

A PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO E DA ADVOGADA NO PROCESSO CONSTITUCIONAL¹

Paulo Lopo Saraiva²

*Ao Mestre Paulo Bonavides, pela sua
criatividade jurídica, ontem, hoje e sempre.
Do amigo e discípulo
Paulo Lopo Saraiva*

1 PALAVRAS INICIANTES

Se o Advogado e Advogada são essenciais à administração da justiça, devem *ipso facto*, participar do processo constitucional, como Advogado e Advogada e não como “*amicus curiae*”.

De fato, esta nomenclatura não representa a nossa realidade processual, haja vista que o Advogado, por definição constitucional e legal, é responsável pela defesa das partes, em todas as lides de que seja patrono.

O Advogado e a Advogada exercitam uma missão constitucional, em todos os pretórios, não podendo nem devendo ser diferente perante o STF.

A exclusão do Advogado e da Advogada, na tramitação e julgamento das ações de controle, Ação Direta de Inconstitucionalidade - ADI, Ação Declaratória de Constitucionalidade - ADC, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF, Ação Interventiva, Reclamação, é uma inconstitucionalidade patente.

Destarte, impõe-se uma medida legislativa no sentido da admissão do Advogado e da Advogada, nas fases do processo constitucional, inclusivamente, deferindo-lhe o uso da Tribuna, nos julgamentos que sejam realizados no STF.

¹ O presente ensaio surgiu da nossa atuação advocatícia, em defesa das filiadas e dos filiados ao SINDIFORT – Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza, na ADPF 134, perante o STF. A ação impetrada pelo PT-Nacional teve seguimento negado por despacho histórico do Ministro-Relator Ricardo Levandowski. A estratégia de contestação foi pioneira e inovadora, o que permitiu uma vitória retumbante.

² Advogado e Professor. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Pós-Doutorado em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra

2 MEDIDA LEGISLATIVA

Nesta linha de raciocínio, sugerimos um projeto de lei, que fixe definitivamente a participação do Advogado e da Advogada, nas lides constitucionais.

3 EXPERIÊNCIA DE UM CASO CONCRETO

Particpei da defesa do Sindicato dos Servidores Públicos do Município de Fortaleza - SINDIFORT, na ADPF 134, e consegui atuar como Advogado, sem antes ser aceito como “*amicus curiae*”.

Aproveitei a oportunidade de requerer a habilitação aos autos processuais e, ao mesmo tempo, contestei os elementos da petição inicial.

Foi uma inovação salutar, porque, ao final, a ADPF não teve segmento, conforme o despacho do Ministro Ricardo Lewandowski, Relator:

Assim, não merece prosperar a presente ADPF, porque: (i) não cabe a este instituto desconstituir coisa julgada; (ii) esta ação de controle abstrato de constitucionalidade é regida pelo princípio da subsidiariedade a significar que a admissibilidade desta ação constitucional pressupõe a inexistência de qualquer outro meio juridicamente apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade do ato impugnado; (iii) tem como objeto normas que não se encontram mais em vigência, o que a torna, portanto, prejudicada; e, por fim, (iv) sua admissão afrontaria o princípio da segurança jurídica.

Isso posto, nego seguimento à presente Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (arts. 4º, *caput*, da Lei 9.882/1999 e 21, IX, do RISTF). Prejudicados, pois, os pedidos de *amicus curiae*, bem como os recursos interpostos em face da decisão que os inadmitiu.

Arquivem-se os autos.

Publique-se.

É esta a nossa contribuição concreta.

4 A TRADUÇÃO IMPRÓPRIA DA PALAVRA “CURIAE”

A tradução norte-americana da palavra “*curiae*” é imprópria.

Em verdade, em latim escorreito, esta palavra nunca significou “Côrte”.

Em todos os dicionários da língua latina, a palavra “*curia*”, traduz-se por “segmento da sociedade romana, ou “Senado”, ou “diocese”, daí a expressão “*cúria romana*”, “*cúria diocesana*”.

Em nenhum passo, encontra-se o vocábulo “curia”, como “Côrte”.

De conseguinte, a tradução importada dos Estados Unidos da América, é despida de qualquer base gramatical e literária.

Não olvidar que “*curiae*” é o genitivo de “curia”.

