RICARDO NEMES DE MATTOS

**O poder do advogado na condução do processo civil:
propostas para ampliação**

Tese apresentada para defesa à Banca
Examinadora da Faculdade de Direito da
Universidade de São Paulo como
exigência parcial para a obtenção do título
de Doutor em Direito Processual Civil,
sob a orientação do Professor Titular
Cândido Rangel Dinamarco

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO**

2009

Cuidar da acentuação de poderes, é cuidar também, e forçosamente, de acentuação da responsabilidade. Quem se investe de poderes responde pela omissão em exercê-los na medida necessária, e responde de igual modo pelo exercício abusivo ou simplesmente inepto. (José Carlos Barbosa Moreira, agosto de 1.984)

Sumário:

INTRODUÇÃO	5
1 – Importância do tema e delimitação do estudo	5
1.1 – A onda reformista no processo civil brasileiro	5
1.2 – Definição, importância e justificativa da escolha do tema	7
1.3 – Contribuição original da tese à ciência jurídica brasileira	10
1.4 – Amplitude da pesquisa e as principais questões a serem analisadas	11
1.4.1 – Uma ressalva importantíssima	11
1.4.2 – Amplitude da pesquisa e as principais questões	13
2 – Breve retrospectiva da evolução do direito processual civil	15
CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO	20
1 – Visão geral	20
2 – A jurisdição	22
2.1 – Ainda sobre a atividade jurisdicional – caráter substitutivo	25
2.2 – Ainda sobre a função jurisdicional – escopo jurídico	27
3 – A ação e a defesa	31
3.1 – A atuação do advogado como exercício de poder	35
4 – O processo	37
4.1 – Ainda sobre processo – ônus processuais	40
5 – Conclusão parcial	44
ASPECTOS DA CONDUÇÃO DO PROCESSO CIVIL	47
1 – Significado do termo – necessidade de ampliação	47
1.1 – Nota sobre o princípio dispositivo	50
2 – A condução imediata	54
2.1 – Previsões legais da condução imediata não vinculada	56
2.2 – A condução imediata vinculada	58
2.3 – O juiz-gerente brasileiro	59
3 – A condução mediata	63
3.1 – Momentos de conjunção da condução mediata e imediata	65
3.2 – O controle sobre as etapas mortas do processo	65
3.3 – O combate aos métodos reprováveis de condução mediata	68
4 – Extensão prática do exercício dos “poderes instrutórios do juiz”	71
5 – O <i>case management</i> como indicativo da verdadeira condução pelo juiz	74
5.1 – A audiência do artigo 331 do Código de Processo Civil	76
6 – Visão cooperativa da condução do processo	80

O PAPEL DO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA	85
1 – Qualificação jurídica do advogado	85
2 – Revendo dogmas e valorizando o múnus exercido pelo advogado	88
3 – Missão do advogado no processo	92
3.1 – Proposta: ampliação das cláusulas do mandato	95
3.2 – Proposta: intimações sempre pelo advogado	102
4 – Mais poderes, mais deveres	108
4.1 – Responsabilidade civil do advogado	108
4.2 – Os dispositivos legais para limitação do abuso de poder do advogado	110
4.3 – O parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil	112
4.4 – Levar a sério a responsabilização do advogado	115
4.5 – Proposta: aplicação de sanções pecuniárias diretamente ao advogado	117
5 – Atuação subsidiária do advogado contra a burocracia judicial	122
5.1 – Limites da atuação do advogado na prática forense	126
5.2 – Proposta: produção de documentos pelo advogado	128
5.3 – Proposta: encaminhamento da citação postal pelo advogado	132
6 – Atuação do advogado para a <i>desjudicialização</i> de causas	137
6.1 – A jurisdição voluntária	139
6.1.1 – Proposta: suficiência do advogado em certas causas consensuais	144
6.2 – O advogado como conciliador	148
6.2.1 – Proposta: incentivo à conciliação pré-processual	152
7 – Das diversas classes de advogados	156
7.1 – Proposta: uma nova classe profissional no direito: o paralegal	159
CONCLUSÕES	165
RESUMO	172
ABSTRACT	173
RIASSUNTO	174
BIBLIOGRAFIA	175

INTRODUÇÃO

1 – Importância do tema e delimitação do estudo

1.1 – A onda reformista no processo civil brasileiro

No decorrer das últimas três décadas, é possível afirmar com muita propriedade que o estudo científico no campo do direito processual civil tem dado enfoque a temas ligados à efetividade da tutela jurisdicional, à celeridade procedimental e ao acesso do jurisdicionado à Justiça.

Parece evidente imaginar que o desenvolvimento da sociedade, aliado ao seu crescimento natural, fez aumentar a demanda pela prestação jurisdicional oferecida pelo Estado, ente detentor do monopólio da distribuição da justiça. Por óbvio, tal crescimento foi acompanhado de um evidente descompasso na capacidade dele, Estado, em cumprir competentemente o seu papel, quer por razões sistêmicas, quer por razões políticas.

A busca pelo aprimoramento do sistema processual pátrio fez o direito positivo sujeitar-se a uma seqüência de reformas que, amparadas pelos estudos acadêmicos, trouxe um dinamismo incomparável à evolução deste segmento do direito.

É possível que o legislador brasileiro tenha se rendido aos clamores dos estudiosos do processo para que, após bem mais de uma década de vigência do atual diploma processual civil, aceitasse colocar em prática algumas das sugestões apresentadas. Ou talvez se tenha chegado a um ponto insuportável de ineficiência e morosidade que o passo natural não poderia ser outro a não ser tentar novas idéias.

Fato é que, na medida em que as mudanças legais foram sendo colocadas em prática, aprimorou-se o estudo havendo um ganho quantitativo e também qualitativo na pesquisa acadêmica.

O que se percebe, no entanto, é que no mais das vezes os pesquisadores acadêmicos direcionam sua lente de estudos para as vicissitudes do sistema processual, mas tomando-o pelo prisma procedimental¹, buscando apresentar novos métodos para melhorar o dito sistema. Ou em outras palavras, ajustar a cadeia de atos desenvolvidos no processo com a modificação de um passo procedimental, com a flexibilização de um dogma, com a leitura de um princípio por um novo prisma ou mesmo com a extinção de um ou mais atos outrora existentes no procedimento, para que ele como um todo ganhe em agilidade, efetividade e justiça.

Essa abordagem de pesquisa é salutar e já trouxe as melhores modificações que se pode entender como possíveis. Eventualmente, o sistema comporta ainda mais algumas outras.

Ocorre que essa tendência, quando focalizada apenas na mudança da seqüência dos atos procedimentais, faz com que o sistema transmute-se em uma colcha de retalhos como já começamos a notar no nosso Código de Processo Civil.

Há quem tome gosto pelos novos dispositivos mal costurados no sistema, ou ainda há quem acredite, como eu, que alguns dos remendos trazidos vieram a reforçar a

¹ É intencional a utilização dos termos *processual* e *procedimental*, ressaltando a diferença entre eles no contexto dos fins almejados pelas Reformas do Código de Processo Civil.

malha, porém é muito perigoso que se passe dos limites, servindo de exemplo o novo “sistema” da execução de títulos judiciais².

1.2 – Definição, importância e justificativa da escolha do tema

A busca pelo aprimoramento do sistema, a fim de que se aumente o acesso à Justiça, a efetividade das decisões e a celeridade processual (apontando-se estes fatores apenas como lista exemplificativa e não exaustiva) tendo como única base a modificação de procedimentos, tem o seu campo de ação razoavelmente limitado, uma vez que fatores outros, tais como políticos e econômicos – para escolhermos apenas dois – podem distorcer os resultados finais.

A necessidade de se manter a evolução do sistema *procedimental* é inquestionável, visto que aparenta ser unânime que nossa Justiça ainda deixa a desejar quando se pesquisa a satisfação do jurisdicionado.

Em que pese a tentação de sugerir mais uma aposta, aparando à carne dogmas e flexibilizando princípios ao cisalhamento, torna-se mais interessante a busca de aprimoramento do sistema processual no material teórico já existente, procurando colocar em funcionamento engrenagens outrora esquecidas ou até mesmo desprezadas.

Daí surge a escolha do tema, centrado na atuação do advogado e em seus poderes para a condução do processo civil.

² Para não se dizer que houve piora no procedimento, as alterações ligadas ao *cumprimento de sentença* trouxeram mais discussões periféricas (“processo sincrético ou não?”, “extinção da citação em execução ou não?”, dentre tantas) do que propriamente relacionadas aos ganhos práticos percebidos com as mudanças.

A relação jurídica processual é instrumento da relação de direito material e reflete a disputa entre interesses privados. Ou melhor, a lide, em sentido bem amplo, é caracterizada precipuamente pelo conflito de interesses privados. A representação destes interesses privados perante a Justiça dá-se por intermédio do advogado, visto que apenas em limitados casos é permitido o ingresso direto no Judiciário pelo próprio cidadão.

À parte citar a Constituição Federal, o Código de Processo Civil ou mesmo o Estatuto da Ordem dos Advogados, o advogado cumpre papel fundamental e indispensável na distribuição da Justiça, sendo a extensão da própria pessoa a quem representa em Juízo: não fala por si e sim pelo próprio demandante. No decorrer da tese, será recorrente o uso do termo “advogado” como metonímia de “parte”.

Assim deriva a importância do tema, pois a ampliação dos poderes do advogado na condução do processo civil implica, no final da cadeia de idéias, uma maior atuação da vontade do particular na condução do procedimento em que este é o maior interessado.

Adotando uma generalização só admitida no âmbito desta introdução, é aceitável se afirmar que ao passo em que a decisão da controvérsia colocada em Juízo é monopólio do Estado, a condução do procedimento – dentro das estritas regras estabelecidas legalmente – não deve necessariamente ficar submetida aos sabores, ritmo e às condições técnicas de um ente imparcial e desinteressado.

Procura-se com isto manter e evoluir o estudo sobre a efetividade do processo e a busca do resultado final justo, porém dotando da maior responsabilidade a própria parte, pois que lhe concedido maiores poderes na condução do procedimento por via de seu representante.

É importante contextualizar o tema, como se fará mais adiante, pois uma reação natural do leitor neste instante seria pressupor que ignoro toda a evolução do direito processual enquanto ciência independente fruto dos estudos desde von Bülow. Não se pretende um retrocesso à visão privatista do processo, centrada no interesse egoístico das partes. Colocar luzes sobre os interesses privados que se inserem no processo não significa sobreposição e substituição. Significa conjunção e cooperação.

Justifica-se assim a escolha do tema, visto que o estágio de evolução da Ciência processual pede o reexame de temas clássicos, todavia evitando a propositura de soluções mirabolantes como panacéia para os males do processo. É a busca por respostas apropriadas para problemas concretos com a utilização do sistema como ele se encontra.

Analisar a atuação do advogado por um prisma de conceitos teóricos é o desiderato principal deste trabalho. Os reflexos na prática do processo são efeitos secundários e inevitáveis que surgirão do estudo teórico. Seria muito simplista e pouco acadêmica a proposição de uma tese baseada apenas em um discurso de idéias colhidas na atuação forense de um advogado. A “evolução” da atuação do advogado na prática forense não pode ser regulamentada e aprimorada senão com a ajuda dos próprios entes auxiliares da Justiça, pelo próprio órgão de classe e suas associações paralelas.

De certa forma, o presente estudo visa a propor um amadurecimento cultural da sociedade em geral (operadores do direito ou não) no que toca à importância do advogado para o processo civil.

1.3 – Contribuição original da tese à ciência jurídica brasileira

Como foi apontado anteriormente, há uma grande concentração de estudos acadêmicos voltados à busca de soluções para modernizar a prestação jurisdicional buscando a efetividade das decisões, a celeridade dos processos e o acesso à Justiça.

Entretanto, na grande maioria das vezes as abordagens estão ligadas a uma mudança no procedimento, ou mais especificamente, às mudanças na legislação processual civil.

Os estudos dedicados à melhoria do processo sempre levam em conta um eventual aprimoramento do sistema processual mediante o emprego da reforma da legislação processual que alegadamente estaria defasada.

Deixando à parte esta discussão, porque em alguns casos é pertinente, o presente estudo busca os mesmos fins – efetividade das decisões, celeridade processual e acesso à Justiça – todavia focalizando um dos agentes do processo, que é o advogado.

Ao propor uma ampliação de poderes é possível que esteja se buscando apenas o exercício de alguns poderes que estejam “adormecidos” ou então calados pela má interpretação de alguns dogmas jurídico-processuais ou mesmo sob a alegação da manutenção de garantias constitucionais.

O cerne do estudo está em apresentar um agente do direito mais participativo, ocupado com o cumprimento de funções e necessidades que um sistema como o nosso não consegue cumprir, quer por necessitar de mais reformas, quer por ser de sua natureza: pública.

Alguns exemplos apresentados e métodos propostos neste estudo podem fazer parte de sistemas encontrados em outros países como os Estados Unidos, onde a noção de procedimento judicial civil tem uma conotação muito mais privada do que pública. Todavia, mais do que apenas este aspecto, muito do que se busca está relacionado ao já citado amadurecimento cultural de determinada sociedade em face dos meios públicos de heterocomposição de seu sistema.

No passado recente já se buscou dar mais poderes ao magistrado para que conduzisse a instrução do processo a evitar desperdícios. Agora é o momento de voltar a considerar a atuação da parte – na figura de seu representante legal – na condução do processo com verdadeira intensidade, evitando com que atuações burocráticas sejam o óbice para um deslinde célere do processo, mascaradas elas por respeito a uma falaciosa proteção de garantias e dogmas.

