

**ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA
ADA PELLEGRINI GRINOVER
CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO**

TEORIA GERAL DO PROCESSO

Prefácio do
Prof. Luís Eulálio de Bueno Vidigal

*26ª Edição,
revista e atualizada*

 **MALHEIROS
EDITORES**

CAPÍTULO 22

SERVIÇOS AUXILIARES DA JUSTIÇA

116. órgãos principais e órgãos auxiliares da justiça

Todo juízo (de grau superior ou inferior) é constituído, por ditame da própria necessidade de desenvolvimento da atividade judiciária, por órgãos principais e auxiliares. O órgão principal é o juiz, em quem se concentra a função jurisdicional, mas cuja atividade isolada seria insuficiente para a atuação da jurisdição; essa atividade é complementada pela do escrivão, do oficial de justiça e de outros órgãos auxiliares, encarregados da documentação dos atos do processo, de diligências externas etc. (alguns desses auxiliares pertencem aos próprios quadros judiciários, enquanto que outros são pessoas ou entidades eventualmente chamadas a prestar serviços em dado processo).

A heterogeneidade das funções auxiliares e dos órgãos que as desempenham dificulta a conceituação da categoria, mas, com as ressalvas e esclarecimentos que virão logo a seguir, é possível dizer que *são auxiliares da Justiça todas aquelas pessoas que de alguma forma participam da movimentação do processo, sob a autoridade do juiz, colaborando com este para tornar possível a prestação jurisdicional*; considerando que os sujeitos principais do processo são necessariamente três (Estado, autor, réu), os auxiliares são pessoas que, ao lado do juiz, agem em nome do Estado no processo para a prestação do serviço devido às partes litigantes.

Assim, não são auxiliares da Justiça: a) em primeiro lugar, as partes, que são sujeitos autônomos do processo; b) as testemunhas, que são antes de tudo fonte de prova; c) os jurados, que são mais que auxiliares, pois integram um importante órgão do Poder Judiciário, o tribunal do júri, na condição de juizes; d) os tutores, curadores, síndicos, os quais são representantes de parte.

Tampouco são auxiliares da Justiça os órgãos do chamado *foro extrajudicial* (tabelião, oficial de registros públicos, de protestos etc.). Eles desfrutam de fé-pública (*infra*, n. 121) e são administrativamente subordinados aos juízes estaduais; por isso, a doutrina menos recente os incluía entre os órgãos auxiliares, ao lado daqueles que compõem o chamado "foro judicial" (a inclusão é feita também pelo vigente Código Judiciário paulista: art. 193 c/c art. 195). Mas, como eles não desempenham qualquer função no processo, nem cooperam com o juiz quando este exerce a jurisdição, a doutrina de hoje nega-lhes o caráter de órgãos auxiliares da Justiça (suas funções ligam-se, antes, à administração pública de interesses privados).

O Brasil consagra tradicionalmente um sistema empresarial para a prestação desses serviços públicos, chegando a Constituição de 1988 a dizer que "os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público" (art. 236 – mas o art. 32 do Ato das Disposições Transitórias ressalva a situação dos cartórios que, na ordem constitucional precedente, hajam sido oficializados). Eles são, também por tradição longeva, disciplinados por leis estaduais de organização judiciária, mas a nova ordem constitucional dá a entender que doravante cumprirá à lei federal a definição de tais serviços (art. 236, § 1º). O que concorre para a ilusão de tratar-se de serviços auxiliares da Justiça é sobretudo, como dito acima, o fato de serem supervisionados, orientados e fiscalizados pelo Poder Judiciário, tendo fé-pública.

A discriminação dos órgãos auxiliares da Justiça (*foro judicial*), seu regime funcional, suas funções etc. estão na própria lei processual, nas de organização judiciária, nos provimentos, nos regimentos dos tribunais (autogoverno da Magistratura – Const., art. 96, inc. I, b e f). Nenhum dos diplomas que contêm normas sobre os serviços auxiliares apresenta, todavia, uma sistematização completa e científica da matéria, nem uma classificação sistemática dos órgãos auxiliares; para isso, é preciso recorrer aos subsídios da doutrina.

O Código de Processo Civil cuida dos auxiliares da Justiça no cap. v, do tít. iv de seu liv. I (arts. 139-153); o Código de Processo Penal, nos caps. v e vi do tít. vii do liv. I (arts. 274-281); a Consolidação das Leis do Trabalho, no cap. vi do tít. viii (arts. 710-721); a lei n. 5.010, de 30 de maio de 1966 (Justiça Federal de primeiro grau), no cap. iv (arts. 35-44); a Lei das Pequenas Causas, nos arts. 6º, 7º e 15, § 4º. Na Justiça Estadual de São Paulo os serviços auxiliares são disciplinados pelo Código Judiciário (lívs. iii e iv, arts. 193-251), pela res. n. 1 (tít. iv, cap. I, arts. 63-68), pela res. n. 2 (caps. xii e xiii, arts. 67-104), pelo dec.-lei n. 159 (28.10.69) e pelo dec.-lei n. 206 (25.3.70), bem como pelos regimentos dos quatro tribunais e provimentos do presidente do Tribunal de Justiça e do Corregedor Geral da Justiça.

117. *classificação dos órgãos auxiliares da Justiça*

Tentando uma classificação sistemática dos órgãos auxiliares, observa-se inicialmente que há alguns deles que são *órgãos permanentes*, integrando os quadros judiciários como servidores públicos; e que outros não são senão pessoas eventualmente chamadas a prestar colaboração em algum processo (*exercício privado de funções públicas*). Fala o Código Judiciário do Estado de São Paulo em *auxiliares permanentes da Justiça* e em *auxiliares eventuais da Justiça* (arts. 247 ss.). Entre estes há pessoas físicas que vêm cooperar no processo (perito, avaliador, intérprete) e há ainda repartições públicas e empresas, que como tais, às vezes, também cooperam (Empresa de Correios e Telégrafos, Imprensa Oficial do Estado, empresas jornalísticas privadas, Polícia Militar etc.); a estes últimos a doutrina chama *órgãos auxiliares extravagantes*.

A classificação acima baseia-se no critério da natureza jurídica da relação existente entre o auxiliar e o Estado. Segundo outro critério, diz a doutrina que alguns órgãos auxiliares fazem parte do esquema fixo do tribunal (trata-se, entre nós, do oficial de justiça e do escrivão), enquanto que outros constituem o *elemento variável* (perito, depositário etc.); os primeiros participam de todos os processos afetos ao juízo, os segundos apenas de alguns (auxiliares eventuais). Fala a doutrina italiana, também, com eco na brasileira, de *encarregados judiciários* (ou órgãos de encargo judicial): trata-se daqueles órgãos que constituem o que foi denominado *elemento variável* dos tribunais.

118. *auxiliares permanentes da Justiça*

Há, entre as pessoas que cooperam com o juiz no processo, aquelas que ocupam cargos criados por lei, com denominação própria; tais são os auxiliares permanentes da Justiça, que serão, conforme o caso, “servidores integrados no quadro do funcionalismo público”, ou “*serventuários*” (Cód. Jud., art. 209, incs. I-II).

O que os distingue é que os servidores só recebem vencimentos dos cofres públicos e os *serventuários* (às vezes cumulativamente), custas e emolumentos; estes são ligados aos cartórios não-oficializados (Cód. Jud., arts. 211 ss.). Nos órgãos superiores (tribunais) os serviços auxiliares são prestados exclusivamente por *servidores*. Mas, apesar de suas diferenças perante o direito administrativo, as funções processuais desempenhadas por servidores e *serventuários* são as mesmas.

