

PARECER 02/2016

Assunto: Advogado(a)s - Acompanhamento em perícias e diligências judiciais

OBJETO

Trata-se de consulta formulada pela Comissão de Direito Sindical da OAB- Juiz de Fora, através de seu presidente, Dr. Espedito Manso da Fonseca Júnior, com a finalidade de que esta Procuradoria se pronuncie sobre a legalidade de fato ocorrido, onde um juiz federal do trabalho estaria proibindo o acompanhamento de advogados nas diligências periciais.

A CDR solicitou apoio desta Procuradoria para emissão de parecer.

Assim, passo a opinar.

DA INDISPENSABILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO EM TODO PROCESSO

O direito ao patrocínio de um advogado é entendido como direito fundamental do cidadão, porquanto previsto constitucionalmente, que objetiva auxiliá-lo na plena participação no processo democrático de construção e aplicação do ordenamento jurídico, conferindo legitimidade ao direito, configurando o cidadão como emissor e destinatário das normas jurídicas.

Fernando Lage Tolentino assim se posiciona:

“No sentido da indispensabilidade da atuação do advogado, o legislador ao editar o Estatuto da Advocacia e OAB, no artigo 1º, I, afirma que a



postulação a qualquer órgão do Poder Judiciário e dos Juizados Especiais constitui atividade privativa de advogados¹.”

O dispositivo legal mencionado pelo referido jurista encontra-se em equilíbrio com as disposições constitucionais, em especial a ampla defesa e do direito fundamental ao advogado, **presentes em todo e qualquer procedimento jurisdicional em consonância com a legalidade.**

A Ampla defesa e seu exercício estão vinculados originalmente à ideia de liberdade, à defesa da liberdade de atuação do cidadão, no exercício de seus direitos, com necessária delimitação e forma de seu exercício, no Estado Democrático de Direito.

A previsão constitucional do direito fundamental ao advogado busca viabilizar a participação democrática perante os órgãos públicos responsáveis pela função jurisdicional, como descreve Tolentino:

“O princípio da ampla defesa assegura às partes, que debatem procedimentalmente em contraditório, a otimização do desenvolvimento de teses argumentativas, de produção e análise de provas, bem como da interposição de recursos, nos limites do tempo legal. Todavia, para que seja observada a ampla defesa de direitos, faz-se necessária a participação do advogado. Esse profissional, levando-se em consideração seus conhecimentos jurídicos.”²

A Constituição da República estabelece em seu art. 133:

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.

Segundo Roscoe Pound *apud* Pedro Paulo Filho “o advogado – a quem denominou de engenheiro social – é aquele que presta sua assistência na Administração da Justiça, para que se promova e mantenha num processo a relação ideal que existe entre os homens, assinalando as suas relações e ordenando a sua conduta, por meio de

¹ TOLENTINO, Fernando Lage. Princípio constitucional da ampla defesa, direito fundamental ao advogado e estado de direito democrático: da obrigatoriedade de participação do advogado para o adequado exercício da defesa de direitos. 2007. Dissertação (Mestrado) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito. pág. 41

² TOLENTINO, 2007, p. 107

uma aplicação adequada e sistemática das normas pelas quais se rege a sociedade politicamente organizada".³

Pois bem, feitas tais considerações elementares, facilitado está o entendimento do exposto no art. 2º, *caput* e §1º, da Lei 8.906/94:

Art. 2º O advogado é indispensável à administração da justiça.

§ 1º No seu ministério privado, o advogado presta serviço público e exerce função social.

Observe-se que o acima exposto permite entender a razão pela qual o advogado exerce "ministério privado", isto é, trata-se de um cidadão como qualquer outro e não de um servidor público. Não obstante, presta serviço público e exerce função social. Tais conceitos não são explicitados à esmo, mas sim decorrente da estrutura acima exposta.

De acordo com o artigo 6º do Estatuto da OAB, não há hierarquia entre Magistrados, Advogados e Membros do Ministério Público, devendo todos tratar-se com consideração e respeito recíprocos. Já o artigo 7º, elenca, de modo enumerativo e exemplificativo, alguns dos direitos ou ferramentas das quais o advogado dispõe para o legítimo exercício da advocacia e a defesa dos cidadãos, bem como para a manutenção do estado democrático de direito.

Conforme ensinamentos de Marcus Cláudio Acquaviva, se todo e qualquer trabalho, ofício ou profissão são dignos, forçoso reconhecer que algumas profissões são, além disto, nobres, em face de sua utilidade social e do esforço intelectual exigido aos que pretendem exercê-las, haja vista o disposto no art. 5º, XIII, da CF, em face do qual todos podem desempenhar qualquer ofício, trabalho ou profissão, desde que atendidas as qualificações exigidas pela lei.⁴

Sedimentadas essas considerações iniciais, onde em linhas gerais restaram demonstrados a indispensabilidade do advogado na administração da Justiça, e o papel igualitário que exerce juntamente com Membros do Ministério

³ PAULO FILHO, PEDRO. Advogados e Bacharéis, os Doutores do Povo. São Paulo: Millennium, 2005, pág. 30.

⁴ ACQUAVIVA, Marcus Cláudio. O Advogado Perfeito. 2ª ed., São Paulo: Rideel, 2011, pág. 69.

Público e Magistrados, serão tratados nesse parecer indispensabilidade de acompanhamento do advogado na realização das perícias judiciais, como forma de se garantir o devido processo legal e assegurar a legalidade dos atos judiciais.

DAS PERÍCIAS JUDICIAIS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação.

O artigo 156 do NCPC sinaliza que, quando a prova do fato depender de conhecimento técnico ou científico, o juiz será assistido por perito, assim considerado auxiliar da justiça, para tanto dotado de fé-pública.