A língua latina é declinável e a função sintática das palavras é fornecida pelo caso.

São seis os casos desta sempre viva língua: nominativo, caso de sujeito; genitivo, caso do possuidor; dativo, caso do objeto indireto; acusativo, caso do objeto direto e caso lexicogênico da língua portuguesa: vale dizer, é o caso que dá origem à nossa língua; Ablativo, o caso das circunstâncias e vocativo, caso da exclamação.

Estes casos têm flexibilização, no singular e no plural, em cinco declinações.

Vejamos um exemplo da primeira declinação, com a palavra “rosa”. No singular, temos: rosa, rosae, rosam, rosa, rosa, que traduzidas são: a rosa, da rosa, para a rosa, a rosa, pela rosa e ó rosa.

No plural, assim teremos: rosae, rosarum, rosis, rosas, rosis, rosae. Em tradução para o português: as rosas, das rosas, para as rosas, as rosas, pelas rosas e ó rosas.

O Latim é uma língua viva para quem sabe vivenciá-la.

Utilizo-a cotidianamente, desde quando a aprendi, nos anos cinqüenta, no Seminário Arquidiocesano da Paraíba.

Fui seminarista, com muito orgulho e saudade. Posso proclamar o *tempora pulchra* (ó tempos belos).

É esta a lição literária e gramatical que a todos chega.

É perigoso importar vocábulos de outras línguas, quando nos fogem a ciência e a consciência dessas palavras. No caso em tela, a expressão “*amicus curiae*”, em boa e correta tradução, jamais poderá passar para a nossa língua, como “amigo da Côrte”, haja vista que “*curiae*” não se traduz por “Côrte”, como ficou sobejamente comprovado.

Dizer de outro modo é conspurcar a língua Latina “*mater excelsa*” do ramo neo-latino, de que a língua pátria provém.

Por esta infeliz importação, não temos “amigo da Côrte”, mas amigo da cúria.

5 DE NOVO, O COLONIALISMO CULTURAL

Como se não bastassem as cópias anteriores, as nossas elites jurídicas e culturais, abandonaram, inexplicavelmente, o “direito consuetudinário”, vivenciado legitimamente, durante os trezentos anos de Colônia, e, ainda agora, no dealbar do século 21, continua-se a importar institutos alienígenas, que se não adequam à nossa realidade jurídico-constitucional.

Importaram o constitucionalismo francês, em 1824, com a carta do Imperador Pedro I; transpuseram o direito constitucional norte-americano, com a proclamação da República, em 1889, a ponto – pasmem, de timbrarem esta expressão “Estados Unidos do Brasil”.

De quando em vez, somos assaltados por estas invasões culturais, que não nos elevam, mas nos fazem “pigmeus”, quando poderíamos e deveríamos ser “gigantes”.

Toda a doutrina existente, no Brasil, tenta, a todo custo, adaptar o instituto norte-americano do “*amicus curiae*” ao direito nacional.

Os ventos sopram na direção ultrapassada de aceitar o modelo alienígena. Nele, não há como fazê-lo.

A nossa estrutura jurídica difere frontalmente da norte-americana. O nosso direito provém da origem romano-germânica, enquanto que o direito do país do Norte é anglo-saxônico.

Não temos uma origem consuetudinária, formadora de “Standards”, ou seja, protótipos judiciais para julgamentos.

Lá, no grande país do Norte, é possível que alguém seja amigo da Corte. Aqui, ao contrário, embora haja o Estatuto do Advogado, foi necessário, no entanto, que se inserisse no texto constitucional a indispensabilidade e inviolabilidade do Advogado (art. 133-CFB).

A nossa formação jurídica não é conciliatória, como nos Estados Unidos da América, mas de litigância.

Nas Faculdades de Direito, aprende-se a litigar um contra outro, ao invés de termos a lição da harmonia entre as partes, advinda, por exemplo, do exercício da arbitragem.

Sem essa origem consuetudinária, de um direito mais “legítimo” que legal não exercitaremos a “amizade na Corte”, porque sempre temos a disputa das partes na lide.

Impõem-nos as circunstâncias atuais que pugnemos pela presença do Advogado e da Advogada, no processo constitucional, como de resto acontece no processo judicial.