O aspecto de “originalidade” também será alcançado na medida em que o estudo sobre a atuação do advogado não será diretamente ligado à prática forense, e sim se fará pela busca dos conceitos ligados à teoria de processo. Aliás, no que diz respeito ao tema amplo “advogado”, foi grande a dificuldade em encontrar estudos que não estivessem ligados somente à “ética profissional” ou à “honorários advocatícios”.

1.4 – Amplitude da pesquisa e as principais questões a serem analisadas

1.4.1 – Uma ressalva importantíssima

A tese de doutorado tem como finalidade precípua a propositura de novas idéias e sugestões para o avanço de uma ciência e, portanto, pressupõe que tanto o examinado

quando a banca já possuam em seu acervo intelectual conhecimento suficiente em sua especialidade para, aquele propor e defender algo novo, e esta escandí-lo.

Assim, e seguindo recomendação da banca de qualificação, optou-se por dispensar os capítulos que discorressem sobre entendimentos doutrinários conhecidos ou expondo e comparando longamente o que as diversas correntes dizem sobre certo assunto; exposição e cotejo de idéias há, porém sucintamente e na medida necessária para concatenar o pensamento à obtenção da conclusão.

As referências ficam relegadas às informações contidas nas notas de rodapé, propiciando ao leitor mais cuidadoso uma busca pelas fontes que se dedicaram a exaustivos trabalhos sobre cada tema³. Da mesma forma, o texto da tese ficou livre de citações literais ou passagens de outros autores, utilizando-se do mesmo recurso para fazer menção a pequenos trechos de melhor importância ou mesmo de mera curiosidade, jamais aproveitando-se de citações indiretas (*apud*). A pesquisa foi sempre efetuada na fonte.

O mesmo vale para a doutrina estrangeira *que trata do tema especificamente*. Como não é o objetivo da tese efetuar um estudo de direito comparado, não se dedica um capítulo a isto. A pesquisa no direito estrangeiro serviu para ilustrar a exposição e obter idéias e mostrar profundidade de pesquisa. Vale ressaltar que a doutrina estrangeira em geral foi profundamente analisada, uma vez que se parte da análise ampla dos institutos para alcançar as conclusões específicas do tema. Observe-se, ainda, que mesmo as referências estrangeiras não se detiveram de modo profundo sobre o tema em específico.

³ Aliás, ressalte-se, a quase totalidade da bibliografia utilizada encontra-se disponível nas bibliotecas de nossa faculdade e foi lá consultada.

1.4.2 – Amplitude da pesquisa e as principais questões

Não podendo se resumir o presente trabalho em uma coletânea de idéias desprovidas de base científica, torna-se importante adotar uma metodologia que permita formular propostas com base no reexame de alguns conceitos e temas afeitos à tese. Partindo do próprio título da tese, são três “termos” que formam o seu arcabouço: “Poderes dos advogados”, “condução” e “processo”.

A exposição será efetuada no sentido inverso do título, primeiro analisando os institutos fundamentais do processo, depois o significado e a forma da condução do processo e em terceiro lugar o papel do advogado.

A análise dos institutos fundamentais do processo tem o condão de introduzir o tema porém, ao invés de relatar cada um deles de modo profundo, seguindo o que foi acima ressaltado, buscar-se-á uma rápida abordagem com o intuito de, ainda que ligeiramente, deslocar a gravitação de importância da jurisdição para a ação e defesa, uma vez que é nestes dois institutos que se destaca a figura do advogado. Assim, mais do que discorrer sobre um tema por demais conhecido, será feita uma breve *releitura*.

A condução do processo, por sua vez, é tratada a seguir, buscando demonstrar que não é apenas o juiz que exerce essa atividade dentro do arco procedimental, estando as partes aptas a ditar o seguimento e o ritmo do processo por meio de seu advogado. Ademais, o intuito desta parte é evidenciar que, fundamentalmente, é ele quem pode conduzir o processo com mais ou menos celeridade, em vista da qualidade de sua atuação. Com a ampliação do significado da palavra condução, rompe-se o paradigma de que apenas o juiz dirige o processo.

Na terceira parte, o papel do advogado na administração da justiça é estudado e já se encontra reforçado pela carga de informações desenvolvidas nos capítulos anteriores. Neste ponto, o cotejo das idéias desenvolvidas ao longo da tese abre a possibilidade da apresentação de propostas para a ampliação do poder do advogado na condução do processo e em sua própria atuação como entidade fundamental a prestação jurisdicional.

Não houve acanhamento na elaboração das propostas, ainda que algumas delas acabem por serem tomadas como possíveis apenas em um sistema ideal. Todavia, também há propostas factíveis no cenário jurídico nacional *de lege ferenda* e mesmo *de lege lata*.

Restam, assim, cumpridas as explanações obrigatórias à guisa de introdução.

2 – Breve retrospectiva da evolução do direito processual civil

É preciso, ainda que de forma extremamente sintética, repassar a evolução do processo civil do sincretismo ao instrumentalismo, com o intuito único de posicionar o tema deste estudo dentro da atualidade da ciência processual. Para um estudo mais abrangente sobre o assunto recomenda-se a observação dos doutrinadores citados, os quais se ocuparam com profundidade no assunto. A repetição de fatos históricos de conhecimento mais que notório em nada contribuiria para a presente tese, conforme anteriormente ressaltado.

Estamos a quase um século e meio do “nascimento” da ciência processual⁴ como um ramo liberto do direito civil, sendo possível observar três momentos nessa evolução, marcada inicialmente e tendo como antecedente a (1) concepção sincretista do processo, quando este ainda era considerado jungido ao direito material, passando pela (2) fase autonomista na qual os principais fundamentos do direito processual como ciência foram estabelecidos e amadurecidos – até hoje usados no estudo de todas as particularidades desta – e alcançando a (3) fase instrumentalista, que configura o processo como meio à obtenção da satisfação do direito, ao alcance da justiça justa e conduzindo os estudos a afastar a sua incorreta concepção como estanque e autônomo, justificado em si mesmo.

Foi fundamental a passagem da segunda para a terceira fase, tendo em vista que durante a fase denominada como autonomista, o foco dos doutrinadores era a concepção de fundamentos e princípios dessa nova ciência, fazendo com que a técnica passasse a imperar. A necessidade de precisar conceitos e ter a certeza que a sua observância cuidaria de

⁴ Tomando como “certidão de nascimento” a obra de Oskar von Bülow, datada de 1868, muito embora a gênese tenha se dado com a polêmica Windscheid-Muther iniciada em 1856. Sobre os marcos iniciais da ciência processual e as fases de sua evolução, ver: Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 17-24 e Direito e Processo, em *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, n. 12 e ss, p. 40 e ss.; José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo. Influência do direito material sobre o processo*, p. 24-26; Hélio Tornaghi, *Instituições de processo penal*, p. 244-289; José Manoel de Arruda Alvim Netto, *Manual de direito processual civil*, n. 5 e ss., p. 42 e ss.; Celso Neves, *Ação*, n. 25 e ss.

firmar os posicionamentos doutrinários ora criados, havia de ser o centro da preocupação dos especialistas. A observância das regras era o mote, relegando-se a solução da controvérsia e a entrega da justiça a um plano secundário. Indo *de* encontro a esta, eclode o pensamento instrumentalista, fonte para os estudos sobre os escopos do processo, valorizando-se os resultados que o processo deve e pode produzir⁵. Com bastante tempo decorrido da independência da ciência processual, já era o momento de se perceber que ela precisaria se reafirmar como função necessária aos fins que a justificavam desde o seu início.

Sendo o Judiciário a principal fonte de solução de controvérsias, é de suma importância dotar o processo de efetividade prática para solucionar com presteza as crises verificadas no plano material. Seus institutos devem ser compreendidos de conformidade com as necessidades a satisfazer do ponto de vista do direito material⁶.

Foram frutíferas as tentativas destinadas a facilitar o acesso à Justiça, mediante reformas legislativas em nosso sistema no decorrer das duas últimas décadas, mesmo que ainda que estejamos aquém do ideal⁷. E, justamente com o surgimento deste movimento destinado à ampliação do acesso ao Poder Judiciário houve o desenvolvimento das denominadas novas “ondas renovatórias” do processo civil⁸.

Em síntese, configura-se a *primeira onda* por estar ligada à questão da assistência judiciária aos economicamente hipossuficientes, a *segunda onda* por direcionar suas luzes aos direitos e interesses coletivos e, a *terceira onda*, que tem por objetivo a ampliação dos conceitos desenvolvidos nas fases anteriores⁹, dando novo enfoque ao acesso a

⁵ Aqui, remete-se como um todo ao *landmark*, *A instrumentalidade do processo*, de Cândido Rangel Dinamarco.

⁶ Cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, *Direito e Processo*, p. 15 e ss.

⁷ Cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela Cautelar e Tutela Antecipada*, p. 17 e ss.

⁸ Cfr. Mauro Cappelletti e Bryan Garth, *Acesso à Justiça*, *passim*.

⁹ Cfr. Cappelletti e Garth, *op. cit.*, p. 31 e ss. Mauro Cappelletti ainda focaliza os obstáculos a serem transpostos que se encontram contidos genericamente em cada uma destas chamadas ondas e que dificultam que se atinja seu escopo. Seriam os obstáculos econômico, organizacional e processual. Cada um ligado

Justiça, agrupando forças para eliminar ao máximo os resíduos de litigiosidade contida na população¹⁰.

Sem dúvida, uma evolução importante. Não obstante, a doutrina ressalta, em complemento, que se deve verificar a matéria por dois ângulos, pois na medida em que se facilitou o ingresso no Judiciário houve um sério aumento no número de processos colocados à busca de solução¹¹. E no caso de nosso Poder Judiciário, esse aumento no número de processos não foi compensado com o devido investimento em infra-estrutura, tornando o sistema ainda mais inapto a solucionar com celeridade e eficiência os conflitos depositados a sua égide.

Em nosso sistema, a implementação prática dos resultados obtidos com os estudos sobre as ondas renovatórias tem se dado mediante reformas pontuais e graduais na legislação codificada. Nosso Código de Processo Civil vem recebendo, nos últimos anos, dezenas de alterações com o intuito de buscar uma melhor celeridade no procedimento, por vezes ressaltando a técnica processual, por outras promovendo alterações procedimentais que nenhuma melhora se pode perceber.

Esta maneira de implementar as alterações tem recebido críticas, uma vez que se teme a transformação do sistema trazido pelo legislador com o Código de 1973¹² em uma

respectivamente a sua “onda”. Cfr. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à ‘justiça’”, *Revista Forense*, n. 326. Em outro artigo, “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”, *Revista de Processo*, n. 64, Mauro Cappelletti aborda o descontentamento popular com o funcionamento da máquina judicial, apresentando que a ineficiência e a sobrecarga de trabalho foram apontadas como os dois problemas mais sérios ainda não solucionados pela grande maioria dos países.

¹⁰ No Brasil, a evolução legislativa direcionada a minimizar os resíduos de litígios não jurisdicionalizáveis apresenta como exemplos a lei dos juizados de pequenas causas (atualmente denominados juizados especiais, criminais e cíveis), a lei de defesa do consumidor, erigida a categoria de “código”, a lei da ação civil pública e ação popular e a lei de arbitragem, para citar apenas algumas.

¹¹ Cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, *Efetividade do processo e técnica processual*, p. 20.

¹² Houve clara opção do legislador pela criação de um novo Código de Processo justamente pela necessidade de sistematização e não foi outro o temor de Alfredo Buzaid ao afirmar na *Exposição de Motivos* do Código de

verdadeira “colcha de retalhos”¹³. Ou pior, como faz advertência a experiente doutrina, acabam por *serem promovidas alterações equivocadas para problemas mal diagnosticados*¹⁴.

Portanto, alçando este pensamento a referência metodológica para as propostas trazidas com o presente estudo, é justificável a busca de mais soluções para o nosso sistema processual sem que com isso seja obrigatória a realização de mais reformas legais.

Há uma clara insuficiência de meios e uma grande dose de resistência à utilização correta da técnica processual, o que faz acreditar que com a ampliação da atuação do advogado no processo civil seja possível aproximar os desideratos mais caros ao processo de resultados. Certamente existem atos praticados no curso do arco procedimental que poderiam ser delegados à produção extra-processual e após concluídos serem levados à apreciação do juiz que os sanearia na justa medida.

É plenamente possível que todas as propostas que porventura surjam deste trabalho sejam colocadas imediatamente em prática e, para segurança dos mais relutantes, deixadas como opção supletiva, subsidiária ou alternativa ao encargo que hoje é dispensado à máquina burocrática do Judiciário. A qualidade das propostas se justificarão pelo estudo de base teórica que se empreenderá e não por apostas fundadas no casuísmo como muitas vezes a ciência do direito se vê exposta.

A valorização do advogado e o conseqüente aumento dos seus poderes para a condução do processo talvez sejam produtos de um maior desenvolvimento sócio-cultural

Processo Civil de 1973: “O grande mal de reformas parciais é o de transformar o Código em mosaico com coloridos diversos que traduzem as mais variadas direções”.

¹³ A mesma preocupação é externada por Cândido Rangel Dinamarco em *A Reforma da Reforma*, n. 11, p. 38 e ss.

¹⁴ Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, “As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva” em *Temas de direito processual*, 6ª série, p. 81-93 e “Reformas processuais” em *Temas de direito processual*, 7ª série, p.1-6.

que necessita somente de um pouco mais de tempo e, talvez, não possa ser alcançado com a simples imposição de novas regras legais.