A lei de organização judiciária dita o regime de ambos, dispondo que o ingresso às carreiras se dá mediante concurso (Cód. Jud., arts. 213 e 221; dec.-lei n. 159, de 28.10.69, art. 5º), disciplinando o acesso (Cód. Jud., arts. 218 e 222-224), impondo um regime disciplinar aos serventuários (Cód. Jud., arts. 233-246); o regime disciplinar dos servidores da Justiça é o do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado (Cód. Jud., art. 220). Para os servidores dos tribunais legislam estes próprios (Const., art. 96, inc. I, b). Do impedimento dos auxiliares diz a lei processual (CPC, art. 138, inc. II; CPP, art. 274).

Entre os auxiliares permanentes da Justiça, recebem especial realce da doutrina o *escrivão* e o *oficial de justiça*, que fazem parte do "esquema fixo" dos juízos, participando invariavelmente de todos os processos (embora, além deles, seja também constante a presença do *distribuidor*). O Código Judiciário cuida também do *contador*, do *partidor* e do *depositário público* (arts. 197 e 200).

Na Justiça do Trabalho o *escrivão* tem o nome de *chefe de secretaria* (CLT, art. 710); há também o *oficial de justiça avaliador* (CLT, art. 721).

O *escrivão* tem, no processo, as funções de: a) documentar os atos processuais (CPC, art. 141, inc. III); b) movimentar a relação processual (art. 141, incs. I e II); c) dar certidões dos processos (art. 141, inc. V); d) zelar pelos autos dos processos (art. 141, inc. VI). O Código de Processo Penal refere-se ao *escrivão* em diversos dispositivos (arts. 305, 370, par. ún., 389, 390, 793, 799 e 808), dando-lhe inclusive o encargo de realizar certas intimações (arts. 305 e 370, parágrafo único). Há um *escrivão*, bem como o respectivo *ofício de justiça*, junto a cada juízo (nas comarcas de uma só vara, ordinariamente dois *ofícios* e dois *escrivães*).

Do ponto-de-vista administrativo, o *escrivão* é também um chefe de seção (*ofício de justiça*), com funcionários subalternos sob sua direção (*escreventes*); e a lei processual permite que o *escrivão* se faça substituir por um *escrevente* na realização de atos de seu *ofício* (CPC, art. 141, III; CPP, art. 808). Os *serventuários*, no cargo de *escrivão*, exercem anormalmente uma função pública em caráter privado e desfrutam de privilégios outorgados pela Constituição e pela lei (sendo que aqueles nomeados até 15 de março de 1967 têm a garantia de vitaliciedade). O art. 31 do Ato das Disposições Transitórias da Constituição Federal, porém, dita a regra da oficialização de todas as *serventias* do foro judicial, respeitadas os direitos adquiridos pelos atuais titulares. No Estado de São Paulo, já ao tempo da anterior Constituição Federal

a oficialização dos cartórios do chamado “foro judicial” chegou a um índice bastante elevado.

A função do escrivão foi a primeira a se destacar do ofício do juiz e sua posição no processo é tão importante que um autor antigo, certamente exagerando-a, chegou a dizer que os sujeitos processuais básicos não são três, mas quatro: juiz, autor, réu e escrivão.

O *oficial de justiça* é, tradicionalmente, encarregado das diligências externas do juízo (CPC, art. 143; CLT, art. 721), como sejam: a) atos de comunicação processual (citação, intimação); b) atos de constrição judicial (penhora, arresto, seqüestro, busca-e-apreensão, prisão). Incumbe-lhe também “estar presente às audiências e coadjuvar o juiz na manutenção da ordem” (art. 143, inc. IV), o que é tipicamente uma função de *porteiro*.

Essa última função era cometida, no Código de Processo Civil anterior, ao *porteiro dos auditórios* (CPC-39, arts. 125 e 264). Transferidas algumas funções deste ao oficial de justiça, o novo Código deu a impressão de pretender eliminar a figura do porteiro, mas a este continua fazendo referências, como se vê no trato da *arrematação* que tem lugar no processo de execução forçada (v. arts. 688, par. ún., e 694).

O oficial de justiça deve cumprir estritamente as ordens do juiz, não lhe cabendo entender-se diretamente com a parte interessada no desempenho de suas funções; percebe vencimentos fixos e mais os emolumentos correspondentes aos atos funcionais praticados (no Estado de São Paulo vige o Regimento de Custas, consubstanciado na lei n. 4.476, de 20 de dezembro de 1984, complementado por tabelas que são periodicamente atualizadas).

Essa estrita subordinação ao juiz é ligada às origens humildes dos *meirinhos*, nas Ordenações Filipinas (Liv. III, Cap. 76), cuja função era “executar as coisas da Justiça e fazer o que lhes mandam”; nas próprias Ordenações havia ainda o *caminheiro*, ou *viador*, com a função de levar os autos de uma para outra instância; e, no direito português mais antigo, os *andadores dos juizes*. No direito francês, alemão e italiano, todavia, desfruta o oficial de justiça de posição bem mais independente, realizando inclusive citações e (conforme o caso) até atos de execução sem mandado judicial.

O *distribuidor* tem funções que se ligam diretamente à existência de mais de um escrivão no mesmo foro: ele distribui os feitos entre estes, segundo o critério instituído em lei (v. CPC, arts. 251-257; CLT, arts. 713-715).

O *contador* é encarregado de fazer cálculos em geral, como o das custas do processo ou, no inventário, do imposto a pagar (CPC, art. 1.012). Realiza também o cálculo do valor devido na execução, quando o credor for pobre ou o juiz suspeitar de que está sendo cobrado um valor excessivo em relação ao título executivo (art. 604, § 2º).

O *partidor* realiza as partilhas (CPC, arts. 1.022 ss.), que têm oportunidade, precipuamente, nos inventários.

O *depositário público* tem por função a guarda e conservação de bens que estejam sob a sujeição do juízo (penhorados, arrestados, seqüestrados, apreendidos, dados em fiança no processo criminal – CPC, art. 148; CPP, art. 331).

O Código de Processo Civil cuida da figura do *administrador*, com funções análogas às do depositário, mas referentes aos processos em que o juiz conceda o impropriamente chamado “usufruto judicial” (CPC, arts. 716-729; v. tb. arts. 148-150); no entanto, até que as leis de organização judiciária criem o cargo de administrador, ou cometam as suas funções ao próprio depositário público, não se trata de auxiliar permanente, mas eventual, da Justiça, o qual será nomeado pelo juiz, caso por caso (CPC, art. 719).

Nos juizados especiais cíveis haverá ainda, como auxiliares permanentes, o juiz leigo, o conciliador e o secretário (funções de escrivania). Os juízes leigos exercem também as funções de árbitro (LJE, arts. 7º, 14, § 3º, e 24).

119. auxiliares eventuais da Justiça (órgãos de encargo judicial)

Muitas funções auxiliares são desempenhadas por pessoas que não ocupam cargo algum na administração da Justiça, sendo nomeadas *ad hoc* pelo juiz. Trata-se do *perito*, do *intérprete*, do *depositário particular* e do *administrador*, do *síndico*, do *comissário* e do *inventariante*.

Perito é aquele que vem cooperar com o juízo, realizando exames, vistorias ou avaliações que dependam de conhecimentos técnicos que o juiz não tem (CPC, art. 145 c/c art. 420). Assim, o *avaliador* é um perito, merecendo destaque a função do *arbitrador*, que é encarregado de realizar estudos e indicar o valor de uma obrigação (honorários, indenização etc. – v. CPC, arts. 18, § 2º, 606 e 607). Há também o arbitrador que oficia nas ações demarcatórias (art. 956). São peritos todos os engenheiros, médicos, contadores etc. que venham trazer ao juízo a cooperação de seus trabalhos especializados.

O perito, uma vez nomeado, assume formalmente o compromisso de desempenhar fielmente o *munus* (CPC, art. 422; CPP, art. 159, § 2º), respondendo civil e penalmente (CP, art. 342) pelos prejuízos que, através de informações inverídicas, vier a causar à parte (CPC, art. 147).