Se o Estatuto da OAB assegura a participação nesse processo – artigo 1º, I da Lei 8.906/94, não podem o Advogado e a Advogada, serem excluídos de nenhum processo, quanto mais, do processo perante o STF.

O pioneirismo nunca foi a tônica histórica do nosso Direito, mas temos, aqui e ali, precursores de novas e seletas construções jurídicas.

Evoco, por oportuno e conveniente, o nome do Mestre Paulo Bonavides, um exemplo sempre presente, de criação jurídica.

A suas obras são lições de porvir, são bússolas novas para a solução de velhos problemas; são resultados originais de uma nova temática jurídica, que cada vez mais se dimensiona e exige respostas consentâneas com a realidade social.

6 O PENSAMENTO DOS NOSSOS “MAIORES”

Sobre o assunto em foco, vejamos a lição dos nossos “Majores”:

Na defesa do Advogado, Rui Barbosa³ preleciona:

Não servir sem independência à justiça, nem quebrar da verdade ante o poder. Não colaborar em perseguições ou atentados, nem pleitear pela iniquidade ou imoralidade. Não se subtrair à defesa das causas impopulares, nem à das perigosas, quando justas. Onde for apurável um grão, que seja, de verdadeiro direito, não regatear ao atribulado o consolo do amparo judicial.

MIGUEL SEABRA FAGUNDES⁴, que presidiu, com ética e coragem, o Conselho Federal da OAB e o Instituto dos Advogados Brasileiros, deixou-nos uma lição imortal sobre a missão do Advogado. Proclamou ele:

O advogado é, por formação, espírito voltado à luta permanente, mobilizado contra a injustiça em qualquer das suas formas – a do arbítrio, a da violência, a da demasia no punir, a da iniquidade na repartição da riqueza, a dos

³ Barbosa, Rui. Oração aos Moços. p. 46. Ed. popular anotada por Adriano da Gama Kury. 3.ed. ver. RJ, Fundação Casa de Rui Barbosa, 1988.

⁴ Miguel SEABRA Fagundes – Guerreiro do Direito. p. 171. OAB Conselho Federal. Brasília/DF, 1999.

privilégios, a das submissões pelo medo, a dos agravos do poderoso sobre o humilde, a da transigência acomodatória com o crime, a da incompreensão pela sociedade, para aqueles a quem ela própria não abriu senão as portas do desespero. E no calor da oposição à injustiça tanto ela lhe repugna se vem dos que, para oprimir o povo, nos indivíduos ou na coletividade, desvirtuam o poder ocasionalmente detido, como quando se exprime na violência dos que, embora marginais do poder, usam da força bruta sobre pessoas ou grupos para, sob ameaça da destruição de inocentes, lograr concessões, não importando se justas ou injustas.

O Mestre Paulo Bonavides⁵, sábio e forte, ensina-nos a lição das letras e das lutas. Robora ele:

É a Constituição, a primeira das leis, lei suprema, lei ordenadora da forma e da matéria do sistema, lei determinativa da competência dos Poderes e da Garantia no exercício dos direitos fundamentais, desempenha, de necessidade, a função política máxima do regime, não podendo, por conseguinte, deixar de receber apoio, sustentação e arrimo de órgãos do corpo social que tem a legitimidade e a consistência qualificativa da Ordem dos Advogados do Brasil.

José Afonso da Silva⁶ atesta:

Advocacia não é apenas uma profissão, é também um múnus e “uma árdua fadiga posta a serviço da justiça” (Couture), como servidor ou auxiliar de justiça. É um dos elementos da administração democrática da Justiça. Por isso, sempre mereceu o ódio e a ameaça dos poderosos. Frederico, o Grande, que chamava os advogados de “sanguessugas e venenosos répteis”, prometia “enforcar sem piedade nem contemplação de qualquer espécie” aquele que viesse pedir graça ou indulto para um soldado, enquanto Napoleão ameaçava “cortar a língua a todo advogado que a utilizasse contra o governo”. Bem sabem os ditadores reais ou potenciais que os advogados – como disse Calamandrei – são “as supersensíveis antenas da Justiça.” E esta está sempre do lado contrário de onde se situa o autoritarismo. Acrescente-se ainda que a Advocacia é a única habilitação profissional que constitui pressuposto essencial à formação de um dos Poderes do Estado: o Poder Judiciário. Tudo isso deve ter conduzido o constituinte à elaboração da norma do art. 133.