De acordo com o adágio hoje muito em voga, é *fundamental a mudança no modo de pensar o direito*.

CONSIDERAÇÕES SOBRE OS INSTITUTOS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO

1 – Visão geral

De modo a introduzir o estudo a ser realizado, é importante rememorar¹⁵ as lições sobre os quatro institutos considerados pela moderna doutrina como fundamentais ao direito processual, ou seja, jurisdição, ação, defesa e processo¹⁶⁻¹⁷.

São classificados como institutos, tendo em vista que são individualmente constituídos por um conjunto de normas coordenadas em direção a um fim comum ou, nas palavras de Vicente Ráo, regras unidas e coordenadas em direção a um objetivo comum, o que as transforma em um todo lógico¹⁸.

Não pode o processualista deixar de se posicionar acerca de certas regras e noções gerais que pautam o estudo da disciplina e que lhe proporcionam sentido sistemático.

¹⁵ Não há pretensão de repassar o tema com toda a profundidade, uma vez que também não há necessidade, tendo em vista que a articulação das idéias presentes nesta tese pressupõe o seu conhecimento tanto pelo expositor quanto pelo leitor.

¹⁶ O estudo completo da história e desenvolvimento de todas as concepções relativas aos institutos de direito processual é encontrado na lição de Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*. A estrutura nele desenvolvida é apontada como a base para a elaboração da obra *Teoria Geral do Processo*, de Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Araújo Cintra.

¹⁷ De uma maneira geral a doutrina mais antiga aborda os institutos fundamentais do processo sem tratar especificamente do *jus exceptionis*, constituindo a trilogia estrutural de conceitos básicos apenas a jurisdição, ação e processo, geralmente obedecendo esta ordem. Nos clássicos italianos, Giuseppe Chivenda, *Principii di diritto processuale civile*, §§1º, 2º, 3º, 13 e 18, Piero Calamandrei, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, I, §§ 7º e 8º, Liebman, *Manual*. No Brasil, José Frederico Marques aponta a trilogia em suas *Instituições de direito processual civil*, mas em obra mais recente, *Manual de direito processual civil*, acaba por incluir a defesa junto aos outros três. Cândido Rangel Dinamarco aponta que sua *Execução civil* aborda apenas os três, mas justifica em *Fundamentos...* (p. 112) que se à época estivesse convencido como hoje está, teria incluído exposição no momento em que apresenta os embargos do executado.

¹⁸ Cfr. Vicente Ráo, *O direito e a vida dos direitos*, p. 191.

Filosoficamente falando, é necessário fixar-se o método de investigação processual científica, utilizando-se dos três parâmetros fundamentais do conhecimento científico, com a certeza de resultados, coerência unitária dos juízos alcançados e, por fim, a sua adequação ao real, pois somente assim o estudo conterà a coerência metodológica necessária¹⁹. Somado a isso, temos a necessidade de uma renovação interpretativa, visto que o direito e a sociedade são indissociáveis, conduzindo-nos ao pensamento da teoria tridimensional do direito²⁰, na qual fato, valor e norma são unidos formando o conteúdo de valores do ordenamento.

Neste sentido, deve-se interpretar o sistema normativo ao sabor dos valores vigentes ao tempo de aplicação da lei, sob pena da perda desta mesma coerência metodológica desejada.

A análise dos institutos, portanto, será realizada com o condão de contextualizar a perspectiva de atuação do advogado no processo que se está certamente centrada no exercício da ação e da defesa.

Com isto, será possível verificar a existência de analogia entre os aspectos de atividade, função e poder existentes na jurisdição e personificados no juiz e os relativos à ação e defesa, personificados no advogado. Ou melhor dizendo, verificar que é possível criar um vínculo analógico entre juiz e advogado no exercício de suas atribuições dentro do processo.

¹⁹ Cfr. Miguel Reale, *Filosofia do Direito*, vol. I, p. 72.

²⁰ Cfr. Miguel Reale, *Lições preliminares de direito*, p. 64-68.

2 – A jurisdição

A jurisdição é uma manifestação do *poder* estatal, que se resolve na capacidade de decidir imperativamente e de impor decisões²¹. Note-se que ela não é um poder em si, mas sim uma das expressões do poder estatal. E este é uno e insuscetível de divisão ou pluralização²², uma vez que os Poderes do Estado são os setores da estrutura orgânica estatal que recebem constitucionalmente determinadas funções mais ou menos homogêneas.

A administração da Justiça é uma *função* do Estado ligada ao Poder Judiciário, função esta que pode ser caracterizada pelos seus objetivos. Atualmente, o escopo precípua da jurisdição extrapola os limites jurídicos, avançando pelos caminhos de utilidade social e política²³. Mais do que traduzir apenas a vontade da lei, dando efetividade à ordem jurídica substancial, a jurisdição visa à pacificação e a harmonia social. Pacificar com justiça é a palavra de ordem no hodierno Estado social.

A jurisdição é a *atividade* pública que o Estado detém, com exclusividade, para substituir – quando chamada a agir – a atividade particular, tendo em vista a eliminação dos conflitos²⁴. Faz-se revelando a vontade concreta do direito mediante uma declaração ou

²¹ Cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 82 e ss.

²² V. Cândido Rangel Dinamarco, *Execução Civil*, p. 186, n. 111, “Os institutos fundamentais de direito processual” em *Fundamentos do Processo Civil Moderno*, n. 39, p. 115 e ss e também na referência da nota anterior.

²³ Cfr. Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, p. 153.

²⁴ No desempenho da função jurídica estatal, além da jurisdição existe também a atividade de *legislação* que logicamente a precede e que estabelece as normas que devem reger a conduta dos indivíduos em sociedade, ditando o que é certo ou errado, produzindo as noções de licitude e também atribuindo direitos, poderes, faculdades e obrigações. Como sabido, são normas abstratas formuladas sem qualquer apoio de uma situação concreta. Como no direito penal, os “tipos penais”. A realização prática destas normas é o substrato da jurisdição. Enrico Tullio Liebman abre o seu *Manual de direito processual civil*, com a seguinte frase: “Feitas as leis, não se considera ainda plenamente realizada a função do direito”, n.1, p. 3. Elio Fazzalari também identifica a divisão entre legislação e jurisdição indicando que esta cuida da repressão à violação das leis e aquela trata da formação do *corpus iuris*, lembrando ainda que as atividades estatais que cuidem de interesses públicos diversos destes deve ser denominadas como *administração* (*Istituzioni di diritto processuale*, p. 5).

com a promoção dos resultados por meios práticos. O primeiro caso é a síntese do que ocorre no processo de conhecimento, o segundo, no de execução²⁵.

O exercício da jurisdição não implica a criação nem mesmo a complementação das normas de direito²⁶. Muito menos torna normas antes abstratas em concretas. A jurisdição não cria direitos, apenas declarando e fazendo atuar as normas já contidas no sistema.

A passagem do abstrato ao concreto é verificada quando ocorre na experiência real algum fato que se encaixe perfeitamente no modelo determinado pela norma geral e abstrata. Ocorrido o fato e coincidindo com a previsão abstrata, torna-se concreto o preceito. É o deslinde natural do direito, denominado como sua fisiologia²⁷ e não tendo como necessária qualquer interferência dos órgãos de jurisdição. A dúvida sobre a existência ou sobre o significado deste preceito concreto gerará o conflito de entendimentos que invocará a interferência do poder estatal. Também a insatisfação ou a resistência a tal preceito concreto demandará o exercício da jurisdição²⁸.

Com este pequeno exame já é possível concluir que a jurisdição vai muito além da “justa composição da lide” como se referia Carnelutti²⁹. De início pelo próprio

²⁵ Cfr. Giuseppe Chiovenda, *op. cit.*, §2º, I; Piero Calamandrei, *op. cit.*, I, §8º; Alfredo de Araújo Lopes da Costa, *Direito processual civil brasileiro*, n. 32, vol. 1; Luis Eulálio de Bueno Vidigal, “Escopo do processo civil”, *Direito processual civil*, n.5.

²⁶ Posição contrária verifica-se na doutrina espanhola, cfr. José Vicente Gimeno Sendra, *Fundamentos del Derecho Procesal*, p. 115 e ss., que acredita que a função dos tribunais não se limita à aplicação do texto puro da lei, sendo que ao interpretar e aplicar as normas, a jurisprudência pode adquirir certa transcendência normativa. Ademais, o autor indica como um dos escopos da jurisdição a complementação do ordenamento jurídico que seria, inclusive, exegese do artigo 1.6 do Código Civil, que conferiria ao Tribunal Superior tal missão.

²⁷ Cfr. Piero Calamandrei, *op. cit.*, I, §11.

²⁸ Não se deve esquecer que algumas pretensões não podem ser satisfeitas sem o auxílio do poder estatal. Genericamente tomemos por exemplo o que acontece com certos feitos pertencentes ao chamados de “jurisdição voluntária”.

²⁹ A conceituação de lide como “conflito de interesses qualificados por uma pretensão resistida” é a síntese do pensamento de Francesco Carnelutti divulgado nas *Lezioni di diritto processuale civile*, vols. I e II – v. também vol. V, n. 396 e 419 –, e nas *Instituições de processo civil*, vol. I, n. 17. Para contraposição deste pensamento, ver Nicola Jaeger, *Diritto processuale civile*, n. 22, esp. pág. 53.

conceito de lide como pretensão resistida, na medida em que nem toda a pretensão pode estar reproduzida no processo, podendo haver sido levada parcialmente, ou ainda pelo fato de que ocorrem casos em que as partes são obrigadas a recorrer à jurisdição pois não podem atuar espontaneamente a norma de direito material³⁰. Ademais, o posicionamento de Carnelutti é pela teoria unitária do ordenamento jurídico³¹.

Não se pode deixar de apontar que a doutrina moderna passou a considerar a existência de mais de um escopo para a jurisdição, visto que a abordagem apenas pelo plano jurídico não abrange as funções que ela desempenha perante a sociedade e mesmo o Estado³².

A doutrina italiana de algum tempo atrás visualizava os escopos mediato e imediato, sendo este a realização de interesses individuais ou coletivos de sujeitos que, direta ou indiretamente protegidos pela norma de direito material restaram insatisfeitos. Aquele, seria a reintegração do direito objetivo, a atuação da vontade da lei que, realizando os interesses insatisfeitos faz com que se atinja a jurisdição³³.

O aprimoramento das concepções demonstrou que a busca pela função da jurisdição era, em verdade, uma mera disputa entre pontos de vista publicistas e privatistas³⁴,

³⁰ v. nota 28 supra,

³¹ Cfr. *Diritto e Processo*, esp. n. 12: “*Lo ius non è ius se non reagisce all’iniuria*”(p. 19) e *Istituzioni di processo civile*, vol. I, n. 17. É de se verificar também em *Eficácia e autoridade da sentença*, “notas de Ada P. Grinover ao § 2º”, n. 2, p. 33, nota de rodapé n. 12.

³² Muito embora considere a existência e utilidade da tríade de escopos, jurídico, político e social, e integre a escola instrumentalista, afirma José Roberto dos Santos Bedaque que os escopos sociais e políticos são meras consequências do escopo jurídico da jurisdição, cfr. *Poderes instrutórios do juiz*, n. 2.1, esp. p. 30.

³³ Marco Tullio Zanzucchi, *Diritto processuale civile*, vol. I, n. 11, p. 11. Na doutrina espanhola de não muito tempo atrás fica apontada a divisão entre as teorias subjetiva e objetiva, com o mesmo conteúdo e a troca apenas de algumas expressões, cfr. Juan Montero Aroca, *Introducción al derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*, esp. p. 57. Tanto este autor, para quem a jurisdição “consiste em satisfazer de modo jurídico pretensões e resistências, e materialmente em satisfazer interesses jurídicos” (*op. cit.*, p. 109), como Jaime Guasp, que a define como “a função específica estatal que tende à satisfação de pretensões” (cfr. *Derecho procesal civil*, vol. I, p. 106), defensores da vertente subjetiva, são considerados exceções à corrente majoritária objetivista espanhola. No Brasil, Hélio Tornaghi, *op. cit.*, p. 228, afirma que o amparo a interesses individuais subjetivos é resultado da atividade jurisdicional e não o seu fim, que seria a proteção ao ordenamento jurídico, espelhando assim a defesa da teoria objetiva.

³⁴ Calamandrei, *op. cit.*, p. 73.

uma vez que as opiniões se completavam no mais das vezes. Todavia, o estudo dos escopos da jurisdição tem grande relevância para o encontro de soluções adequadas para o sistema, especialmente quando se estuda o processo pelo prisma instrumentalista.

Não parece necessário maior aprofundamento nesta matéria, uma vez que as referências doutrinárias sobre o tema já esgotaram o assunto e as conclusões a serem atingidas pressupõem o seu conhecimento. O importante nesta recapitulação de idéias é verificar que a jurisdição é claramente uma das bases formadoras do processo, mas por si só, incompleta.

2.1 – Ainda sobre a atividade jurisdicional – caráter substitutivo

A atividade do juiz, enquanto ente personificado do Estado, recebe caráter substitutivo da vontade dos sujeitos ou grupos envolvidos no conflito, na medida em que, por atos próprios, as partes não entabularam meios para estabilizar seus interesses. Desta feita, o juiz buscará a solução com a aplicação da vontade da lei mediante a perquirição da verdade pela obtenção de provas (instrução probatória) e, eventualmente, em um segundo momento, invadindo a esfera jurídica do derrotado para satisfazer o interesse da parte vitoriosa³⁵.