Recebe o nome de *laudo* o parecer que o perito apresenta ao juiz, relatando o trabalho feito e formulando conclusões. O laudo não vincula o juiz: o perito é mero auxiliar e este fica livre para decidir segundo sua convicção, ainda contra as conclusões do laudo (CPC, arts. 131 e 436; CPP, art. 182).

O *intérprete* (que, bem pensado, é também um perito) tem funções ligadas aos seus conhecimentos de: a) língua estrangeira; b) linguagem mímica dos surdos-mudos (CPC, art. 151).

O *depositário particular* tem as mesmas funções do depositário público, nas hipóteses do art. 666 do Código de Processo Civil.

O próprio executado, proprietário do bem penhorado, se recebe em depósito o bem, será, a partir desse momento, um auxiliar eventual da Justiça (na qualidade de depositário).

O síndico, o comissário e o inventariante são os administradores que o juiz nomeia para a falência, para a concordata ou para o inventário (LF, arts. 59 ss.; CPC, arts. 990 ss.).

O *administrador judicial* e o *inventariante* são os administradores nomeados pelo juiz para a recuperação judicial de empresa, para a falência, para o inventário e, em alguns casos, para a execução por quantia (CPC, arts. 148-150, 716-729 e 990 ss.; LF, arts. 22 ss.).

120. auxiliares eventuais da justiça (órgãos extravagantes)

Para o desempenho das funções jurisdicionais, muitas vezes o juiz necessita da cooperação de diversas entidades (públicas ou privadas), como por exemplo: a) a Empresa de Correios e Telégrafos, para a expedição de precatórias, de cartas citatórias; b) a Imprensa Oficial do Estado e as empresas jornalísticas particulares, para a publicação de editais; c) a Polícia Militar nos casos de resistência aos oficiais de justiça; d) os órgãos pagadores de entidades públicas e privadas, encarregados de descontar em folha a prestação de alimentos devida pelo funcionário ou empregado (CPC, art. 734; lei n. 5.478, de 25.7.68, art. 16). Tais órgãos, que não são em si mesmos auxiliares da Justiça, fun-

cionam como tais no momento em que prestam sua cooperação ao desenvolvimento do processo.

121. fé-pública

O escrivão e o oficial de justiça têm *fé pública*, o que significa que suas certidões são havidas por verdadeiras, sem qualquer necessidade de demonstração de sua correspondência à verdade, até que o contrário seja provado (presunção *juris tantum*).

O escrivão e o oficial de justiça são, assim, ao lado dos órgãos do chamado *foro extrajudicial*, dotados de fé pública; e, como já se disse, esse traço comum tem contribuído para considerar-se, erroneamente, que estes também sejam auxiliares da Justiça.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. XIII.

Calamandrei, *Instituzioni*, II, §§ 101, 102, 103 e 105.

Carnelutti, *Instituzioni*, I, nn. 114-120.

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 338-339 e 340-368.

Marques, *Instituições*, I, cap. IV.

_____. *Manual*, I, cap. VII, § 26.

CAPÍTULO 23

MINISTÉRIO PÚBLICO

122. noção, funções, origens

O Ministério Público é, na sociedade moderna, a instituição destinada à preservação dos valores fundamentais do Estado enquanto comunidade. Define-o a Constituição como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127).

Esses valores recebem a atenção dos membros do *Parquet*, seja quando estes se encarregam da persecução penal, deduzindo em juízo a pretensão punitiva do Estado e postulando a repressão ao crime (pois este é um atentado aos valores fundamentais da sociedade), seja quando no juízo civil os *curadores* se ocupam da defesa de certas instituições (registros públicos, fundações, família), de certos bens e valores fundamentais (meio-ambiente, valores artísticos, estéticos, históricos, paisagísticos), ou de certas pessoas (consumidores, ausentes, incapazes, trabalhadores acidentados no trabalho).

É que o Estado social de direito se caracteriza fundamentalmente pela proteção ao fraco (fraqueza que vem de diversas circunstâncias, como a idade, estado intelectual, inexperiência, pobreza, impossibilidade de agir ou compreender) e aos direitos e situações de abrangência comunitária e portanto transindividual, de difícil preservação por iniciativa dos particulares. O Estado contemporâneo assume por missão garantir ao homem, como categoria universal e eterna, a preservação de sua condição humana, mediante o acesso aos bens necessários a uma existência digna – e um dos organismos de que dispõe para realizar essa função é o Ministério Público, tradicionalmente apontado como instituição de proteção aos fracos e que hoje desponta como

agente estatal predisposto à tutela de bens e interesses coletivos ou difusos.

Em sua origem mais remota, o Ministério Público não tinha exatamente essa função: foi numa *ordonnance* francesa do início do século XIV que pela primeira vez se fez menção a ele, porém na qualidade de mero encarregado da defesa judicial dos interesses do soberano (*gens du roi*).

Até tempos relativamente recentes tinha o Ministério Público brasileiro o encargo anômalo de representação dos interesses do Poder Executivo em juízo (Const. 67, art. 126); essa função destoava inteiramente dos objetivos da Instituição e contribuía para o enfraquecimento da independência dos membros desta. Por isso, a Constituição de 1988 veda-lhe expressamente “a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas” (art. 129, inc. IX).

Ainda que, como ensina a doutrina mais autorizada, a verdadeira origem da Instituição seja na França, identificam-se nos *procuradores Caesaris* remotos precursores dos atuais promotores e curadores (embora apenas com funções de defensores do patrimônio do imperador). No Egito de 4.000 anos aC um corpo de funcionários com atribuições que substancialmente se assemelham às do Ministério Público moderno era encarregado de: “I – ser a língua e os olhos do rei do país; II – castigar os rebeldes, reprimir os violentos, proteger os cidadãos pacíficos; III – acolher os pedidos do homem justo e verdadeiro, perseguindo o malvado e mentiroso; IV – ser o marido da viúva e o pai do órfão; V – fazer ouvir as palavras da acusação, indicando as disposições legais aplicáveis em cada caso; VI – tomar parte nas instruções para descobrir a verdade”.

123. Ministério Público e Poder Judiciário

A definição constitucional do Ministério Público, já transcrita, coloca-o como “instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado” (v. tb. a Lei Orgânica do Ministério Público, lei n. 8.625, de 12.2.93, art. 1^ª). Tal texto encontra-se no capítulo constitucional dedicado às “funções essenciais à Justiça” (ao lado da Advocacia-Geral da União e da Defensoria Pública – v. Tít. IV, Cap. IV). O Ministério Público é, portanto, configurado no Brasil como instituição autônoma, que não integra o Poder Judiciário embora desenvolva as suas funções essenciais, primordialmente, no processo e perante os juízos e tribunais.

A emenda n. 1 à Constituição de 1967 colocava o Ministério Público entre os órgãos do Poder Executivo (Tít. I, Cap. VII, Seç. VII, arts.

94-96), ao contrário do que se dava no texto original de 1967, que o incluía no Poder Judiciário. Em outros países, como na Itália, inexistia o Ministério Público como instituição: as suas funções pertencem ao próprio Poder Judiciário e os magistrados ora desempenham funções de juiz (magistratura judicante), ora de órgãos do Ministério Público (magistratura requerente).

Oficiando os membros do Ministério Público junto ao Poder Judiciário e compondo-se este de diversos organismos distintos (o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e as *Justiças* comuns e especiais, da União e dos Estados), é compreensível que também o Ministério Público se apresente diversificado em vários organismos separados, cada um deles oficiando perante um daqueles.

Assim, a Constituição apresenta o Ministério Público da União integrado pelo Ministério Público Federal (oficiando perante o Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Justiça Federal), Ministério Público do Trabalho (Justiça do Trabalho), Ministério Público Militar (Justiça Militar da União) e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Justiça do Distrito Federal e Territórios) (art. 128, inc. I). Não existe mais cada um desses corpos como instituição autônoma. Autônomo é o Ministério Público de cada Estado, oficiando perante a respectiva Justiça, de que se falará ainda neste tópico.