António Arnaut⁷, Advogado lusitano, assevera:

A presença do advogado no processo não é decorativa, estática, como alguns desejariam, mas dinâmica, colaborante e decisiva. Começa nos articulados, ou seja, na formulação factico-jurídica da pretensão do constituinte, onde se exige saber, clareza e rigor, continua nas demais diligências ao longo do iter processual, e termina, em regra, na audiência de discussão e julgamento, onde, além daqueles predicados, se exige serenidade, compostura e covicção de patrocínio, tudo sem prejuízo de grande abertura de espírito para admitir que a razão nem sempre está exclusiva ou predominantemente do nosso lado, e que pode impor-se uma transacção como a melhor forma de acautelar os interesses que nos foram confiados.

⁵ Bonavides, Paulo. *Do País Constitucional ao País Neocolonial*. p. 131. 2ª Ed., Malheiros Editores/SP. 2001.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. p. 612. 4ª Ed., Malheiros Editores – SP, 2007.

⁷ Arnaut, António. *Iniciação à Advocacia*. p. 34. Coimbra Editora. 1993.

O Deputado Michel Temer⁸, atual Presidente da Câmara dos Deputados, foi o autor do inovador art. 133, na Constituição Federal de 1988.

Na justificativa, afirmou:

Mas, há mais. O desempenho profissional do advogado conecta-se com alguns direitos individuais de forte tradição. Com o direito de defesa. por exemplo, com o princípio segundo o qual nada, nem mesmo a lei, pode excluir da apreciação do Judiciário uma lesão a direito individual. Com o direito de os carentes obterem assistência judiciária. É o advogado, sempre, o canal de comunicação com o Judiciário. Estes dados ressaltam, mais uma vez, a função pública exercitada pelo advogado. E, por consequência, o nexo causal entre a Constituição e o advogado, como elemento indispensável à administração da Justiça e à preservação dos direitos mínimos da pessoa humana, suportes do Estado. Militam em favor dos advogados, portanto, inúmeras razões lógicas para que essa profissão seja elevada ao nível constitucional, como tal e como função pública que é. Prevista na Carta Magna, nenhuma norma infraconstitucional poderá alterar-lhe as funções e o conteúdo, como demonstrado no início deste trabalho. E os indivíduos ganharão melhor proteção pela dignificação natural da profissão que a inserção constitucional proporcionará."

7 PALAVRAS NÃO FINALIZANTES

Este artigo inicia uma luta advocatícia que, com certeza, contará com o apoio de todos e de todas.

Ele exige uma solução legislativa urgente, a fim de que a cidadania não continue prejudicada.

De vera, a presença do Advogado e da Advogada, em casos que tais, não deve depender do juízo de valor, prescrito pelo art. 3º da Lei 9.882/99.

A presença do Defensor é essencial à justiça do processo, ao respeito à disposição constitucional (art. 5º, LIV e LV), ao espírito principiológico da vigente Constituição Federal de 1988, enfim a tudo quanto possa ajudar o julgador a fazer justiça, muito mais que aplicar a norma.

Como bem acentuou o Profº Luiz Fernando Coelho⁹:

Posso acrescentar que o papel do jurista não é manter os conteúdos normativos estabelecidos pelo poder, mas substituí-los por outros conteúdos mais condizentes com as exigências da justiça e voltados para a realidade social. Ao juiz, especialmente, não cabe aplicar a lei, MAS FAZER JUSTIÇA" (grifo nosso)

⁸ TEMER, Michel. O Advogado não pede. Advoga. p. 22, 1ª Ed., Edicamp/SP, 2002.

⁹ Revista de Informação Legislativa. Senado Federal. Brasília – jan/mar/2002. ano 93, nº. 153. p. 74

O Direito e a Justiça são dinâmicos, pois seguem a trilha das mudanças sociais. Buscar a solidariedade na solução das demandas jurídicas é este o nosso intento.

Não se pode nem se deve esquecer que a convivência humana é balizada por quatro realidades: a faticidade; a complexidade; e diversidade e a solidariedade.