Sem dúvida um autêntico exercício do poder estatal, uma vez que partindo da crise de direito não resolvida, o ente estatal irá substituir as atividades dos envolvidos para produzir os resultados que seriam esperados se não houvesse o conflito. Encaminha-se, pois,

³⁵ Este é um resumo do pensamento encontrado nas lições de Chiovenda, *op. cit.* § 13 e Liebman, *Manual de direito processual civil*, vol. I, n.1, p. 7.

para a segunda das alternativas para a atuação da vontade da lei, uma vez que o cumprimento espontâneo não se realizou³⁶.

Esta atuação do Estado demonstra a utilização do poder jurisdicional para a entrega de uma tutela concreta, individualizada e subsidiária (ou melhor, secundária). Fica claro que o interesse do Estado-Juiz é a realização de interesses que não são seus, mas dos seus jurisdicionados. Eventualmente pode-se incluir a tutela dos interesses do próprio Poder Público, com a ressalva que neste caso estão atuando com posições jurídicas distintas³⁷.

O interesse direto da jurisdição é, assim, a própria realização da norma que o sistema guarda e que o particular solicitou que fosse atuada em virtude do descumprimento do direito material.

Somado a este prisma, temos a atividade substitutiva nas ações tidas como *necessárias*, geralmente caracterizadas nos feitos de “jurisdição voluntária”, em cujos casos a situação jurídica desejada pelas partes só pode ser alcançada mediante o ingresso de feito junto ao Poder Judiciário. São provimentos de natureza constitutiva (negativa ou positiva) em que as partes, mesmo não havendo resistência a sua pretensão, não conseguem sozinhas obter resultado.

Configurando atividade eminentemente primária, reforça a ressalva em não se aceitar de forma absoluta o caráter secundário do processo e da jurisdição.

Rapidamente, relembando uma das últimas reformas legislativas, que alterou o procedimento relativo aos inventários, separações e divórcios em nosso sistema processual,

³⁶ Cfr. Salvatore Satta em *L'esecuzione forzata*, n. 14, que expõe a sua visão sobre o caráter secundário da jurisdição com bastante semelhança à posição da doutrina italiana de sua época.

³⁷ Cfr. Marco Tullio Zanzucchi, *op. cit.*, vol. I, esp. p. 13.

nota-se uma clara tendência do legislador em esvaziar a carga de jurisdição relativa aos feitos de “jurisdição voluntária”.

2.2 – Ainda sobre a função jurisdicional – escopo jurídico

Dentro do presente trabalho é importante que o escopo jurídico da jurisdição receba as melhores luzes, não porque se entenda ter valor preponderante aos demais, muito pelo contrário, pois *uma visão estritamente jurídica no estudo do processo é insuficiente e estéril*³⁸. Não se exclui a visão sociológica ou política, todavia ambas devem ser entendidas como inseridas no presente trabalho como fundamento da base de estudos. Os objetivos que se pretende alcançar foram traçados tendo em vista a cultura adquirida com a aceitação da visão instrumentalista do processo e a aceitação de suas premissas com relação ao amplo espectro dos escopos modernos do processo.

Todavia, uma vez que a presente tese busca dar condições a maior atuação do advogado no processo, é preciso que os elementos ligados estritamente à técnica processual sejam revistos. Em adição, não se afasta que o escopo jurídico é o que mais se presta a considerações de ordem técnica e mais influências projeta sobre a técnica processual, justamente por ser *prima facie* técnico³⁹.

Importante adotar a visão da teoria dualista do ordenamento jurídico, sem contudo deixar de verificar que esta se completa com alguns entendimentos da teoria unitária, ou melhor, a discussão centrada na disputa entre as duas teorias já não é alvo de grandes

³⁸ Palavras de Cândido Dinamarco, *A instrumentalidade do processo*, n. 26, p. 177.

³⁹ *Op. cit.*, n. 30, p. 219.

emoções como no passado⁴⁰. Desta forma, neste estudo considera-se o direito material pré-existente ao processual, admitindo aquele como sistema suficiente para a criação de direitos e obrigações logo ao suceder de fato relevantes.

Não obstante, é de se observar a atuação do juiz como forma de moldar o preceito “cru”, estabelecido na norma, para que o resultado final produzido com a sua sentença consiga promover a realização efetiva da lei. E a expressão “vontade da lei” não é nada mais do que a vontade expressa pelo Estado, traduzida no corpo da legislação para a organização social como um fim único. Os valores axiológicos da sociedade contribuem para que haja uma evolução no trabalho de “tradução” realizado pelo juiz⁴¹. Todavia, ainda que lei vigente conduza a resultados injustos, o juiz fica impedido de exarar sentenças contrárias a ela.

É claro, também, que a figura do juiz-legislador⁴² é completamente repelida pelo sistema, visto que a ele não é concedida legitimidade para tal. O preenchimento de lacunas legais no exercício da jurisdição é apenas uma manifestação da própria função a que ela se destina. Com isto, agrega-se permissão para que o juiz possa afastar incorreções nos textos da lei para alcançar o estrito cumprimento do direito, jungido aos preceitos filosóficos do trinômio fato, valor e norma.

Portanto, muito embora o juiz utilize a sua sensibilidade e razão para atuar a norma que buscou no direito positivo, a essência do dispositivo a ser empregado por ele não faz parte de sua criação. Assim como sua atuação na condução do processo: pode um juiz

⁴⁰ Cfr. Liebman, *Manual*, p. 6., referindo-se a contraposição entre o pensamento de Chiovenda e Carnelutti quanto à definição de jurisdição.

⁴¹ Liebman classifica o juiz como “intérprete qualificado”. *Op. cit.*, p. 5.

⁴² Impossível não se fazer menção à Mauro Cappelletti, *Giudici Legislatori*?: “Um bom juiz pode muito bem ser criativo, dinâmico, engajado e patentear-se como tal, mas só um mal juiz agiria pelas formas e modos de um legislador; conforme penso, um juiz que agisse de tal maneira simplesmente deixaria de ser um juiz” (n. 11 esp. p. 64).

atuar com maior ou menor influência na realização dos atos do arco procedimental; pode ainda ele optar por diversas formas de materialização do resultado prático ditado pela sentença (ou seja, na sua atuação no processo de execução). Porém é necessário o respeito à legalidade prescrita ao processo. Este último ponto tem sido alvo da atenção dos estudiosos reformistas de nossa legislação.

Junto da atuação do juiz e com vista ao alcance do escopo jurídico do processo podemos encontrar a atuação das partes, compondo a relação jurídica processual, visto que a atuação do juiz é limitada no campo da iniciativa para propor a demanda e quanto à realização da prova, sendo aquela de caráter exclusivo e esta de exercício preponderantemente da parte. Verifica-se na atuação processual uma lista de ônus⁴³ ao encargo das partes que conferem às suas atuações porte decisivo para a obtenção de um melhor ou pior resultado.

A verificação de que a conduta das partes pode influenciar o desempenho do processo na medida de seus interesses e dentro da legalidade só confirma uma das conclusões que se pretende obter com este estudo. Tomando exemplificativamente alguns dos ônus impostos às partes – ônus de afirmar, de contestar, de recorrer e de provar – e inerentes ao curso procedimental, é possível verificar que a decisão pelo seu cumprimento e em qual medida ele se dará, é um encargo colocado à responsabilidade e discricionariedade do advogado.

Enfim, pelo prisma do instituto da jurisdição é possível afigurar os poderes concedidos ao juiz e a sua contribuição para a condução do processo. Neste sentido, devido

⁴³ A teoria que envolve o estudo das expectativas, possibilidades e ônus é fruto da obra de James Goldschmidt em *Derecho procesal civil*, esp. p. 7-9, e também analisada em suas outras obras.

as suas atribuições e a sua relação com a busca pelo escopo jurídico do processo, verificam-se suas limitações e a conseqüente necessidade de colaboração da ação e da defesa.

3 – A ação e a defesa

Uma vez que a jurisdição é inerte e cabe exclusivamente à parte a promoção de atos que invoquem a função jurisdicional do Estado, é justamente deste fato que surge o conceito de ação como o direito ao exercício da atividade jurisdicional (embora parte da doutrina considere o exercício de um poder e não de um direito). Mediante o exercício da ação provoca-se a jurisdição, que é exercida pelo processo.

A ação é o instituto fundamental de direito processual que mais tem dado causa a polêmicas desde a aceitação da autonomia da ciência processual⁴⁴. Sendo o principal foco de atenção do processualista, a ação sempre é analisada pelo ângulo do sujeito que demanda e busca a satisfação de suas pretensões, certamente advindo da herança romanística do seu sistema de *actiones*. É uma visão de cunho privado pois considera o instituto pelo ponto de vista da parte, colocando a ação no centro do sistema processual

Esta visão não mais contenta a doutrina moderna, que combate o chamado *processo a serviço do autor*⁴⁵. O estudo se dirige para o cumprimento dos escopos da jurisdição, especialmente no que diz respeito a fazer cumprir o direito objetivo material (embora aqui ainda estejamos mencionando uma visão privatista), com viés de suprir o interesse público da correta atuação do direito.

⁴⁴ Algumas polêmicas ainda não solucionadas, como ressalta Hélio Tornaghi, listando inúmeras questões e posicionando-se acerca de várias, cfr. *Instuições, cit.*, vol. I p. 241 e ss; pontualmente, vale a pena reproduzir uma figuração descrita pelo doutrinador sobre a transformação histórica da concepção da ação: “a ação era outrora o poder jurídico que tinha alguém (autor, aquele que age, que atua) de sujeitar outrem (réu) a alguma coisa; no dia em que o Estado disse: - não há mais esta ação, ela é proibida, é ilícita, mas em lugar dela eu instituo outra, permitindo agir perante mim para exigir de mim que eu faça justiça – a ação se converteu num direito subjetivo público: o direito de exigir do Estado que faça justiça.” e Eduardo Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, p. 66 e também *Introdução ao estudo do processo civil*, pág. 17 e ss., com uma ótima narrativa sobre o que é a ação civil.

⁴⁵ Cfr. Dinamarco, *Institutos...*, n. 36, Bedaque, *Poderes instrutórios...*, n. 2.2, sendo este combate também efetuado por Liebman que aponta também que o direito de agir, que goza de garantia constitucional, tem como contraposto inseparável a correspondente garantia de defesa, o que assegura o princípio do contraditório, cfr. *Manual...*, p. 147. Vidigal, *op. cit.*, traz também sua crítica às teorias privatistas sobre os escopos do processo.

O moderno entendimento da *tutela jurisdicional*⁴⁶ tem por essência o banimento da idéia de tutela de direitos do sistema e da linguagem do processualista, uma vez que o processo, visto pelo prisma publicista é instrumento do Estado e não do demandante, ficando em seu centro a jurisdição e não a ação.

O pensamento contrário, em poucas palavras, seria uma regressão a momento anterior aos estudos de Chiovenda e Carnelutti na busca por melhor definir os escopos do processo, no início do século passado.

É verdade que as partes percebem o processo do ponto de vista do seu próprio interesse, assim como o juiz, personificando o Estado, protege o interesse público. Não se pode afastar estes prismas, porém não se pode sobrepujar o primeiro ao segundo. Por outro lado, o segundo não pode sufocar o primeiro. No presente trabalho, reconhecendo a primazia da função pública do processo, buscará a superação de falsos dogmas que se protegem elevando seus dizeres sobre a oposição ao privatismo: *é preciso também que se considere o interesse privado, entretanto sem regredir às antigas teorias.*

Passando ao instituto da defesa, verifica-se que, historicamente, somente a partir dos estudos mais modernos passou-se a considerar a defesa como pertencente aos “institutos fundamentais de processo”⁴⁷. Não sem tempo, visto que o exercício do *jus exceptionis* complementa a atividade do exercício da ação no processo.

Na medida em que a jurisdição é provocada pelo exercício da ação, a esfera jurídica de uma terceira pessoa é atingida, visto que embora a pretensão do demandante

⁴⁶ Ver por todos, Dinamarco, *Tutela Jurisdicional*, em Fundamentos do Processo Civil Moderno, vol. II.

⁴⁷ Com relação a este ponto, remete-se a nota de rodapé n. 16.

seja dirigida ao Estado, a sentença a ser obtida poderá ser desfavorável ao demandado. Este fenômeno é denominado bilateralidade da ação⁴⁸, que dá fundamento lógico ao contraditório.

Conforme uma parte exercita a ação colocando os seus argumentos no instrumento da demanda, cabe a outra parte exercitar a defesa mantendo a igualdade de forças para o futuro pronunciamento da jurisdição⁴⁹. É o resguardo ao princípio da isonomia ou igualdade de oportunidade às partes.

A defesa interliga-se à ação e à jurisdição para formar o processo, porém, sem a demonstração de sua existência muitos dos princípios processuais perderiam parte da sua essência. É só notar que o princípio da igualdade, do contraditório, da ampla defesa perderiam substrato sem a aceitação da defesa como instituto fundamental.

Não há como discordar que a realização da vontade da lei somente poderá se dar na medida em que o direito de defesa tenha o mesmo peso e as mesmas oportunidades oferecidas ao direito de ação. Autor e réu, ambos, têm o mesmo pedido frente à jurisdição: que se faça justiça⁵⁰.