A lei complementar n. 75, de 20.5.93, que é a Lei Orgânica do Ministério Público da União, dispõe sobre o Ministério Público Federal (arts. 37-82), sobre o Ministério Público Militar (arts. 116-148), sobre o Ministério Público do Trabalho (arts. 83-115) e sobre o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (arts. 149-181), dizendo-os todos *independentes entre si* (art. 32).

Há, além disso, junto à Justiça de cada Estado, um Ministério Público Estadual (Const., art. 128, inc. II). Eles são organizados segundo as normas gerais contidas na própria Constituição e na Lei Orgânica federal que dá normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados (lei n. 8.625, de 12.2.93). A Constituição prevê leis complementares da União e dos Estados, de iniciativa dos respectivos Procuradores-Gerais, as quais devem estabelecer “a organização, as atribuições e o estatuto” do Ministério Público da União e dos estaduais segundo os princípios, garantias e regras fixadas a nível constitucional (art. 128, § 5º).

Cada Estado organiza o seu *Parquet* mediante legislação própria e a do Estado de São Paulo é a lei orgânica n. 734, de 26 de novembro de 1993.

124. princípios

Dois princípios básicos informam tradicionalmente a instituição do Ministério Público: a) o da unidade; b) o da independência funcional – ambos erigidos à dignidade constitucional na ordem vigente (Const., art. 127, § 1º).

Ser *una e indivisível* a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que oficiam (quem está na relação processual é o Ministério Público, não a pessoa física de um promotor ou curador).

Ser *independente* significa, em primeiro lugar, que cada um de seus membros age segundo sua própria consciência jurídica, com submissão exclusivamente ao direito, sem ingerência do Poder Executivo, nem dos juízes e nem mesmo dos órgãos superiores do próprio Ministério Público (v. lei n. 8.625, de 12.2.93, art. 1º, par. ún.). Por outro lado, a independência do Ministério Público como um todo identifica-se na sua competência para “propor ao Poder Legislativo a criação e extinção de seus cargos e serviços auxiliares, provendo-os por concurso público de provas e títulos” (Const., art. 127, § 2º) e para elaborar “sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias” (art. 127, § 3º).

Manifestação do primeiro desses princípios é a possibilidade que tem o chefe da Instituição de avocar inquéritos, bem como a de substituir membros do Ministério Público em suas funções, ou a de delegar funções. Na doutrina, questionou-se a legitimidade dessas interferências, que violariam a garantia do “promotor natural”.

Em virtude do princípio da independência, o órgão do Ministério Público (em qualquer instância) não está ligado aos interesses do Estado *pro domo sua*: assim, por exemplo, é absolutamente livre para opinar como lhe parecer de justiça nos mandados de segurança e nas ações patrimoniais em que o Estado for parte.

A Constituição de 1988, inovando e valorizando a instituição do Ministério Público, define as *funções institucionais* deste, ou seja, os encargos que o caracterizam e identificam em face dos demais agentes ou organismos. Merece destaque especialíssimo, por dizer respeito à própria essência do *Parquet* e sua legitimação na sociedade e no Estado contemporâneos, a *responsabilidade de* “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos di-

reitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, inc. II).

Outras regras de primordial importância, também ali contidas, são a *exclusividade da ação penal pública* (inc. I) e a titularidade da ação civil pública “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (inc. III) etc. A proibição de prestar serviços a entidades públicas (inc. IX) é também um fator de valorização do Ministério Público e sua independência, a qual fica valorizada, ainda, pelas limitações impostas ao Chefe do Executivo, para a nomeação e destituição do Procurador-Geral (v. *infra*, n. 125).

Além disso, existem algumas *regras fundamentais* estabelecidas na Lei Orgânica (federal) do Ministério Público Estadual (lei n. 8.625, de 12.2.93). Seu art. 59 pressupõe a organização do Ministério Público dos Estados *em carreira*, o que não está dito diretamente na própria lei nem na Constituição mas resulta de diversas referências no texto constitucional (art. 128, §§ 1º e 3º, art. 129, §§ 2º e 3º etc.).

125. *garantias*

A Constituição oferece uma série de garantias ao Ministério Público como um todo e aos seus membros (arts. 127-130). Elas amparam na mesma medida o Ministério Público da União e o dos Estados, sendo que ao Ministério Público estadual e seus integrantes a Lei Orgânica também dedica algumas garantias.

Entre as *garantias do Ministério Público como um todo* destacam-se: a) sua estruturação em carreira (*supra*, n. 124); b) sua relativa autonomia administrativa e orçamentária (Const., art. 127, §§ 2º e 3º); c) limitações à liberdade do Chefe do Executivo para a nomeação e destituição do Procurador-Geral (Const., art. 128, §§ 1º a 4º); d) a exclusividade da ação penal pública e veto à nomeação de promotores *ad hoc* (Const., art. 129, inc. I e § 2º).

Aos promotores individualmente são estas as principais garantias outorgadas pela Constituição e Lei Orgânica: a) o triplice predicado da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos, tradicionalmente reservados aos juizes e agora concedidos aos promotores de justiça na mesma dimensão que a estes (art. 128, § 5º, inc. I – v. *supra*, nn. 86-87); b) ingresso aos cargos iniciais mediante concurso de provas e títulos, “observada, nas nomeações, a ordem de classificação” (art. 129, § 3º); c) promoção voluntária, por antiguidade e me-

recimento, alternadamente, de uma para outra entrância ou categoria e da entrância ou categoria mais elevada para o cargo de Procurador de Justiça, aplicando-se, por assemelhação, o disposto no art. 93, incs. III e VI, da Constituição Federal (LOMP, art. 61, inc. I), “com prevalência de critérios de ordem objetiva” para a apuração da antiguidade e do merecimento (inc. II); d) sujeição à competência originária do Tribunal de Justiça, “nos crimes comuns e nos de responsabilidade”, ressalvada exceção de ordem constitucional (LOMP, art. 40, inc. IV).

A vitaliciedade vale muito mais que a mera estabilidade, antes concedida, porque condiciona a perda do cargo à existência de sentença judicial que a imponha; enquanto que a estabilidade limita-se a garantir a realização de regular processo administrativo (LOMP, art. 38, inc. I).

A Constituição (art. 129) e a Lei Orgânica falam ainda em certas atribuições, entre as quais arrolam verdadeiras prerrogativas: a) promover diligências e requisitar documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta; b) expedir notificações; c) acompanhar atos investigatórios junto a organismos policiais; d) requisitar informações, resguardando o direito de sigilo; e) assumir a direção de inquéritos policiais, quando designados pelo Procurador-Geral (v. LOMP, arts. 25 e 40).

126. impedimentos e mecanismos de controle

A Constituição Federal de 1988, haurindo o espírito da anterior LOMP (lei compl. 40, de 14.12.81) e de algumas Constituições e leis estaduais precedentes, impõe aos membros do Ministério Público uma série de impedimentos destinados a preservar-lhes a independência funcional e, por via desta, a indispensável imparcialidade no exercício de suas funções. Além do veto à representação judicial e consultoria de entidades públicas (art. 129, inc. IX), consigna ainda o do *exercício da advocacia* (art. 128, § 5º, inc. I, b) o de receber honorários, percentuais ou custas (letra a), o de participar de sociedade comercial (letra c), o do exercício de outra função pública, salvo uma de magistério (letra d), e o de atividades político-partidárias (letra e) e o de “receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei” (letra f) – aplicando-se ainda aos promotores em geral a chamada *quarentena*, ou seja, a proibição de “exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do

afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração” (Const., art. 128, § 6º, c/c art. 95, par., inc. v, red. EC n. 45, de 8.12.04).

