformalização do procedimento em geral.

Finalmente, quanto à assistência judiciária, convém deixar claro que todos os sistemas até hoje criados para permitir aos pobres o acesso ao Judiciário não funcionaram a contento.

O sistema "judicare", caracterizado pela escolha do advogado diretamente pelo necessitado e pago pelo Estado desvirtuou-se na preferência do advogado pelos seus clientes particulares, relegando a segundo plano a assistência pública, nem sempre remunerado de acordo com a pretensão do advogado.

A assistência prestada através de escritórios constituídos para este fim, pagos pelos cofres públicos, também não rendeu os resultados esperados. Nem sempre a burocracia estatal contrata o número desejável de advogados e os que existem muitas vezes não são suficientes ou se perdem nas dobras burocráticas do serviço público.²⁶

Portanto o apelo à assistência judiciária para suprir o *jus postulandi* das partes é outra irrealidade que não atende aos objetivos a que se propõe.

Se o exercício do direito de pedir, quando exercido pessoalmente, pode constituir uma "armadilha", idêntica armadilha, talvez maior ainda, pode ser armada com a defensoria pública prevista no art. 134 da CF.

É bem possível, segundo a experiência que já se viveu com os antigos órgãos de assistência judiciária, que se criem instituições burocráticas, ocupados por advogados-funcionários públicos, nem sempre condignamente remunerados, cujo objetivo de orientação jurídica e defesa dos necessitados fique apenas no papel.

O pessimismo não é apenas meu. Dele participa também Cappelletti/Bryant quando afirmam: "em economias de mercado, como já assinalamos, a realidade diz que, sem remuneração adequada, os serviços jurídicos para os pobres tendem a ser pobres, também. Poucos advogados se interessam em assumi-los, e aqueles que o fazem tendem a desempenhá-los em níveis menos rigorosos."²⁷

A afirmação de que os pobres serão melhor assistidos por órgãos públicos do que pelo exercício pessoal do *jus postulandi* deve ser recebida com grandes reservas.

26 Mauro Cappelletti/Bryant Garth. Acesso à Justiça. Porto Alegre. Sérgio Fabris. 1988, p. 35.

27 Op. cit. p. 47.

Nada existe de concreto que nos faça pensar que a substituição do *jus postulandi* pela burocracia estatal vá trazer benefícios concretos ao trabalhador brasileiro.

É bem possível que estejamos criando mais um órgão protetor, a exemplo dos muitos que já temos, mas que vai servir muito mais aos “protetores” do que propriamente aos protegidos.

8 O ACESSO DIRETO E O DIREITO COMPARATO

Na obra já citada, “Labour Courts and Industrial Relations”, editada pela OIT, salientam Werner Blen e Carl Mischke que as partes, nos países objeto do estudo (Dinamarca, Finlândia, República Federal da Alemanha, Israel, Noruega, Espanha, Suíça, Reino Unido e Iugoslávia) “têm ampla liberdade de representação (perante as cortes).” (... the parties have significant freedom in structuring their representation.)²⁸

A seguir, são enumerados os países, analisados em relação ao *jus postulandi*. E o resultado é o seguinte:

a) Finlândia: faculta-se a contratação de advogado para os dissídios coletivos (questões relativas à greve, interpretação de cláusulas de convenção coletiva, etc.). Os conflitos de direito individual do trabalho pertencem à justiça comum.

b) República Federal da Alemanha.

Perante a primeira lei processual, houve proibição da presença do advogado. Depois de 1953, somente nos processos superiores a 300 marcos. Após 1979, não houve mais qualquer restrição, facultando-se às partes fazerem-se acompanhar de advogados.

Se uma das partes possui advogado, o juiz indicará um para a outra, a fim de estabelecer a igualdade entre ambas.

c) Israel.

Faculta-se a presença de advogado, para representação de ambas as partes. As associações de empregadores podem representar-se por um de seus membros.

28 Op. cit. p. 63.

d) Noruega.

Faculta-se a presença de advogado. Desde 1920, a representação tem sido a regra, dada a complexidade das questões emergentes dos dissídios coletivos.

e) Espanha.

A presença do advogado é necessária apenas na fase recursal.

g) Cantão de Geneve: não há proibição à representação de advogado.

h) Reino Unido.