Muito embora análogos, não se pode igualá-los no que diz respeito ao conteúdo e à funcionalidade processual, pois é a ação que provoca a jurisdição, tirando o Estado-juiz da inércia, e a defesa, encontrando a jurisdição em movimento, buscará com a contraposição de argumentos estancá-la, permitindo que o réu desvincule-se da sujeição do *imperium* do Estado⁵¹. Ainda, de forma contrária, poderá do réu ao se defender criar ônus ao

⁴⁸ Cfr. Cintra, Pelegri e Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, n. 165, p. 279.

⁴⁹ Cfr. Eduardo Couture, *op. cit.*, n. 22, onde aponta que *a definição clássica da ação, segundo a qual esta é o meio legal de pedir o que nos pertence ou nos é devido, corresponde outra em que a exceção é considerada como um meio legal de destruir ou adiar a ação intentada.*

⁵⁰ Cfr. Cintra, Pelegri e Dinamarco, *op. cit.*, n. 166, p. 280.

⁵¹ Cfr. José Frederico Marques, *Manual de direito processual civil*, vol. I, n. 146, p. 184.

autor, como na apresentação de fatos modificativos do direito pleiteado que deverão ser atacados em réplica ou ainda na interposição de recurso à sentença que lhe foi desfavorável.

Há que se ponderar, também, que o exercício da defesa constitui um ônus para o réu, visto que poderá ele reagir ao pleito proposto na demanda ou não. Poderá, outrossim, omitir-se ou confessar o pedido formulado pelo autor.

Não obstante, a garantia do direito de defesa pode ser atendida em muitos casos mesmo com a inércia de seu titular. Se por um lado, é preciso que o demandante exercite a ação para que tenha a possibilidade de ter o seu pedido acolhido, o mesmo não ocorre com o réu que poderá, ainda que sem se defender, obter provimento jurisdicional que lhe favoreça⁵².

É, pois, aceitável que se diga que sem a ação não há processo e sem este não surge o direito de defesa que o complementa. Porém, a ausência da defesa não necessariamente torna inexistente a ação ou o processo.

Em síntese, a atividade das partes no exercício da ação e da defesa é fundamental para a concatenação dos atos da dinâmica processual. Uma vez que a jurisdição não se reveste de caráter inquisitorial puro, o binômio ação-defesa colabora para o alcance do convencimento do magistrado na melhor direção, indo ao encontro dos objetivos traçados não só pelos seus poderes instrutórios como também pelos seus poderes de condução do processo.

⁵² Cfr. *idem*, *in verbis*, *op. et lo. cit.*; Esta mesma idéia é expressa por José Roberto dos Santos Bedaque ao admitir que há casos em que, mesmo com a falta de contraditório, o processo não perde a sua validade, cfr. *Efetividade do processo e técnica processual*, esp. cap. V, n. 20, p. 484 e ss.

3.1 – A atuação do advogado como exercício de poder

Não se afigura equivocado o título do presente trabalho quando se refere à atividade do advogado na condução do processo como um *poder*.

Ainda que o espectro de conseqüências derivadas deste poder seja limitado, não me parece incorreto aceitá-lo como tal. O binômio poder-dever ou a intelecção de que ao poder exercido por um ente corresponde à sujeição doutro, deve ser observado pelas suas nuances.

Talvez seja muito mais fácil aceitar a existência de poder no exercício da jurisdição, tendo em vista o caráter impositivo da decisão estatal em face da sujeição das partes aos seus termos.

Ocorre que a atividade da parte (personalizada no advogado) também pode corresponder a uma sujeição do “ente administrador do processo”, configurando em sua essência um poder.

Parece aceitável que o exercício da demanda pela parte implica o dever do Estado em proferir uma decisão⁵³. Neste caso, o exercício de poder não se afigura distinto. Também, na eventualidade de, no exercício do ônus da prova, a parte solicitar a produção de medida que somente o Estado possa providenciar pois relativa ao exercício de um poder a ele exclusivo, dentro da relação jurídica processual (parte-juiz) há o dever do Estado em fazê-lo.

De forma geral – sem, contudo, tornar regra – a prática dos atos processuais por uma das partes implica um exercício de direito ou faculdade que se aproxima do

⁵³ Observadas condições da ação.

exercício de poder na medida em que sujeita a outra parte ou o juiz a tomada de decisão quanto ao próximo ato processual.

Ao analisarmos a atuação do advogado sob a ótica do exercício da ação (ou da defesa) e, conceituando a ação como *poder de estimular o exercício da função jurisdicional*⁵⁴, é possível denominar a atuação do advogado no processo como exercício deste preciso poder.

Ao encontro deste pensamento, verifica-se que o *impulso oficial* é a resposta ao exercício do poder de *iniciativa* processual da parte. A cada novo exercício deste poder, por qualquer das partes, seu advogado busca manter o ritmo do processo até a prolação da sentença, exigindo do juiz sua manifestação. É o impulso subsequente dado pela parte, sem o qual o impulso oficial fica sem “combustível”.

É possível que no conjunto do processo, ou melhor, no somatório das atividades realizadas na relação jurídica processual, o Estado seja dotado de muito mais poderes do que o particular. Entretanto, e à luz dos termos expostos, é inegável aceitar a possibilidade de classificar algumas das atividades das partes como o exercício de poderes.

⁵⁴ Cfr. Dinamarco, *Execução Civil*, n. 217, pág. 346.

4 – O processo

Jurisdição, ação e defesa são a tríplice argamassa com que se liga o processo.

A primeira noção que se tem do processo surge com a visualização dos laços que ligam os outros três institutos fundamentais do direito processual: um sujeito exercita a ação e com isto rompe a inércia do Estado-juiz da atividade jurisdicional que lhe é exclusiva, a jurisdição, para que, chamada a parte contrária a apresentar sua contraposição à demanda, ou seja, exercitar a defesa, todos integrem o sistema que se denomina processo.

Traduz-se o processo pela concretização da função jurisdicional do Estado que se mantinha latente e esta, estimulada pelas partes no decorrer de um arco de procedimentos é finalizada com a produção de uma decisão que se impõe sobre a vontade privada.

Não é de hoje a dificuldade de se determinar a natureza jurídica do processo, o seu significado ou a sua conceituação. São vários os prismas pelos quais se pode abordar o tema e essa infinidade levou até alguns autores ao ceticismo quanto à possibilidade de uma conceituação científica⁵⁵.

Para os fins desta tese, cumpre apenas ressaltar alguns marcos para que haja um melhor aproximação da conceituação com a finalidade do processo e, com isto, ressaltar a importância da atuação do advogado como agente realizador da vontade das partes na expressão da ação e da defesa e como fundamental agente decisor do caminho a ser trilhado para a realização da vontade concreta da lei.

⁵⁵ Cfr. aponta Dinamarco *et alli*, *op. cit.*, n. 170, p. 286.

Assim sendo, o processo será observado pelo seu significado segundo a dogmática jurídica, que o coloca como um *método de trabalho*⁵⁶, o que leva a condicionar à concretização do brocardo *judicium est actum trium personarum: judicis, actoris et rei*, com a adição de princípios e do direito positivo (direito processual civil), resultando em um modelo imposto às partes que, quando observado, irá materializar a justiça.

Em outras palavras, este método de trabalho se refere ao exercício da jurisdição (pelo seu agente, o juiz), da ação e da defesa (pelos seus agentes, as partes) sob o desígnio de um conjunto de regras que dita o procedimento.

O processo deve ser tido como uma entidade complexa, constituído pela relação existente entre os seus atos e a que se estabelece entre os seus sujeitos⁵⁷. Com isto temos a soma do procedimento com a relação jurídica processual. Sem um ou outro não se pode perfeitamente determinar a natureza do processo e a doutrina já demonstrou a insuficiência de apenas um deles⁵⁸.

Analisando a dinâmica do processo é possível que se perceba a atuação de seus sujeitos em colaboração, com a prática sucessiva de determinados atos, alternadamente entre si. Mais do que o simples fato de serem praticados na busca de um mesmo fim ou ainda pelo fato de compartilharem local e linha de tempo⁵⁹, tais atos trazem uma cadeia lógica de

⁵⁶ Sucintas porém perfeitas são as palavras de Cândido Rangel Dinamarco para invocar as três acepções empregadas pela doutrina para o vocábulo processo. A primeira é traduzida pelo *aspecto institucional*, sendo o processo um sistema de técnicas instaladas pelo plano do direito. A segunda, utilizada neste ponto da tese, é a acepção dogmática do processo como um *método de trabalho* e a terceira que se designa pela *realidade fenomenológica*, que seria o método a ser concretamente observado pelo juiz e pelas partes na experiência cotidiana (cfr. *Instituições...* vol. II, n. 386, p. 24.).

⁵⁷ Cfr. Liebman, *Manual...*, n. 20, p. 38.

⁵⁸ Outra composição aceita por parte da doutrina é o amálgama criado pelo *procedimento realizado em contraditório*, cfr. Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, Cap. I, §1º, p. 10 e Cap. II, §5º, p. 82.

⁵⁹ Os atos processuais ligam-se pela conexão teleológica e temporal intrínsecas ao processo, como expõe Liebman, inclusive para lembrar que as partes praticam atos contraditórios entre si, mas mirando atingir o ato final no qual se emana a jurisdição. É a *cadeia fechada* que se inicia pelo ato da pessoa interessada ao exercer a ação e que se encerra com o ato final do órgão estatal, cfr. *Manual...*, n. 103, p. 228. O termo *cadeia fechada* é

causa e consequência, sendo o subsequente praticado a partir dos efeitos produzidos pelo antecedente.

É necessário, além disto, lembrar que a relação processual não se limita a definição tradicional de relação jurídica caracterizada pela polarização de interesses subjetivos normatizados pelo direito objetivo. Não obstante a relação jurídica de direito material exponha o conflito de interesses, na relação processual há uma convergência de interesses pelo escopo jurídico do processo, materializado na resolução do conflito. Em palavras simples e despidas de rigor técnico, na disputa pelo direito material pretendido as partes se entendem em um aspecto: ambas desejam a mais célere solução a ser ditada pelo Estado.

E esta união de interesses pode ser percebida com uma visão abrangente dos escopos do processo, especialmente na questão da obtenção da paz social. Não há como se afastar a idéia de que o convívio social traz insatisfações, mas são tais insatisfações o mote para a atividade jurisdicional estatal e seu resultado – a sua eliminação – seu fator legitimador. E esta idéia integra-se ao inconsciente da sociedade dirigindo-a para a recepção deste fim comum na relação processual⁶⁰.

de Cândido Dinamarco e encontra-se nas suas passagens sobre o tema em *Execução Civil*, n. 61, p.112 e nas *Instituições...*, vol. II, n. 629, vol. IV, n. 1.343 e n. 1.849.

⁶⁰ De forma mais abrangente, remeta-se o leitor a exposição dos escopos sociais da jurisdição feita por Cândido Dinamarco em *A instrumentalidade do processo*, n. 21, p. 159 e ss.

4.1 – Ainda sobre processo – ônus processuais

Na consecução do escopo jurídico do processo ou, em outras palavras, para a obtenção do resultado final a ser proferido no processo, o sistema confere às partes uma série de atividades a serem desenvolvidas em razão do seu próprio interesse, em maior ou menor escala. São os ônus processuais⁶¹, que podem ser encarados como as atividades desenvolvidas pelas partes para prevenir um resultado menos favorável tanto no decorrer do *iter* procedimental, quanto na própria prolação da sentença e se contrapõem aos deveres, pois a força imperativa destes diz respeito ao interesse de terceiros⁶².

Sem a necessidade de longa digressão, é preciso que se note que os ônus processuais podem ser classificados como *absolutos* ou *relativos*, tendo em vista o seu grau de influência nas conseqüências inerentes a determinado ato: o primeiro, conduz inexoravelmente a uma conseqüência favorável ou desfavorável; o segundo traduz um juízo de certeza menor, podendo ser apenas provável a conseqüência do ato.

Também dividem-se os atos da parte, na realização dos ônus processuais e quanto aos seus efeitos, como *atos indutivos* e *atos causativos*⁶³, conforme possam operar seus efeitos de imediato e ter força por si sós (estes) ou destinados a obter um provimento – normalmente favorável – a ser emitido pelo juiz (aqueles), mas não sendo suficientes de imediato.

⁶¹ A teoria dos ônus processuais foi uma das mais lúcidas e preciosas contribuições à ciência do processo no século XX, esclarecendo diversos aspectos da conduta omissiva das partes durante o processo, como observa Dinamarco, *op. cit.*, n. 28.4, p. 201.

⁶² Cfr. James Goldschmidt, *Principios generales del proceso*, esp. n. 37, vol. I, *Teoria general del proceso*, pág. 91. É do autor a lavra da expressão “imperativo do próprio interesse”, determinando-o com a contraposição entre o “direito processual” e o “ônus processual”: “*La antítesis del derecho procesal es la carga procesal...*”. Especialmente, sob o enfoque processual, o ônus é a única forma em que se manifesta um imperativo sob a ameaça de um prejuízo.

⁶³ A classificação é de Liebman, *Manual...*, n. 115, pág. 254 e ss., baseada na elaboração de Goldschmidt, *op. cit.*, esp. n. 44, pág. 111 e ss. e n. 64, pág. 163 e ss.. José Carlos Barbosa Moreira, adota outra terminologia, todavia com mesmo direcionamento: atos alternativos, para aqueles que não são capazes de produzir efeitos por si sós e atos determinantes, dada a sua suficiência funcional (*Litisconsórcio unitário*, n. 95, pág. 161 e ss.).