A sadia proibição de exercer a advocacia vem da legislação paulista. A experiência, que sobreviveu em vários Estados, mostrou que o promotor-advogado falha na devida dedicação à sua nobre função pública e comumente dá preponderância aos interesses da banca, além de perder a indispensável imparcialidade. Aqueles que clandestinamente continuarem advogando incorrem em grave falta funcional.

Infelizmente, por casuismo e atendendo a notórios interesses espúrios, o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias permitiu aos promotores que já o eram quando da promulgação da Carta de 1988 optar pelo regime precedente, quanto às vedações. Com isso, só para os novos integrantes da Instituição prevalece o veto aos afastamentos indiscriminados e por tempo indeterminado, para prestar serviços de qualquer natureza a órgãos do Poder Executivo. O Ministério Público não será uma Instituição realmente independente e dotada de toda a desejável postura altaneira, enquanto tais ligações não tiverem fim.

Em simetria com o que se dá em relação à Magistratura, para a efetividade da observância dos impedimentos e cumprimento dos deveres também pelos promotores, oficiará um órgão censório, que é o *Conselho Nacional do Ministério Público*, dotado de poderes análogos ao do Conselho Nacional de Justiça (Const., art. 130-A). Esse Conselho poderá ser provocado por qualquer interessado ou pelas *ouvidorias do Ministério Público*, às quais tocará esse relevante papel de captação e encaminhamento de reclamações contra condutas irregulares (art. 130-A, § 2º, inc. III, e § 5º – *supra*, n. 83-A). O Conselho Nacional do Ministério Público será composto por oito representantes do *Parquet*, entre eles o Procurador-Geral da República, ao lado de dois magistrados, dois advogados e “dois cidadãos de notável saber jurídico e reputação ilibada, indicados um pela Câmara dos Deputados e outro pelo Senado Federal” (art. 130-A, incs. I-VI).

127. órgãos do Ministério Público da União

A chefia do Ministério Público da União é exercida pelo Procurador-Geral da República, nomeado pelo Presidente da República após aprovação pelo Senado Federal. Constitui sadia inovação constitucional a regra da escolha necessariamente entre integrantes da carreira e com a investidura garantida por dois anos, permitida uma recondução. Com isso, afastam-se as nomeações por critérios pessoais ou políticos e assegura-se boa dose de autonomia funcional. A destituição antes de

findo o prazo constitucionalmente previsto depende de autorização pela maioria absoluta do Senado Federal (Const., art. 128, §§ 1º e 2º).

As carreiras do Ministério Público da União são distintas, segundo os ramos em que se divide a Instituição, a saber: Ministério Público Federal, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (lei compl. n. 75, de 20.5.93, art. 32). O Procurador-Geral da República, sendo chefe do Ministério Público da União, é quem exerce, direta ou indiretamente, a direção geral da Instituição (art. 128, § 1º).

Os procuradores da República (integrantes do Ministério Público Federal) oficiam não só perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, como ainda perante todos os órgãos da Justiça Federal e da Justiça Eleitoral. Perante a Justiça do Trabalho oficia o Ministério Público do Trabalho e perante a Justiça Militar, o Ministério Público Militar (lei compl. n. 75, de 20.5.93, arts. 37, 83, 116 *etc.*). Como é natural, o Ministério Público da União não tem funções perante as Justiças dos Estados.

Com o sadio veto constitucional à representação e consultoria a órgãos estatais (art. 129, inc. IX) e correlata implantação da Advocacia-Geral da União (arts. 131-133), o Ministério Público da União fica afastado daquelas funções espúrias, que até um passado relativamente próximo comprometiam sua independência funcional e intelectual. Mas, infelizmente, são muitos os procuradores que ainda não se conscientizaram dessa modificação e mantêm um linha de obcecada defesa dos cofres públicos.

128. órgãos do Ministério Público estadual

Fiel à Lei Orgânica Federal, a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de São Paulo (lei compl. n. 734, de 26.11.93) indica os órgãos do *Parquet* estadual: a) órgãos de *administração superior* (Procuradoria-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores, Conselho Superior do Ministério Público e Corregedoria-Geral do Ministério Público); b) órgãos de *administração do Ministério Público* (Procuradorias de Justiça e Promotorias de Justiça); c) órgãos de *execução* (Procurador-Geral da Justiça, Colégio de Procuradores da Justiça, Conselho Superior do Ministério Público, procuradores de justiça, promotores de justiça); d) órgãos *auxiliares* (centros de apoio operacional, Comissão de Concurso, Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Profissional, órgãos de apoio técnico e administrativo, estagiários) (v. art. 7º).

A Procuradoria-Geral da Justiça e o próprio *Parquet* estadual são dirigidos pelo Procurador-Geral da Justiça, que será necessariamente

membro da carreira (procurador de justiça ou não) e figurante de uma lista tríplice apresentada pelo Ministério Público ao Governador. O Procurador-Geral da Justiça é investido por dois anos, podendo ser reconduzido uma vez somente e só será destituído antes do prazo mediante deliberação secreta da Assembléia Legislativa, exigido o *quorum* de dois-terços (Const. SP, art. 94, incs. II-III; Const. Fed., art. 128, § 3º).

O Colégio de Procuradores, como órgão de administração superior de execução, é composto por todos os procuradores da justiça e presidido pelo Procurador-Geral da Justiça. Suas funções são exercidas por um Órgão Especial composto de quarenta-e-dois procuradores de justiça, para tanto escolhidos segundo os critérios fixados em lei (arts. 22-24).

O Conselho Superior do Ministério Público, presidido pelo Procurador-Geral, é composto de onze procuradores da justiça, sendo nove eleitos (art. 26). Ele tem a precípua função de indicar promotores em lista tríplice para a promoção por merecimento; indica também os membros da Comissão de Concurso etc. (art. 36).

A Corregedoria-Geral é o órgão censório do Ministério Público e o Corregedor-Geral é eleito pelo Colégio de Procuradores pelo prazo de dois anos (art. 19).

Os *órgãos de execução* exercem suas funções perante a Justiça Estadual (ordinária e militar), assim como perante a Justiça Eleitoral (arts. 116-121). A partir do disposto no art. 129 da Constituição Federal e na Lei Orgânica Federal, a vigente Lei Orgânica do Ministério Público imprimiu uma extraordinária dinâmica à atuação do *Parquet* estadual pelos seus órgãos de execução, seja no processo criminal, na ação civil pública, no inquérito civil e no policial, no atendimento ao público – especialmente ao consumidor etc.

Os cargos do Ministério Público estadual são estruturados em *carreira*, em forma bastante simétrica e análoga à da carreira da Magistratura paulista. O *ingresso* dá-se no cargo de promotor de justiça substituto, havendo necessidade de confirmação na carreira após dois anos de exercício (arts. 128 ss.). As *promoções* (para as diversas entrâncias e para a Procuradoria) são feitas, alternadamente, pelos critérios do merecimento e antiguidade (LOMP-SP, art. 133).

Seja na Capital ou no interior, há promotores de justiça em exercício perante juízos criminais ou cíveis (a lei vigente já não fala em *curadores*). A Lei Orgânica (art. 294, § 6º) discrimina-os em promotores de justiça (a) especializados, (b) cumulativos ou gerais. Os especializados são promotores de justiça (a) de falências, (b) de acidentes do trabalho, (c) de família, (d) da infância e juventude, (e) de registros públicos, (f) do meio ambiente, (g) do consumidor, (h) de mandados

de segurança, (i) da cidadania, (j) da habitação e urbanismo, (k) de execuções criminais, (l) dos Tribunais do Júri e (m) da Justiça Militar (art. 295). Por aí se vê a larguíssima gama de funções assumidas pelo Ministério Público moderno, como reflexo das novas tendências do direito de massa e da tutela jurisdicional coletiva.