Estabelece-se uma ampla cadeia de representação: o próprio reclamante, um membro de sua família, um membro do Citizen's Advice Bureau, um especialista em questões industriais (industrial consultant), membros dos sindicatos em disputa, "solicitors" que podem provir de uma entidade ou por contratação particular da parte

e) Iugoslávia: não há proibição.

Esta exposição com base no direito comparado nos permite afirmar que, em nenhum dos países analisados, há monopólio do jus postulandi por advogado perante a justiça do trabalho. Ao contrário, em alguns deles, como a Alemanha, de início se proibiu sua presença. Hoje, no país citado como nos demais, permite-se a representação por advogado mas não se exclui o direito pessoal de reclamar.

9 ASPECTOS PECULIARES AO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO

O art. 5º da LICC diz que: "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum."

Toda lei tem um objeto, que pretende atingir para influenciar no mundo social onde incide. Este fim é maior do que aquele que se contém na esfera de cada indivíduo. Por isso se diz "fim social".

E, por bem comum, se há de entender o fim comum (quod bonum commune dicitur finis communis)²⁹

29 São Tomás de Aquino. Suma Teológica. I, quaestio XC, articulus 11.

Se se interpretar a lei 8.906/94 como revogadora do art. 791 da CLT não se estará racionando segundo o fim social e o bem comum a que objetivou atingir.

O *jus postulandi* do empregado é um poderoso instrumento pelo qual lhe é garantido o acesso ao Judiciário, através de procedimentos simples perante órgãos já treinados para tomar redigir sua pretensão.

Não havendo entre nós órgãos extrajudiciais de conciliação e solução de conflitos trabalhistas, não tem o empregado outro caminho senão procurar o Estado, através do judiciário trabalhista.

Já tendo perdido o emprego, busca um mero acerto de contas. Nos grandes centros ou em Juntas que não estão em dia com a prestação jurisdicional, ele é naturalmente premido, em razão da demora do prosseguimento da ação, a fazer acordo que, por natureza, é uma concessão recíproca.

Neste contexto, temos:

- a) um empregado dispensado.
- b) que tenta um acerto de contas em relação a um trabalho já prestado, do qual se beneficiou o empregador.
- c) e que fará acordo para obter acesso rápido ao crédito alimentar, para satisfazer as necessidades pessoais e familiares.

Submeter este trabalhador a mais um gasto forçado de pagamento de honorários para obter aquilo a que faz jus é desconsiderar o *finis socialis* e o *commune bonum* a que todo juiz, por força de lei, está obrigado a satisfazer.

É claro que, se for esta a opção do trabalhador, nas causas complexas e de maior vulto econômico, nada mais compreensivo porque a natureza da matéria justifica a presença do advogado e seus serviços se fazem necessários.

À parte, e não à lei, deve caber a livre opção. A obrigatoriedade do advogado no processo trabalhista é mais um exemplo da intervenção indevida do legislador, retirando do cidadão a liberdade de escolha nos assuntos inerentes à sua esfera pessoal.

Trata-se, sem dúvida, de dispositivo corporativista que pretendeu aumentar o mercado de trabalho do advogado sem considerar aspectos peculiares do processo trabalhista, que o legislador brasileiro mais uma vez demonstrou desconhecer.

10 CONCLUSÕES GERAIS

As considerações desenvolvidas nos permitem as seguintes conclusões:

10.1 A lei 8.906/94 não revogou, nem expressa nem tacitamente, o art. 791 da CLT. Ambos convivem harmônica e complementarmente na condição de norma geral e norma especial.

10.2 O jus postulandi é inerente à estrutura da organização judiciária trabalhista prevista na Constituição Federal - art. 113. Seria incoerente e absurdo que a Constituição exigisse a participação de juízes leigos na composição dos órgãos judiciários trabalhistas e não permitisse ao trabalhador ou ao empregador o acesso a estes mesmos órgãos.

10.3 O acesso pessoal aos órgãos judiciários trabalhistas é uma constante do direito comparado e faz parte da cultura jurídica contemporânea. Afastar do trabalhador esta garantia é diminuir-lhe a capacidade de reivindicação e, em muitos casos, impedir-lhe o acesso ao Judiciário, com expressa violação ao art. 5º, item XXXV da CF.