É justamente a aplicação desses conceitos que revela a importância da efetiva participação das partes na realização do processo. O cumprimento de um determinado ônus, exprime a escolha da parte pela condução e direcionamento do processo a um caminho específico que pode ou não solicitar uma resposta do juiz. É também essa dialética dentro do processo que traduz a realização do contraditório, pois liga as partes pelas consequências de suas ações ou omissões.

Os atos indutivos tornam-se, assim, de grande relevância, na medida em que fazem transparecer os interesses das partes trazidos ao processo mediante seus pedidos e incitam o juiz a se manifestar objetivamente sobre eles trocando o pólo da atividade de condução do processo. O juiz, por sua vez, em razão do ato de uma parte, impulsionará o feito a um próximo passo, que pode ser dirigido à parte que se manifestou anteriormente ou ainda à parte contrária.

A exposição de um novo fato dentro do processo aciona o contraditório e, em razão do surgimento de um ônus à parte contrária, impõe a ela a tomada de novo ato, que também será exercitado mediante sua escolha, convergindo ou divergindo do caminho traçado até aquele momento no processo⁶⁴.

Com a mesma importância para a demonstração da participação das partes na condução do processo estão os atos causativos que revestidos da característica de negócio jurídico processual⁶⁵, operam o seu efeito na situação processual de imediato e podem surgir de proposições efetuadas mutuamente pelas partes para a chancela judicial ou de atividade individual para o cumprimento de um ônus absoluto.

⁶⁴ Não é o caso de se discutir a tese de ser ou não o processo um instrumento de criação de direitos; apenas visualiza-se a dinâmica processual, deixando algumas constatações mais evidentes.

⁶⁵ Cfr. Goldschmidt, *Princípios...*, n. 64, esp. pág. 164.

Quanto aos diversos ônus processuais em espécie, vale a pena fazer uma rápida passagem, por um rol meramente exemplificativo, mencionando aqueles que possuem maior destaque no processo civil sem contudo violar a premissa de não se praticar longas e desnecessárias digressões.

O *ônus de afirmar* e, seu contraposto, o *ônus de contestar* são dois de grande peso. Quando inicial, o ônus de afirmar se consubstancia no ônus de demandar, o que corresponde ao início do processo e à atividade que remove a jurisdição da inércia. Esse ônus acompanha as partes no curso do arco procedimental, na medida em que não se restringe aos atos do autor, mas também aos do réu, quando este afirma os fatos modificativos ou extintivos do direito do autor. A atividade da parte no exercício do ônus de afirmar é desempenhada por uma série de atos indutivos que, como já dito, operam a dinâmica processual.

O *ônus de provar* reflete seus principais efeitos na qualidade da obtenção da resposta jurisdicional desejada pela parte, conforme o seu melhor ou pior cumprimento. Vem subsequente ao ônus de afirmar, pois nasce da contraposição entre o indivíduo que afirma e aquele que nega⁶⁶, competindo à norma positiva imputar a quem o deva caber⁶⁷. Justamente contrabalanceando a vontade absoluta das partes e indo ao encontro dos escopos do processo, o juiz não necessariamente se prenderá à prova solicitada pelas partes, acionando com isto seus poderes instrutórios⁶⁸.

⁶⁶ Às partes incumbe não só o ônus de provar os fatos necessários para a decisão, mas também o ônus de introduzi-los no processo mediante afirmações ou alegações, cfr. Leo Rosenberg, *La carga de la prueba*, esp. pág. 39.

⁶⁷ Cfr. Francesco Carnelutti, *La prova civile*, esp. pág. 23/24. V. também, Roland Arazi, *La prueba en el proceso civil*, Cap. III, pág. 87 e ss.

⁶⁸ “*La nostra dottrina no è mai giunta a sostenere l’esistenza di oneri obbiettivi, tuttavia si è sentito il bisogno di distinguere dall’onere perfetto un onere imperfetto, là dove il potere istruttorio del giudice integra in varia misura il potere della parte*”, é a observação de Gian Antonio Micheli, em *L’onere della prova*, n.26, pág. 173.

Por fim, dentre o rol dos ônus mais importantes aos aspectos ligados à movimentação do processo, está o *ônus de recorrer*, com notável efeito *determinante*⁶⁹ ou causativo. A escolha pela devolução da causa ao órgão julgador superior, até mais do que o simples exercício de uma possibilidade, pode representar uma decisão de condução e finalização da causa pela parte a quem competia recorrer. A sujeição ou conformação com a decisão de primeiro grau é uma alternativa perfeitamente aceitável, na medida em que não exista o *dever de recorrer*.

É possível, ainda, perceber que o exercício dos ônus processuais pelas partes, no que diz respeito ao direcionamento do feito a uma decisão mais próxima aos interesses por elas ditados à condução do processo, faz com que o escopo jurídico em senso estrito da jurisdição seja permeado pelos demais escopos que prevê a doutrina, uma vez que amolda a letra fria da lei aos desejos dos protagonistas do processo, trazendo com a pacificação social um maior sentimento de participação na decisão que lhes é imposta⁷⁰.

⁶⁹ Cfr. Barbosa Moreira, *op. loc. cit.*.

⁷⁰ Em resumo, a inevitável influência que o comportamento dos litigantes pode exercer sobre o processo e seu resultado constitui reflexo do valor social do conflito, como aponta Dinamarco, *op. cit.*, pág. 206.

5 – Conclusão parcial

A breve análise dos institutos fundamentais do direito processual ora efetuada, mais do que uma recapitulação, importou em uma revisitação. Diferentemente de repassar o tema sob a ótica meramente estanque das funções precípuas de cada um dos institutos, buscou-se dar luz ao aspecto da dinâmica processual, ou melhor, da marcha processual.

Por óbvio, a *Jurisdição* é a função instituída pelo Estado para a integridade do ordenamento jurídico e a pacificação social, ao passo que cumpre à *Ação* e à *Defesa* a atuação dos destinatários da norma de direito material. E, a comunhão destes interesses se dá pelo instrumento que propiciará a concretização da regra jurídica, que é o *Processo*.

Acontece que a análise do tema comumente se relaciona com a função pública da atividade processual, sendo observado somente pelo prisma da atuação do direito para os fins almejados pelo Estado, com o objetivo de resolução de conflitos e paz social mitigando o interesse das partes envolvidas, sob o pretexto de que não se deve adotar uma concepção absolutamente privatista⁷¹.

É claro que não se deseja o retorno à concepção de um processo eminentemente voltado aos interesses privados. Em momento algum se invocou ou se invocará o princípio dispositivo (em referência genérica) como argumento de que a condução do processo pertence às partes.

O que se está buscando é uma maior participação das partes na condução do processo, sem que com isto os poderes do juiz sejam diminuídos, pois não é só o Estado que

⁷¹ Mas a simples paz não pode ser caracterizada como um fim absoluto do processo, pois nem ao Estado nem às partes serve a *paz pela paz*, como ressalta Jaime Guasp, em *Concepto y metodo de derecho procesal*, cap. 1, n. 3, esp. pág. 43.

tem interesse na resolução dos conflitos; aliás, o seu interesse é transcendente ao das partes e este efetivamente existe e não pode ser esquecido.

Na prática, observa-se que os esforços ligados a produzir uma maior publicização do processo afastaram a participação direta da parte (via seu representante) em sua atuação e condução. O juiz ativo e participador do processo, por mais que se esforce, vê sua atividade insuficiente para proporcionar um processo mais célere se não contar com a ajuda das partes. O interesse direto na realização de um direito material em determinado caso concreto, indubitavelmente proporciona às partes o desejo de participar ativamente da condução do feito.

Todos os integrantes da relação processual possuem o seu interesse específico na resolução do conflito, mas não se pode deixar somente nas mãos do Estado o poder de ditar a marcha do processo, sobretudo quando não existe uma sobreposição de funções e, assim, sendo possível uma clara divisão de tarefas.

Com uma maior participação das partes na condução do processo há um recíproco aumento da sensação de responsabilidade pelo seu destino e pelo seu desfecho. Não basta apenas um provimento *justo* se ele não possui um reconhecimento pelas partes, ainda que tênue, da sua cooperação no resultado. Parafraseando uma antiga teoria, seria a *legitimação pelo envolvimento*.

O exemplo de sucesso dos Juizados Especiais demonstra que a participação dos indivíduos reforça a credibilidade da Justiça⁷². Ainda que não esteja se propondo a participação direta das partes, é preciso aceitar que a participação ativa do advogado no

⁷² Já no final dos anos 1.980 Kazuo Watanabe observava que a participação da comunidade na administração da justiça era fator de concessão de maior credibilidade, especialmente pela sua maior aderência à realidade social (“Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”, em *Participação e Processo*, esp. n. 8, pág. 133).

direcionamento do processo aumenta sua cota de prestígio em relação à produção de um resultado que contente o seu cliente.

Uma vez que a figura do juiz sempre está presente para proporcionar o equilíbrio entre as partes – dentre tantas outras garantias necessárias para a obtenção do devido processo legal – não se torna incorreto aceitar a participação das partes na atividade de condução do processo ao seu momento final apoteótico que é a sentença.

Conforme se desenvolverá no decorrer do trabalho, é a cooperação entre os agentes da relação jurídica processual que encaminha o processo a uma solução mais legítima e aceitavelmente justa.

ASPECTOS DA CONDUÇÃO DO PROCESSO CIVIL

1 – Significado do termo – necessidade de ampliação

Quem conduz o processo civil? A pergunta, de certa forma, é retórica e não visa a encontrar uma resposta que determine maior peso ou força a qualquer um dos agentes das relações jurídicas processuais. O importante é fazer com que o tema seja meditado de modo a permitir uma análise menos ligada à simplória distinção propiciada pela divisão entre o *adversarial system* e o *inquisitorial system*⁷³, a qual induz a polarização da condução, ou na figura do juiz ou na figura das partes.

Respondendo a questão com base em uma abordagem puramente semântica, é possível que não se admita outra conclusão diferente da que no nosso sistema de direito seja o juiz quem conduza o processo civil, visto que é ele quem o dirige ou o “governa”.

Por uma simples análise sistêmica, *ex vi* do *caput* do artigo 125 do Código de Processo Civil – com a literal imposição de que “o juiz dirigirá o processo” – somada ao princípio dispositivo e à regra *ne procedat iudex ex officio*, também se alcançaria a mesma conclusão, afinal a iniciativa do processo compete às partes, mas ele se desenvolve por impulso oficial⁷⁴.

⁷³ Quando necessário fazer referência a estas modalidades, será utilizada a terminologia sem tradução, seguindo alerta que fazem José Carlos Barbosa Moreira, de que *não se afigura fácil descobrir noutras línguas equivalentes exatos para tais locuções* (em Notas sobre alguns aspectos do processo civil e penal nos países anglo-saxônicos, *RePro*, ano 23, n. 92) e Ada Pellegrini Grinover (em A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 27), especialmente para não encetar digressão desnecessária sobre o tema, já bem clarificado no bojo destes dois artigos.

⁷⁴ Uma pontual distinção entre *impulso* e *iniciativa* encontramos em Cândido Rangel Dinamarco, *Instituições...*, cit., vol. I, n. 88, esp. pág. 222.

Entretanto, é justamente com uma análise do sistema por uma abordagem mais sensível e com uma leitura semântica mais abrangente do termo que se notará que não é apenas o juiz o responsável pela efetiva condução do processo. É inequívoco que as partes – na pessoa de seus advogados⁷⁵ – influem direta e verdadeiramente no curso do processo e muitas de suas atitudes devem ser entendidas como condutoras. Se não é difícil de aceitar que o juiz possui uma vasta gama de poderes⁷⁶, neles incluídos os de condução, do mesmo modo não se pode descartar a inclusão deste poder no âmbito de atuação do advogado.

Desta forma, é conveniente a divisão (ou classificação) da condução do processo civil em duas categorias, sendo elas determinadas pela relação de proximidade que o agente tenha com o processo em termos de gestão. Nota-se, assim, a existência de uma condução imediata, que é a realizada pelo juiz e, de outro lado, uma condução mediata, consubstanciada na atividade ao encargo das partes⁷⁷.

Isto porque o processo não é apenas uma série de atos contínuos, mas sim uma *relação dialética de atividades*⁷⁸, necessariamente composta pelas atividades das partes e do juiz, não se podendo relegar a idéia de impulso do processo somente ao impulso oficial, sob pena de se esvaziar o conceito e limitar a participação das partes nas atividades de condução

⁷⁵ São pouquíssimos os casos nos quais a parte figura por si mesma, podendo mencionar-se alguns: quando recebe a citação (artigo 215, CPC), quando é intimada a dar andamento no feito (artigo 267, §1º), quando presta depoimento pessoal (artigo 342 e 343, §1º), no caso de uma inspeção pessoal (artigo 340 c/c 440) ou quando é chamada para conciliação (artigo 447).

⁷⁶ Uma classificação sistematizada dos poderes do juiz encontramos na monografia de Vicente Miranda, *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*, esp. cap. III (críticas) e IV (classificação própria).

⁷⁷ A atividade mediata também está ligada ao *ônus de impulso subsequente* do processo, uma vez que a atividade de condução imediata do juiz muitas vezes fica vinculada à manifestação das partes no processo. Carnelutti inclui este ônus no rol daqueles relativos às partes (*Instituições...*, esp. n. 223, vol. I, pág. 386).