Perante os juizados especiais oficia sempre pelo menos um membro do Ministério Público, sob pena de inviabilidade do próprio juizado (lei 9.099, de 26.9.95, art. 56).

Os procuradores da justiça oficiam perante o Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça Militar e os Tribunais de Contas do Estado e do Município da Capital (LOMP-SP, arts. 119-120).

Os estagiários (acadêmicos do 4º e 5º anos das Faculdades) integram transitoriamente os quadros do Ministério Público e auxiliam os promotores de justiça no exercício de suas funções, sem vínculo estatutário ou empregatício com o Estado (arts. 76-79).

128-A. Conselho Nacional do Ministério Público

De modo muito análogo ao que dispõe com referência à Magistratura (*supra*, n. 83-A), manda a Constituição Federal que o Ministério Público seja submetido a controle pelo *Conselho Nacional do Ministério Público*, um colegiado misto do qual participam oito membros da própria Instituição, entre os quais o Procurador-Geral da República, ao lado de outros seis conselheiros de outras origens institucionais (dois magistrados, dois advogados e dois indicados pelas Casas do Congresso Nacional). Compete-lhe zelar pela autonomia do *Parquet* e regularidade no exercício de suas funções, com poder censório e disciplinar sobre os promotores (Const., art. 130-A, red. EC n. 45, de 8.12.04). Sempre em paralelismo com o Conselho Nacional de Justiça, o Conselho Nacional do Ministério Público não é um órgão de atuação no processo, ou um *órgão de execução*, mas puramente censório e administrativo.

bibliografia

Amaral Santos, *Primeiras linhas*, I, cap. XII.

Calamandrei, *Instituzioni*, II, §§ 121-122.

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 338-339 e 369-374.

Freitas Camargo, "Perspectiva do Ministério Público na conjuntura constitucional brasileira".

Frontini, "Ministério Público, Estado e Constituição".

Marques, *Instituições*, I, cap. V.

_____. *Manual*, I, cap. VII, § 3º, b.

Penteado e outros, "Ministério Público: órgão de Justiça".

Petrocelli, "O Ministério Público, órgão de Justiça".

Spagna Musso, "Problemas constitucionais do Ministério Público na Itália".

Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 291 ss.

CAPÍTULO 24

O ADVOGADO

129. noções gerais

Dá-se o nome de *jurista* às pessoas versadas nas ciências jurídicas, como o professor de direito, o jurisconsulto, o juiz, o membro do Ministério Público, o advogado. Como o mister da advocacia se insere na variada gama de atividades fundadas nos conhecimentos especializados das ciências jurídicas, o advogado aparece como integrante da categoria dos juristas, tendo perante a sociedade a sua função específica e participando, ao lado dos demais, do trabalho de promover a observância da ordem jurídica e o acesso dos seus clientes à ordem jurídica justa.

A Constituição de 1988 deu, pela primeira vez, estatura constitucional à advocacia, institucionalizando-a no Cap. IV de seu Título IV (denominado “da organização dos Poderes”), entre as “funções essenciais à Justiça”, ao lado do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União. Assim, a seção III desse capítulo trata “da Advocacia e da Defensoria Pública”, prescrevendo, no 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 art. 2º da lei 8.906, de 4 de julho de 1994 – Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – reafirma a indispensabilidade do advogado à administração da justiça, no *caput*; e, no § 3º do mesmo dispositivo, estabelece sua inviolabilidade por atos e manifestações ocorridos no exercício da profissão, nos limites da própria lei (art. 7º, § 2º).

Por outro lado, em face do objetivo específico da advocacia e tendo em vista que a denominação *advogado* é privativa dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil, conceitua-se este como o *profissio-*

nal legalmente habilitado a orientar, aconselhar e representar seus clientes, bem como a defender-lhes os direitos e interesses em juízo ou fora dele. Com efeito, prescreve o art. 1º, do Estatuto: “são atividades privativas da advocacia: I – a postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais; II – as atividades de consultoria, assessoria e direção jurídicas”.

O vigente Estatuto tem suscitado polêmicas, sendo tachada de corporativista. Objeto de ação direta de inconstitucionalidade com relação a vários de seus dispositivos, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia do artigo que prescreve a obrigatoriedade do advogado perante os juizados especiais, vislumbrando na prescrição legal ofensa ao princípio constitucional de amplo acesso à justiça.

Do exposto deduz-se que as atividades do advogado se desdobram em duas frentes: a advocacia judicial e a extrajudicial. A primeira, de caráter predominantemente contencioso (com a ressalva relativa à jurisdição voluntária); a segunda, eminentemente preventiva. Num curso de direito processual como este, concentra-se a atenção, naturalmente, no aspecto judicial da advocacia.

Disse a mais conceituada doutrina que o advogado, na defesa judicial dos interesses do cliente, age com legítima *parcialidade institucional*. O encontro de parcialidades institucionais opostas constitui fator de equilíbrio e instrumento da imparcialidade do juiz.

Expresso, nesse sentido, o § 2º do art. 211 do Estatuto: “no processo judicial, o advogado contribui, na postulação de decisão favorável ao seu constituinte, ao convencimento do julgador, e seus atos constituem *múnus público*”. Sobre a natureza jurídica da advocacia, v. *infra*, n. 132.

130. *Defensoria Pública*

A institucionalização da Defensoria Pública (Const., art. 134) constitui séria medida direcionada à realização da velha e descumprida promessa constitucional de assistência judiciária aos necessitados. A Constituição fala agora, mais amplamente, em “assistência *jurídica* integral e gratuita” (art. 5º, inc. LXXIV), a qual inclui também o patrocínio e orientação em sede extrajudicial (*advocacia preventiva*); o emprego do adjetivo *jurídica*, em vez de *judiciária*, foi ditado exatamente por essa intenção de ampliar a garantia. Às Defensorias Públicas da União, Estados e Distrito Federal incumbem “a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados” (art. 134). De

grande relevância é também sua legitimidade ativa para a ação civil pública, com a qual a Defensoria Pública se integra ao sistema da tutela jurisdicional coletiva (LACP, art. 5º, inc. II, red. lei n. 11.448, de 15.1.07).

Dado o valor da assistência jurídica aos necessitados na sociedade contemporânea (a atenção a ela constituiu uma das *ondas renovatórias* do direito processual moderno: *supra*, n. 13), as Defensorias Públicas são consideradas *instituições essenciais à função jurisdicional do Estado* (art. 134) e estão incluídas em capítulo constitucional ao lado do Ministério Público e da Advocacia-Geral da União (Tít. IV, Cap. IV, arts. 127 ss.). O § 2º do art. 134 da Constituição Federal, trazido pela emenda constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, assegura-lhes *autonomia funcional e administrativa*, para que possam desempenhar eficientemente e com independência as suas funções.

As Defensorias são essenciais, a teor do disposto no art. 134 da Constituição, perante todos os juízos e tribunais do país. Por essa razão, não só a União estruturará adequadamente a sua, como também os Estados deverão fazê-lo (art. 134, § 1º). A função de Defensoria perante os juizados especiais é essencial à própria existência destes (lei 9.099, de 26.9.95, art. 56).

No Estado de São Paulo só no ano de 2006 veio a ser promulgada uma lei complementar implantando a Defensoria Pública como instituição autônoma (lei compl. n. 988, de 9.1.06; v. Const-SP, art. 103); as funções de assistência judiciária pelo Estado vinham sendo exercidas pela Procuradoria de Assistência Judiciária (PAJ), integrante da Procuradoria-Geral do Estado.