A nomeação do perito é realizada pelo Juiz, devendo haver correlação entre a especialidade do profissional e a natureza do exame, da vistoria ou da inspeção que se pretende efetivar, cabendo às partes, no prazo de cinco dias após a nomeação do perito, indicar assistentes técnicos, se desejarem.

No processo do trabalho, a prova pericial poderá ser determinada tanto de ofício pelo Juiz, quanto a requerimento das partes.

Apresentado o laudo, o Juiz determinará a intimação das partes para se manifestarem. Poderá ainda o magistrado ouvir o perito em audiência, objetivando esclarecimentos sobre o objeto da perícia (art. 827 da CLT).

DA NEGATIVA DE ACOMPANHAMENTO DO ADVOGADO NAS PERÍCIAS JUDICIAIS

De acordo com o artigo 474 do NCPC as partes são obrigatoriamente comunicadas da data da realização da perícia e não somente os assistentes técnicos, demonstrando claramente a intenção do dispositivo processual em permitir o acompanhamento pelas partes, as quais, sendo a perícia ato processual de colheita probatória, podem se fazer presente acompanhadas de seus advogados.

A partir do momento em que for designada a data da perícia, a ser realizada em qualquer lugar, já há autorização legal de acompanhamento pelo reclamante e reclamada dos procedimentos realizados pelo perito, acompanhados de seus respectivos advogados, para observação do

procedimento e coletar o maior número de informações para poder impugnar a perícia quanto ao seu aspecto processual, em atenção ao devido processo legal.

A autorização legal para acompanhamento decorre do art. 7º, VI, "c" e "d", da Lei Federal nº 8.906/94, à saber:

"Art. 7º São direitos do advogado:

VI - ingressar livremente:

c) em qualquer edifício ou recinto em que funcione repartição judicial ou outro serviço público onde o advogado deva praticar ato ou colher prova ou informação útil ao exercício da atividade profissional, dentro do expediente ou fora dele, e ser atendido, desde que se ache presente qualquer servidor ou empregado;

d) em qualquer assembleiasd ou reunião de que participe ou possa participar o seu cliente, ou perante a qual este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais;"

Nos termos do art. 149 do NCPC, os peritos são auxiliares da justiça, sendo que na realização de coletas de provas técnicas decorrentes da perícia judicial designada pelo magistrado, estará prestando serviço público como auxiliar do judiciário, sujeito a legislação vigente, nela inserida o art. 7º do EOAB e seus incisos.

Ora, onde quer que seja realizada a coleta de provas ou haja interesse da parte em obter informações úteis ao deslinde de seu processo, é prerrogativa do advogado participar, caso este entenda necessário, sem que para isso, seja necessária qualquer autorização judicial, pois já há previsão legal.

Diminuir ou restringir as prerrogativas da advocacia é ferir de morte os direitos dos cidadãos que a ela conferem a defesa de seus interesses assegurados pela Carta Magna Brasileira, insculpidos em seu art. 5º inciso LV.

Ademais, deve-se ressaltar o princípio da legalidade conferido ao cidadão, que nos termos da CF aduz em seu art. 5º, inciso "II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei", conquanto ao servidor público (denominação a qual abarca o juiz) somente poderá praticar atos decorrente de expressa autorização legal.



Subseção
Juiz de Fora

em perícia médica determinada judicialmente, eis que constitui parte essencial de ato processual, qual seja, prova pericial. Acórdão: Vistos, relatados e discutidos os autos do processo em referência, acordam os membros da 1ª Câmara do CFOAB, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto do Relator, que integra o presente. Impedido de votar o representante da OAB/Santa Catarina. Brasília, 11 de fevereiro de 2014. Cláudio Pereira de Souza Neto, Presidente. Maurício Gentil Monteiro, Relator. (DOU, S.1, 25.02.2014, p. 161)

Não há que se falar em restrição da liberdade profissional do médico perito, pois esta não pode ser considerada atingida meramente pela presença do advogado na sala de exames, dado que até mesmo parentes e amigos são admitidos em exames clínicos regulares em consultórios ou hospitais. O que não se admite é que o advogado interfira de alguma forma, ainda que implícita ou indireta, no exame pericial, até mesmo por não ter conhecimento técnico para tanto. Nessa esteira, o Conselho Federal de Medicina emitiu a Nota Técnica n. 044/12, provocado pela Ordem dos Advogados do Brasil: Pelas razões jurídicas acima expendidas, entendemos que o advogado, no exercício de sua profissão, tem direito assegurado pelo art. 7º, I, III e VI, letras c e d do EOAB, Lei n. 8.906/94 de fazer-se acompanhar de seu cliente, quando solicitado, nos exames periciais em âmbito judicial ou administrativo.

Ademais, se o próprio paciente autorizar a presença do advogado não há que se falar em quebra do sigilo profissional, pois o direito ao sigilo pertence ao paciente não ao médico ou advogado. Por outro lado, trata-se de um direito disponível do paciente.



Subseção
Juiz de Fora

CONCLUSÕES

É direito do advogado o acompanhamento de perícias judiciais designadas, sendo ilegal qualquer decisão judicial que limite à prerrogativa do de acompanhamento de coletas de provas, dentre elas a pericial, pois atenta contra expressa previsão legal (art. 7º, VI, "c" e "d", do EOAB) e contra direitos fundamentais da parte (art. 5º inciso LV da CF).

Esse é o nosso entendimento.

Juiz de Fora, 17 de maio de 2016.

GIOVANI MARQUES KAHALER
Procurador Regional de Prerrogativas
Ordem dos Advogados do Brasil - Seccional Minas Gerais