⁷⁸ Cfr. Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal civil*, vol. I, § 49, esp. pág. 356. João Mendes Júnior também faz uma exposição lógico-dedutiva sobre o movimento processual, *movimento forense*, que seria “o curso dos atos do processo, cujos móveis são a *causa*, isto é, a relação entre o direito e o fato individuado, e o *juízo*, isto é, a aplicação da lei ao fato; estes móveis são movidos pelas partes e pelo juiz que são os moventes dos respectivos atos, tendo sempre um fim, que é o motivo” (*Direito judiciário brasileiro*, tit. V, cap. I, n. V, esp. pág. 203).

somente ao início, com a interposição da demanda e ao final, na eventual interposição de recursos⁷⁹, concedendo caráter meramente residual.

Ademais, desmembrando a condução nestas duas modalidades será possível descobrir que em nosso sistema a efetiva condução do processo civil se dá pela forma mediata, ou seja, através da atividades das partes. E, ao passo que essa visão aproxima-se intelectivamente do que se admite no *adversarial system*, é justamente neste sistema que, ao revés, a condução do processo efetivamente fica nas mãos do juiz, especialmente quando utilizado o modelo do *case management*. Tudo isto confirmará a valorização do poder do advogado na condução do processo do sistema brasileiro.

Não que se exclua, com isto, a importância da participação do juiz na condução do processo. A predominância da condução mediata não pode de forma alguma desmerecer a imediata, sendo notada verdadeira complementação.

Eventualmente a condução do processo poderia admitir um amplo espectro de classificações, entretanto, uma sistematização ou um aprofundamento do tema fugiria aos limites do presente trabalho. O objetivo, aqui, é demonstrar que o advogado possui poder de condução no processo e a atividade por ele realizada é essencial para a produção de um processo com melhores ou piores resultados.

⁷⁹ Também neste sentido Eduardo Couture, *Fundamentos...*, cit. esp. pág. 172 e ss.

1.1 – Nota sobre o princípio dispositivo

Na medida em que o presente estudo objetiva uma releitura da divisão de tarefas entre as partes e o juiz, naturalmente se traz à tona a contraposição entre os princípios dispositivo e inquisitório, reflexo da dicotomia *adversarial system* – *inquisitorial system*.

Muito embora a exame da condução do processo como se aborda na presente tese não se prenda exclusivamente a um ou outro entendimento, a releitura destes conceitos demonstrará mais um fator de aproximação ou conciliação entre ambos.

A análise dos citados princípios não é de forma alguma novidade, datando as primeiras expressões do alvorecer do século XIX, na obra do processualista alemão Gönner⁸⁰ e, desde então, alvo de controvérsias tanto pelo prisma do campo de abrangência, quanto mesmo pelas questões meramente terminológicas.

Talvez o princípio inquisitório (*Offizialmaxime*) seja de mais fácil conceituação e compreensão, pois baseia-se na idéia de que o juiz deve por si apenas, independentemente da atividade das partes, buscar a verdade dos fatos, procurando e examinando os elementos do processo e determinando os meios de prova⁸¹, o que determina sua atividade de forma preponderante no processo como um todo, da mera condução e impulso até a instrução e cognição do feito. Como, também, o princípio inquisitório puro não é visto nos sistemas processuais modernos, suas linhas mestras simplificam-se e tornam-se estanques.

⁸⁰ Cfr. Friedrich Lent, *Diritto Processuale Civile Tedesco* (trad. de Edoardo Ricci, do original alemão *Zivilprozessrecht*), § 25, esp. pág. 94. V. Também Leo Rosenberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. de Angela Vera, do original alemão *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*), § 63, esp. pág. 385.

⁸¹ Cfr. Lent, *op. loc. cit.*

Já o princípio dispositivo permite um maior espectro de apreciação crítica uma vez que há uma grande dificuldade em se obter o seu preciso significado, especialmente porque, genericamente, se refere ao poder concedido às partes em contraposição ao do juiz⁸², o que é uma definição imprecisa e insuficiente. Transparece, desta maneira, apenas o reflexo que a relação de direito material poderia imprimir no processo.

A doutrina alemã⁸³ identificou com maior sucesso as diferentes facetas do princípio dispositivo, subdividindo-o em *Dispositionsmaxime*, *Verhandlungsmaxime* e ainda em *Parteibtrieb*. Em apertada síntese, o primeiro seria o poder relativo à propositura da demanda, assim como a sua subsistência e a delimitação do objeto do processo. O segundo, referindo-se à estrutura interna do processo, liga-se ao exercício do ônus da prova e, por fim alguns autores adotam o terceiro termo como ligado ao impulso processual, utilizado pela parte para instaurar o processo e mantê-lo em andamento, mitigando estes aspectos da *Dispositionsmaxime*.

Ocorre que tais terminologias mais trouxeram polêmicas do que efetivamente um esclarecimento em torno do uso da expressão, uma vez que mesmo o conteúdo de cada uma delas é controverso⁸⁴. Também, acabam por ter sua utilidade inferiorizada, ao passo que centralizam as suas premissas de forma a conceder um maior caráter privado ao processo e,

⁸² José de los Santos Martín Ostos aponta que o princípio dispositivo não é apenas consequência do processo nascido na Itália na Idade Média – posteriormente estendido para os outros países europeus – mas também é fruto do liberalismo em sua moderna acepção (*Las diligencias para mejor proveer en el proceso civil*, esp. Cap. IV, pág. 156).

⁸³ Como fonte de ampla referência, José Carlos Barbosa Moreira, “O problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”, na *Revista de Processo* n. 41, esp. pág. 10; Maria Elizabeth de Castro Lopes, *O juiz e o princípio dispositivo*, esp. Cap. III, pág. 91 e ss.; Enrico Tullio Liebman, “Fondamento del princípio dispositivo” em *Problemi del processo civile, passim* e Crisanto Mandrioli, *Corso di diritto processuale civile*, esp. § 20, n. 20 e nota n. 4, pág. 101. E, as citadas obras de Lent e Rosenberg traçam os seus principais contornos.

⁸⁴ Boa exposição sobre os diferentes entendimentos, com farta bibliografia, verificamos em José Roberto dos Santos Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, cit., nas notas de rodapé 32 a 35, no cap. 3.1.1., esp. pág.88 e ss.. Ver também Mauro Cappelletti, *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*, esp. nota de rodapé n. 8, pág. 307.

nos tempos atuais isto não se admite. Ainda que desenvolvidos com o intuito de traçar os contornos dos poderes das partes, os estudos mais recentes sobre o princípio dispositivo acabaram por servir de base para permitir a concessão de maiores poderes aos juízes, uma vez que o caráter público do processo e os seus diversos escopos alicerçaram a figura do magistrado ativo, principalmente no que diz respeito à instrução probatória. Ou seja, serviram de base para sua própria desconstrução.

Não obstante, é possível utilizar a essência da *Verhandlungsmaxime*, com a devida moderação, para verificar que pelo princípio dispositivo, *in generis*, se impõe a participação direta das partes na condução do processo. Na justa medida em que se determina que cumpriria às partes fornecer os elementos de fato para a decisão, arcando elas com esta responsabilidade, é possível creditá-las a faculdade de influenciar no andamento do processo, também arcando com as conseqüências de suas escolhas.

Uma vez que a evolução de diversos conceitos processuais busca atenuar seus caracteres eminentemente privados como forma de traduzir uma justiça mais eficiente e justa, não é errado recuperá-los na origem e, em uma nova releitura, aproveitar os seus “restos”. Se a *Verhandlungsmaxime* não mais é compatível com os modernos entendimentos acerca da instrução probatória⁸⁵, não se afigura impossível aproveitá-la para dar suporte a uma maior participação das partes na condução do processo civil. Em uma medida equânime, sem a necessidade de se afastar o princípio dispositivo do sistema processual e também sem renovar forças ao princípio inquisitório, é possível entender a condução do processo de modo a incumbir as partes de exporem suas alegações e pretensões, impulsionando o processo e deixando o juiz orientá-las e garantir o equilíbrio de forças entre elas.

⁸⁵ Cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, *op. cit.*, esp. pág. 92.

Em conclusão, é forçoso aceitar a influência do princípio dispositivo – ou de algumas de suas vertentes – como fonte do poder de condução do processo pelas partes, sem que isto obrigue necessariamente o acolhimento de uma completa transposição dos seus caracteres de direito material ao processual, ou seja, sem que isto implique em também ter que se aceitar os fundamentos já ultrapassados do conceito.

2 – A condução imediata

A opção de designar a condução do processo efetuada pelo juiz como *imediata*, deriva do fato de que é ele quem possui o contato direto com os mecanismos de impulso e freio da marcha processual e estes derivam precipuamente de dispositivos constantes da Lei. Via de regra, para os aspectos do procedimento judicial ordinário, os dispositivos encontram-se no Código de Processo Civil. Regido nosso sistema pelo princípios da inércia e dispositivo (estes, como referência geral a todos os “princípios”), *prima facie* só é lícito ao juiz comportar-se na condução conforme expressamente permitido⁸⁶. Dentre as permissões, várias são normas mais de poder geral do que de condução processual em sentido estrito, pois os poderes instrumentais⁸⁷ do juiz também se ligam genericamente a sua atuação na resolução de incidentes ou na tomada de providências para o regular seguimento do feito, fazendo do artigo 262 uma referência como regra geral.

Também, pelo nosso sistema de rígidas preclusões⁸⁸, cumpre ao juiz com exclusividade *fechar as portas ao longo do corredor processual*, determinando os momentos em que as partes não podem mais exercer certas atividades⁸⁹.

⁸⁶ É diante deste paradigma que afloram os diversos estudos voltados sua flexibilização, com a ampliação dos poderes do juiz e a busca por uma maior participação no processo – ativismo judicial – além de alguns motivos para algumas das reformas ocorridas em nossa legislação processual. Por todos, Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, Fritz Baur, O Papel Ativo do Juiz, em *Revista de Processo*, n. 27 (demonstrando semelhante intenção na doutrina alemã), Sérgio Alves Gomes, *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil* e para busca de referências bibliográficas mais recente, v. notas na obra de José Carlos Baptista Puoli, *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*.

⁸⁷ A denominação *poderes instrumentais* ou *potestades instrumentais* é da lavra de Francesco Carnelutti, cfr. *op. cit.*, vol. I, n. 190, pág. 344.

⁸⁸ Os principais contornos do instituto da preclusão partem da referência clássica de Giuseppe Chiovenda, exposta nos *Saggi di diritto processuale civile* principalmente em Romanesimo e germanesimo nel processo civile, vol. I, p. 181-224 e Cosa giudicata e preclusione, vol. III, pág. 231-283. Na doutrina nacional, a referência é encontrada em José Frederico Marques, que denominou as modalidades de classificação como *temporal, lógica e consumativa*, nas sua *Instituições de direito processual civil* (vol. II, n. 465-466, esp. pág. 379 e ss.) e em Antônio Alberto Alves Barbosa, *Da preclusão processual civil*, *passim*.

⁸⁹ A análise da dinâmica do processo vista apenas pela ótica da preclusão levaria a conclusão de quem dita a marcha processual não é nem o juiz e nem as partes, mas sim a lei processual, pois é ela que estabelece e fixa os prazos e, aos entes da relação jurídica processual cabe apenas obedecê-los. Nesse sentido, Heitor Vitor Mendonça Sica, *Preclusão processual civil*, esp. n. 10.2, pág. 279.

A condução imediata do juiz também pode ser dividida em duas subcategorias que denominarei *vinculada* e *não vinculada*, conforme sua atuação derive de mais ou menos da provocação efetuada em momento anterior por uma das partes⁹⁰. Também essa classificação é meramente ilustrativa, não se pretendendo uma sistematização.

A condução não vinculada é específica, normatizada e diretamente ligada à carga *ex officio* de atuação do juiz. Já a vinculada, é geral e não necessariamente regida por um dispositivo legal determinado, tendo sua previsão legal em caráter genérico, imposta normalmente pelo exercício de um ônus ou faculdade pela parte que gera a necessidade de manifestação e impulso pelo magistrado.

É possível, de igual maneira, notar a influência de atos ou omissões do juiz na condução do processo em sentido amplo, uma vez efetuada a análise crítica de alguns defeitos observados no dia-a-dia forense como: a exagerada sobrevivência de feitos manifestamente inviáveis até etapas avançadas do *iter* processual, quando poderiam ter sido abortadas logo de início com um indeferimento de petição inicial, ou ainda, no momento mais próximo possível do início da demanda; a demora para resolução de questões incidentais de solução rápida como a regularidade de citação, representação de parte ou disputas acerca da competência ou do valor da causa, que estiradas além da conta contribuem para tumultuar o andamento processual; a não observância dos prazos impróprios destinados ao juiz ou aos auxiliares da justiça; a omissão de atos ou formalidades essenciais como abertura de vista à parte contrária para manifestação sobre a juntada de um documento, e; a

⁹⁰ Vale uma ressalva em relação a terminologia, frisando-se que aqui a distinção entre condução *vinculada* e *não vinculada* não se confunde com a diferenciação imposta aos poderes do juiz, que pode atuar *discrecionariamente* ou de modo *vinculado*. Sobre essa classificação, v. José Frederico Marques, *op. cit.*, n. 336, pág. 158, fazendo o autor, ainda, referência ao pensamento de Cernelutti (cfr. nota n. 37). Ver, ainda, Vicente Miranda, *op. cit.*, p. 118 e ss.

falta de fiscalização do cumprimento de encargos atribuídos aos órgãos auxiliares, como a certificação de uma publicação no diário oficial⁹¹.