131. a Advocacia-Geral da União

A Advocacia-Geral da União é o organismo criado pela Constituição de 1988 e instituído pela lei complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993 para a advocacia judicial e extrajudicial da União (que inclui as atividades de consultoria) (Const., art. 131). Somente a cobrança judicial executiva da dívida ativa tributária é que fica a cargo de outra instituição federal, a Procuradoria da Fazenda Nacional (Const., art. 131, § 3º). A Advocacia-Geral da União tem por chefe o Advogado-Geral da União, de livre nomeação do Presidente da República e sem as garantias de que dispõe o Procurador-Geral da República (Const., art. 131, § 1º – *supra*, n. 127).

Em simetria com esse organismo representativo na ordem federal, nas estaduais existem as Procuradorias-Gerais do Estado.

132. natureza jurídica da advocacia

Diz-se tradicionalmente que a advocacia é uma atividade privada, que os advogados são profissionais liberais e que se prendem aos clientes pelo vínculo contratual do mandato, combinado com locação de serviço.

Modernamente formou-se outra corrente doutrinária, para a qual, em vista da indispensabilidade da função do advogado no processo, a advocacia tem caráter público e as relações entre patrono e cliente são reguladas por contrato de direito público.

Diante de nosso direito positivo parece mais correto conciliar as duas facções, considerando-se a advocacia, ao mesmo tempo, como *ministério privado* e *indispensável serviço público* (Const., art. 133; lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, art. 2º, §§ 1º e 2º), para concluir que se trata do *exercício privado de função pública e social*. Assim é que o mandato judicial institui uma representação voluntária no que toca à sua outorga e escolha do advogado, mas representação legal no que diz respeito a sua necessidade e ao modo de exercê-la.

Em regra, o advogado postulará em juízo ou fora dele fazendo prova dos poderes (Est., art. 5º); poderá fazê-lo independentemente destes nos processos de *habeas corpus*, nos casos de urgência (obrigando-se a apresentar a procuração no prazo de quinze dias, prorrogável por igual período – CPC, art. 37, e art. 5º, § 1º, Est.) e no de assistência judiciária, quando indicado pelo respectivo serviço, pela Ordem ou pelo juiz.

Quando a defesa gratuita fica a cargo da Defensoria Pública (*supra*, n. 130), quem patrocina os interesses do necessitado é a própria Instituição e não cada um de seus integrantes. Daí a dispensa de outorga de poderes. Mas quando a indicação recai sobre advogado no exercício de profissão liberal, ao *provimento* há de seguir-se a outorga do mandato *ad judicium*.

No *habeas corpus*, a dispensa destes decorre da legitimação que tem qualquer pessoa, advogados inclusive, naturalmente, para impetrá-lo em nome próprio (CPP, art. 654, e Est., art. 1º, § 1º).

A procuração com a cláusula *ad judicium* habilita o advogado a praticar todos os atos judiciais, em qualquer Justiça, foro, juízo ou instância, salvo os de receber citação, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação e firmar compromisso (CPC, art. 38; art. 5º, § 2º, Est.).

Com relação às sustentações orais perante os tribunais, o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente a eficácia de parte do inc. IX do art. 7º do Estatuto, que determina que a sustentação se daria após o voto do relator – e não, como estabelecem os regimentos internos, após o relatório – entendendo haver defeito de iniciativa do Poder Legislativo, por tratar-se de regra sobre funcionamento dos órgãos jurisdicionais, cuja iniciativa é reservada ao Poder Judiciário (art. 96, inc. I, a, Const.).

O advogado que renunciar ao mandato continuará a representar o outorgante pelos dez dias seguintes à intimação da renúncia, salvo se for substituído antes do término desse prazo (Est., art. 5º, § 3º; CPC, art. 45). O processo não se suspende em virtude da renúncia (inclusive, não deixam de fluir eventuais prazos).

Entre os juízes de qualquer instância, os advogados e os membros do Ministério Público não há hierarquia nem subordinação, devendo-se todos consideração e respeito recíprocos (Est., art. 6º).

133. abrangência da atividade de advocacia e honorários

Nos termos do Estatuto da Advocacia, exercem essa atividade, sujeitando-se ao regime da lei, além dos *profissionais liberais*, os *advogados públicos* enumerados no art. 3º, quais sejam, os integrantes da Advocacia-Geral da União, da Procuradoria da Fazenda Nacional, da Defensoria Pública e das Procuradorias e Consultorias Jurídicas dos Estados, Distrito Federal e Municípios e das respectivas entidades de administração indireta e fundacional.

O Estatuto dispõe também sobre o *advogado empregado* nos arts. 18 a 21, assentando que a relação de emprego não lhe retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerente à advocacia – não sendo ele obrigado à prestação de serviços profissionais de interesse pessoal dos empregadores, fora da relação de emprego (art. 18).

O art. 20, muito discutido, estabelece que a jornada de trabalho do advogado empregado, no exercício da profissão, não pode exceder a duração diária de quatro horas contínuas e a de vinte horas semanais, salvo acordo ou convenção coletiva ou em caso de dedicação exclusiva. Quanto ao salário mínimo profissional do advogado, o art. 19 dispõe que será estabelecido em sentença normativa, salvo ajustes em acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Por sua vez, os arts. 15 a 17 contêm normas referentes às *sociedades de advogados*.

A matéria atinente aos *honorários advocatícios* vem regulada nos arts. 22 a 26 do Estatuto, que garantem aos inscritos na Ordem o direito aos honorários convencionais, aos fixados por arbitramento judicial e aos da sucumbência.

O § 1º do art. 22 assegura ao advogado indicado para patrocinar causa de juridicamente necessitado, no caso de impossibilidade da Defensoria Pública no local da prestação de serviço, o direito aos honorários fixados pelo juiz, segundo tabela organizada pelo Conselho Seccional da Ordem, a serem pagos pelo Estado.

134. deveres e direitos do advogado

Para assegurar o bom desempenho de sua elevada missão social, o antigo Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei n. 4.215, de 27.4.1963) atribuía ao advogado uma longa série de deveres e direitos, nos arts. 87 e 89.

O novo Estatuto mudou a sistemática. Todo o capítulo II do tít. I é dedicado aos direitos do advogado (arts. 6º e 7º). Mas, com relação aos deveres, foram substituídos pelo cap. VIII, intitulado “Da Ética do Advogado” (arts. 31 a 33), sendo que este último dispositivo faz remissão expressa à obrigatoriedade de se cumprirem rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina. Ademais disso, o cap. IX (art. 34), ao tipificar as infrações e sanções disciplinares, arrola algumas condutas antes correspondentes a deveres (como a violação do sigilo profissional).

Assim, são *deveres do advogado*: a) proceder de forma que o torne merecedor de respeito e que contribua para o prestígio da classe e da advocacia; b) manter a independência em qualquer circunstância, no exercício da profissão; c) não deter-se, no exercício da profissão, pelo receio de desagradar a magistrado ou a qualquer autoridade, nem de incorrer em impopularidade; d) responsabilizar-se pelos atos que, no exercício profissional, praticar com dolo ou culpa, sendo solidariamente responsável com seu cliente em caso de lide temerária, desde que com ele coligado para lesar a parte contrária, o que será apurado em processo específico; e) obrigar-se a cumprir rigorosamente os deveres consignados no Código de Ética e Disciplina (Est., arts. 31-33).

Quanto ao Código de Ética e Disciplina, o parágrafo do art. 33 reafirma regular ele os deveres do advogado para com a comunidade, o cliente, o outro profissional, e, ainda, a publicidade, a recusa do patrocínio, o dever de assistência jurídica, o dever geral de urbanidade e os respectivos procedimentos disciplinares.