Temos de respeitar estas verdades sociais, que fundamentam a nossa conduta, em qualquer oportunidade.

O desafio que se nos apresenta é deveras grandioso.

Impõe muita energia e coragem, mas não podemos nem devemos abdicar do nosso direito de advogar e do direito dos nossos clientes de terem perante a Suprema Corte, uma defesa técnica e humana, firmada em argumentos sólidos.

O anteprojeto de lei, anexo a este artigo, demonstra o nosso intuito concretizador, pois, sem uma lei atinente ao assunto, a intenção se guardará no campo da hipótese e da utopia.

É imperiosa a edição de uma lei sobre o tema, para proteger a todos quantos sejam partícipes do processo constitucional.

As adaptações às exigências processuais da Suprema Corte, far-se-ão sob o comando da lei, não sob a vontade subjetiva do julgador.

A presença do Advogado e da Advogada é um imperativo da democracia, haja vista que não poderá haver a aceitável proteção judicial, sem a presença do profissional do Direito, afeito ao conhecimento do processo específico.

Este é, também, um dogma dos Tratados internacionais que, a exemplo do Pacto de São José da Costa Rica, demandam uma justiça satisfatória e não precária para o deslinde das ações constitucionais.

Os juízes brasileiros já defenderam a justiça externa, em caso de omissão interna:

A universalização do acesso à justiça se concretiza com um Poder Judiciário democrático e independente, que não se esgota nas jurisdições do Estado, mas se amplia nas Jurisdições Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos.” (A declaração consta da notícia sobre o Fórum, estampada no Jornal do Magistrado, 6, novembro 2001/fevereiro 2002.)

Se no campo internacional, é devida a presença do Advogado e da Advogada, não se pode imaginar que, num processo de alta indagação, a presença desses profissionais do Direito, fique à mercê de outras vontades que não a da lei.

É, sem dúvida, uma nova pugna que nos mobiliza e nos faz pioneiros nas soluções brasileiras.

Toda a legislação garante a presença do Advogado e da Advogada, no processo judicial (artigo 1º, I, EOAB) e em todas as atividades forenses. A subtração dessa presença é um atentado à Constituição Federal que, como vimos antes, estatui a indispensabilidade do Advogado à administração da Justiça.

Ora, seria estultícia, admitir que esta indispensabilidade também não é devida na hipótese do processo constitucional concentrado.

Neste, sim, é que se deve exigir a pré-falada presença, haja vista que estas ações são disputadas, via de regra por entidades, embora as pessoas sejam as verdadeiras destinatárias das decisões judiciais.

Sabemos que esta colaboração serve para despertar o sentimento profissional e provocar a elaboração de um ato normativo que legislativamente resolva a “*quaestio*”.

As pugnas advocatícias sempre tiveram as cores da coragem, da pertinácia, da prudência e da crença no Direito e na Justiça.

Foi assim, em todas as épocas e deverá sê-lo sempre.

Renegar este passado enérgico e ético seria abandonar a nossa própria essência, haja vista que somos sempre chamados para acudir alguém, *ad + vocare*, chamado para falar em nome de outrem.

A presença do Advogado e da Advogada, no processo constitucional, é exigência da própria sociedade, pois, em várias oportunidades, os verdadeiros destinatários da decisão da Suprema Corte ficam sem o contraditório e a ampla defesa constitucional (art. 5º, LIV e LV).

A luta está lançada.

Cabe-nos vencê-la, com o espírito de resistência dos heróis de Canudos, de vez que “viver é lutar”, como versejou o poeta Gonçalves Dias.

ANEXO

Anteprojeto de Lei

Define a participação do Advogado e da Advogada no processo constitucional concentrado.

Art. 1º - O Advogado e a Advogada participarão de todas as fases do processo constitucional concentrado.

Art. 2º - Entende-se por processo constitucional concentrado o conjunto das ações de controle: Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI; Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC; Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF e Reclamação.

Art. 3º - Quando houver vários processos e vários Advogados, as partes escolherão, de comum acordo, o Advogado ou a Advogada que fará a sustentação oral.

Art. 4º - Esta lei entrará em vigor, na data da sua publicação, revogadas as disposições contrárias.