Dentre os *direitos do advogado* (arts. 6º e 7º), ressaltam-se os seguintes: a) exercer com liberdade a profissão, em todo o território nacional; b) ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca e apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representante da Ordem; c) comunicar-se com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando estes se acharem presos, detidos ou recolhidos em estabelecimentos civis ou militares, ainda que considerados incomunicáveis; d) presença de representante da Ordem, quando preso em flagrante, por motivo ligado ao exercício da advocacia, para lavratura do auto respectivo, sob pena de nulidade e, nos demais casos, à comunicação expressa à Seccional da Ordem; e) não ser recolhido preso, antes de sentença transitada em julgado, senão em sala do Estado Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela Ordem, e, na sua falta, em prisão domiciliar. A prisão em flagrante, com as cautelas acima descritas, só pode dar-se em caso de crime inafiançável (§ 3º do art. 7º).

135. *Ordem dos Advogados do Brasil*

A Ordem dos Advogados do Brasil, criada pelo art. 17 do dec. n. 19.408, de 18 de novembro de 1930, é hoje serviço público, dotado de personalidade jurídica e forma federativa, tendo por finalidade: a) defender a Constituição, a ordem jurídica do Estado-Democrático-de-Direito, os direitos humanos e a justiça social, além de pugnar pela boa aplicação das leis, pela rápida administração da justiça e pelo aperfeiçoamento da cultura e das instituições jurídicas; b) promover, com exclusividade, a defesa, a seleção e a disciplina dos advogados em toda a República Federativa do Brasil. Para tanto, a Ordem dos Advogados do Brasil não mantém qualquer vínculo funcional ou hierárquico com órgãos da Administração Pública, sendo-lhe privativo o uso da sigla "OAB" (art. 44 do Estatuto).

São órgãos da Ordem dos Advogados do Brasil: I – o Conselho Federal; II – os Conselhos Seccionais; III – as Subseções; IV – as Caixas de Assistência dos Advogados (art. 45).

O Conselho Federal e os Conselhos Seccionais, com personalidade jurídica própria, são sediados, respectivamente, na Capital da

República e nos territórios dos Estados-Membros, Distrito Federal e Territórios. O Conselho Federal é o órgão supremo da Ordem.

As Subsecções são partes autônomas do Conselho Seccional; e as Caixas de Assistência dos Advogados, também dotadas de personalidade jurídica própria, são criadas pelos Conselhos Seccionais que contarem com mais de mil e quinhentos inscritos (§§ 1º a 5º do art. 45).

Para os fins e efeitos de inscrição, a Ordem dos Advogados do Brasil compreende *dois quadros*: o de advogados e o de estagiários. São requisitos comuns para a inscrição em qualquer desses quadros: a) capacidade civil; b) título de eleitor e quitação com o serviço militar, se brasileiro; c) não exercer atividade incompatível com a advocacia; d) idoneidade moral; e) prestar compromisso perante o Conselho (art. 81, incs. I, III, V, VI e VII, art. 9º, inc. I, Est.). Quanto ao requisito de idoneidade moral, o § 42 do art. 81 não o considera atendido em caso de condenação por crime infamante, salvo reabilitação judicial; e, a teor do § 3º, a inidoneidade moral, que pode ser suscitada por qualquer pessoa, deve ser declarada mediante decisão que obtenha no mínimo dois terços dos votos de todos os membros do Conselho competente, em procedimento que observe os termos do processo disciplinar regulado nos arts. 70 a 74 do próprio Estatuto.

São requisitos especiais para a inscrição no quadro de advogados: a) diploma ou certidão de graduação em direito, obtido em instituição de ensino oficialmente autorizada e credenciada (se o diploma é obtido em instituição estrangeira, por brasileiro ou estrangeiro, deve ser devidamente revalidado); b) aprovação em exame de ordem (art. 8º, incs. II e IV, e § 2º).

Para a inscrição no quadro de estagiários é requisito especial a admissão em estágio profissional de advocacia, com duração de dois anos, durante os últimos do curso jurídico, podendo ser mantido pelas respectivas instituições de ensino superior, pelos Conselhos da Ordem, ou por setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados por esta, sendo obrigatório o estudo do Estatuto e do Código de Ética e Disciplina (art. 9º inc. II, e § 1º).

O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro é privativo dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (Est., art. 3º). O advogado exerce todos os atos inerentes à postulação em juízo e às atividades de consultoria, assessoria e direção jurídica, sendo que os atos e contratos constitutivos de pessoas jurídicas só podem ser admitidos a registro, nos órgãos competentes, quando visados por advogados (art. 1º e § 2º). O estagiário, regularmente inscrito, pode praticar todos os atos de advocacia, em conjunto com o advogado e sob a responsabilidade deste (art. 3º, § 2º).

136. *exame de ordem e estágio*

Como já se viu, uma das finalidades precípua da Ordem dos Advogados do Brasil é a de proceder à seleção de seus próprios membros, habilitando-os ao exercício da advocacia. Essa seleção abrange a verificação da idoneidade moral do candidato (Est., art. 8º, §§ 3º e 4º), necessária para o exercício privado da elevada função pública em que se pretende investir; da inexistência de incompatibilidade entre a advocacia e o exercício de cargo, função ou atividade do candidato, para assegurar a independência do advogado, evitar a indevida captação de clientela e impedir o abuso de influências (Est., arts. 27 a 30); e, finalmente, da chamada *capacitação profissional*, que inclui as condições especiais exigidas para o desempenho da profissão, em acréscimo à formação universitária adequada.

A aferição dessa capacitação profissional faz-se através do exame de ordem, para o bacharel (Est., art. 8º, inc. IV), e pela admissão em estágio profissional de advocacia, para o estagiário (Est., art. 9º, inc. II). São dispensados do exame de ordem os ex-membros da Magistratura e do Ministério Público.

O exame de ordem está disciplinado pelo provimento n. 81, de 16 de abril de 1996, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Consiste em provas de habilitação profissional, perante comissão composta de três ou mais advogados inscritos há mais de cinco anos e nomeados pelo presidente da Seção ou da Subseção delegada, sobre matéria de programa adrede preparado, compreendendo prova escrita, que inclui a elaboração de alguma peça profissional, e prova oral de participação em audiência, Tribunal do Júri e sustentação de recurso. Na atribuição das notas, que irão de zero a dez pontos, os examinadores terão em conta o raciocínio jurídico, a correção gramatical e a técnica profissional demonstrada, entre outros critérios. Inabilitado em qualquer exame, poderá o candidato repeti-lo nos períodos seguintes.

Pelo estatuto anterior, era possível substituir o exame de ordem pelo estágio profissional, período de estreito contato com o funcionamento prático das instituições junto às quais o advogado atuava profissionalmente ou de efetivo exercício, sob o controle e orientação de advogado, de algumas atribuições da profissão, tudo de acordo com um programa preestabelecido. Ao estágio eram admitidos os bacharéis em direito e os alunos matriculados no 4º ou 5º ano de faculdade de direito mantida pela União ou sob fiscalização do Governo Federal.

O atual estatuto revogou expressamente a lei n. 5.842, de 6 de dezembro de 1972 (art. 87). Além disso, exige para a inscrição de todos os bacharéis o exame de ordem (art. 8º, inc. IV).

Desse modo, o estágio profissional de advocacia, nas condições previstas no § 2º do art. 9º (ou seja, junto às faculdades, Conselhos da Ordem, ou setores, órgãos jurídicos e escritórios de advocacia credenciados pela Ordem), somente servirá para a inscrição no quadro de estagiários e como meio adequado de aprendizagem prática (Regulamento Geral do Estatuto de Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil, art. 27).

bibliografia

Azevedo, "Direitos e deveres do advogado".

Azevedo Sodré, *O advogado, seu estatuto e a ética profissional*.

Calamandrei, "Delle buone relazioni fra i giudici e gli avvocati nel nuovo processo civile".

_____. *Istituzioni*, II, §§ 117-120.

Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 338-339 e 375-381.

Lewis, *A trombeta de Gedeão*.

Marques, *Instituições*, II, § 71, b e c.

_____. *Manual*, I, cap. VII, § 30, a.

Tourinho Filho, *Processo penal*, II, pp. 395 ss.