2.1 – Previsões legais da condução imediata não vinculada

Um conjunto concentrado de dispositivos referentes aos poderes do juiz encontra-se entre os artigos 125 e 131: desde a geral prerrogativa estabelecida no artigo 125 sobre a direção do processo, até itens como a livre apreciação das provas, permissão de uso dos princípios de direito para julgar, os limites de sua decisão, indeferimento de provas descabidas e de pedidos simulados e o livre convencimento motivado. Nem todos esses poderes se referem à condução do processo em sentido estrito, visto que alguns são dotados de uma carga de poder decisório de maior intensidade, mas de qualquer forma revestem o magistrado de instrumentos para atuar na marcha processual.

Tanto nos artigos 461/461-A como no 273 também é possível notar aspectos de condução no que diz respeito às decisões a cargo do juiz para a antecipação de tutela e para a tomada de medidas com vista a obtenção de resultado prático equivalente. Mesmo que se percebam ligadas a um aspecto específico do procedimento e ao requerimento da parte, é possível perceber alguma “carga condutiva” própria e conexa à discricionariedade do juiz na tomada de uma decisão baseada nestes dispositivos, assim como em hipóteses de concessão do efeito suspensivo não previstos de plano (a exemplo, artigo 475-M).

Temos, ainda, valiosos dispositivos que constituem manifestações importantes do poder concedido ao juiz para dirigir o processo, nos quais o caráter *ex officio* da atividade

⁹¹ Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, *Participação e Processo*, n. 5.1, pág. 383.

e um leve aspecto discricionário⁹² são os fatores que determinam a sua relação de proximidade com o ato e com a condução.

É o que ocorre, por exemplo, quando o juiz escolhe por determinar que a parte deposite em juízo os honorários periciais antes que seja realizada a perícia (artigo 33); nos casos em que limita o litisconsórcio facultativo para não comprometer a celeridade do feito (artigo 46, parágrafo único); quando do sobrestamento do feito para que a oposição seja julgada conjuntamente com a causa principal (artigo 60); nos casos de conexão ou continência (artigo 105) em que o juiz pode determinar a reunião dos processos propostos em separado para julgamento simultâneo; nos casos em que o julgamento dependa de verificação de fato delituoso, o juiz pode suspender o andamento do feito até que seja decidido o feito criminal (artigo 110); para a declinação de competência, determinada por cláusula de eleição nula em contratos de adesão (artigo 112, parágrafo único); na hipótese de o juiz suscitar o conflito de competência (artigo 116, *in fine*); quando o juiz pedir a repetição de provas efetuadas sob a égide de outro magistrado que lhe antecedeu (artigo 132, parágrafo único); na possibilidade de prorrogação de prazos em comarcas onde for difícil o transporte (artigo 182, *caput*); quando o juiz determina a prática de atos processuais durante a suspensão do processo, com o intuito de evitar dano irreparável (artigo 266); quando decide pelo saneamento do processo, admitindo ser improvável a conciliação (artigo 331, parágrafo 3º); nos casos em que entenda necessário o comparecimento das partes para interrogá-las sobre os fatos da causa (artigo 342) e, quando limita a oitiva de testemunhas, dispensando as que entender desnecessárias (artigo 407, parágrafo único) ou quando dispensa a prova pericial também desnecessária (artigo 427)⁹³.

⁹² Como fonte bibliográfica para o tema da discricionariedade na atividade judicial, v. *Anotações sobre a discricionariedade judicial*, artigo de Maria Elizabeth de Castro Lopes, *passim*.

⁹³ A este rol exemplificativo, José Carlos Barbosa Moreira ainda acrescenta a possibilidade da extinção do feito sem julgamento do mérito (atualmente, “sem resolução do mérito”) pela negligência das partes em promover o

Este é apenas um rol de poderes de condução não vinculada contidos no Código de Processo Civil, sem contudo ser taxativo. É possível que, com cuidado, se arrole outros casos nos procedimentos especiais do código e em leis extravagantes.

2.2 – A condução imediata vinculada

Como já mencionado, essa categoria de condução do processo pelo juiz está ligada à prévia indução mediata de uma das partes.

É uma modalidade de caráter genérico pois todo magistrado já é encarregado do uso do poder instrumental para dar dinâmica ao processo pela regra inscrita no artigo 262 do Código de Processo Civil. Tenha ou não carga jurisdicional, a manifestação do magistrado acerca de uma providência solicitada pela parte põe a marcha do procedimento avante. Eventualmente criando um ônus de impulso à parte contrária, ou então encerrando uma questão incidente e dando ligação ao próximo passo.

A condução vinculada pode também derivar de dispositivo específico, facilmente localizável na Lei, quando prescreva algo como “*pode o juiz... ... quando solicitado pela parte...*”. Neste caso, para que se enquadre como condução vinculada, é preciso notar que o conteúdo da decisão deverá ter carga instrumental e não implicará conteúdo de mérito, ainda que incidental.

Pode, ainda em alguns casos, a condução vinculada do juiz se externar em resposta a um ato ou a um conjunto de condutas realizadas por uma das partes no curso do

seu regular andamento – artigo 267, I e II, combinado com o parágrafo 1º; todavia, não me parece o caso de se considerar condução em sentido estrito. Indica também um inexistente parágrafo 2º do artigo 112, que me fez crer erro tipográfico, devendo referir-se ao artigo 113 sobre a declaração de incompetência absoluta e remessa ao juiz competente (Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo, em *Temas de direito processual*, Quarta Série, n. 2, pág. 46).

processo, quando elas impliquem em abusos de poder – *rectius*: abuso do direito de demandar. Significa que o juiz pode obstar as atitudes de condução das partes que indiquem litigância de má-fé e, genericamente, o *contempt of court*, conforme as regras dispostas nos artigos 14, parágrafo único, 15, 18, 599, e 601. A atividade judicial nestes casos pode ser vislumbrada como condução, caso seja entendida com o objetivo a evitar ou limitar a ação das partes em desacordo com as regras legais.

Vale consignar que a divisão ora proposta não se relaciona com a divisão geral de poderes do juiz, que separa os poderes discricionários dos vinculados, posto que de outra abrangência. A questão da valoração da conveniência do ato, ou da necessidade de observância de norma legal para agir estão ligadas principalmente aos poderes de decisão em senso estrito pertencentes ao juiz⁹⁴.

Ou seja, a condução imediata vinculada irá ocorrer em resposta a um estímulo prévio das partes, em face ao poder gerencial genérico do juiz a determinados casos observados na lei processual, ou, ainda, como forma de controle jurisdicional das atividades das partes, sendo que nestes casos o estímulo produzido por uma delas não objetivaria aquela resposta judicial em si, mas tem por consequência uma ação de controle, advinda do poder estatal de jurisdição.

2.3 – O juiz-gerente brasileiro

Relembrando que a abrangência da análise deste capítulo está voltada à função instrumental do juiz e, não afastando o poder jurisdicional a ele inerente, a condução imediata do processo fica inserida na categoria das atividades de processamento que lhe são impostas.

⁹⁴ V. Vicente Miranda, *op. cit.*, pág. 131 e pág. 123.

Conforme percebido pelo tom dos dispositivos que regulam, tais atividades, definem sob esta ótica a participação do juiz como verdadeiro gerente do processo.

Não que com isto sejam esquecidos os outros poderes também inerentes a sua atividade de processamento, quais sejam, os que possuem maior carga jurisdicional, ainda que não digam respeito às questões de mérito. Estes, somados aos poderes de condução imediata, fazem parte de um conjunto mais amplo, voltado a dar um potencial investigativo ao magistrado, permitindo que seus comandos externados durante o arco procedimental encaminhem-no para a produção da decisão da causa de maneira a criar um efetivo convencimento motivado que servirá de base, inclusive, para o exercício da atividade de julgamento.

É, outrossim, provável que durante o exercício da condução imediata o juiz se veja frente a momentos de irrestrita atividade de julgamento. Especialmente em momentos da fase ordinatória, quando deve decidir por sanear o processo, por extingui-lo ou pelo seu julgamento antecipado.

Entretanto, não sob o aspecto de maior ou menor importância das atividades, e sim sob o aspecto da quantidade de tempo gasto em uma ou outra, é fato que a condução tem lugar de destaque na atividade do juiz. Desta forma, *retirada a atividade jurisdicional* e, assim, examinando a atuação do magistrado apenas com base nos seus poderes de condução, não é demais caracterizá-lo, à luz do nosso sistema como um juiz-gerente.

Dando contornos a sua atividade gerencial, com facilidade encontramos poderes de controle e fiscalização na condução do processo praticada pelo magistrado⁹⁵. Uma vez que ela é despida de parcialidade, compete a ele controlar objetiva e subjetivamente a

⁹⁵ Cfr. Vicente Miranda, *op. cit.*, n. 2, pág. 149 e ss.

relação processual, ponderando o seu desenvolvimento na manutenção da igualdade entre as partes. No aspecto fiscalização encontra-se a atividade relativa à manutenção da ordem e dignidade da Justiça e da relação processual⁹⁶.

É preciso lembrar que a proposição do ativismo investigativo em nosso sistema nunca sobrepujou o ativismo gerencial e, mesmo que se reconheça a existência de uma ampliação das atividades instrutórias do juiz, na prática – como será abordado a seguir – não são elas suficientes para trazer um desenvolvimento mais célere ao processo, ainda que seja reconhecido o seu valor na linha de evolução do sistema processual e na busca por um resultado que fique mais próximo da *justiça justa*.

Desta forma, é preciso que se deixe claro que a caracterização do juiz brasileiro como um juiz-gerente não se confunde com a distinção efetuada entre a *direção material* e a *direção formal* do processo. Essa terminologia é utilizada com o intuito de ressaltar a participação do juiz na instrução e determinação das provas no processo e também ligada à discussão do princípio dispositivo⁹⁷.

⁹⁶ Como vemos no teor do inciso III do artigo 125 do Código de Processo Civil, servindo ele de fonte para uma das atividades de condução vinculada mencionada no capítulo 2.2.

⁹⁷ Mauro Cappelletti demonstra a diferenciação entre a direção formal e material do processo, na exposição sobre o princípio dispositivo, especialmente quando trata da oralidade como forma de ampliação do poder do juiz nos destinos do feito (*La testimonianza...*, cit. esp. p.322). Também o autor afirma que o juiz é além de um diretor formal, também um diretor material do processo, pois desta forma assume poderes referentes ao objeto deduzido em juízo; as partes mantêm o poder dispositivo material e ao juiz seria conferido um poder de auxílio, para mostrar, ampliar, trocar e até corrigir a posição processual, sem alterar o pedido (*Oralidad y las pruebas en el proceso civil*, esp. pág. 125).

Infelizmente⁹⁸, não alcançamos no nosso sistema uma proximidade à figura do chamado *managerial judge*⁹⁹, atualmente muito em voga no direito norte-americano moderno¹⁰⁰ e que demonstra que o *adversary system* passa a permitir uma maior presença do juiz nos atos de condução do processo mitigando a imagem tradicional do juiz como mero observador do duelo travado entre os litigantes, sem qualquer preocupação com o resultado do processo¹⁰¹, passivo às atividades de condução destas e que apenas aguarda para prolatar sua sentença.

Diferentemente do nosso juiz-gerente, a figura do *managerial judge* apresenta um juiz que passa a mandar mais no compasso do processo, fixando os andamentos e provocando a ação das partes, devido à influência do método de *case management*. Investido de poderes para organizar o cronograma do processo, concentra efetivamente o poder de condução.

⁹⁸ Diz-se, infelizmente, por notar que o sistema da *common law* parece “evoluir” adaptando e admitindo situações mais afeitas ao sistema processual da família romano-germânica e o inverso não parece acontecer na mesma proporção. Aliás, não é de hoje que a doutrina considera que em nenhum momento da história se consagrou algum sistema processual “quimicamente puro”, sempre havendo influência e interpolação de institutos e a combinação de elementos mais afins. Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, *Notas...*, cit., n. 3, esp. pág. 91, indicando o autor referência do mesmo entendimento em Cappelletti-Garth, em Taruffo e em Zuckerman. O norte-americano Oscar G. Chase também ressalta este aspecto, relembrando a impropriedade do uso dos termos *adversarial* e *inquisitorial* (digressão evitada como já alertado anteriormente) em American “Exceptionalism” & Comparative Procedure, *The American Journal of comparative law*, v. 50, n. 2, esp. pág. 283.

⁹⁹ O termo *managerial judge* é de autoria da norte-americana Judith Resnik que resume a modificação de atitude dos juízes norte-americanos com relação ao seu não envolvimento com as causas. Aponta que já de algum tempo estão adotando uma postura mais ativa, recebendo a causa desde seu ingresso em juízo e assumindo a responsabilidade de tomar seu cuidado até o encerramento. Essa função, denominada *case management* a levou a cunhar o citado termo (cfr. Managerial Judges, *Harvard Law Review*, vol. 96, n.2, p. 374-448).

¹⁰⁰ Cfr. Oscar G. Chase, *op. cit.*, pág. 298 e Máximo Langer, The rise of managerial judging in international criminal law, *The American Journal of comparative law*, v. 53, n. 4, pág. 835 e ss, onde este autor identifica o *managerial judge* como um modelo de procedimento, encontrando essa conclusão na análise do procedimento estabelecido pelo Tribunal Internacional Criminal para a antiga Iugoslávia.

¹⁰¹ Esta é figuração apontada recorrentemente na doutrina e, por todos, José Roberto dos Santos Bedaque, em relação aos ordenamentos jurídicos fortemente influenciados por concepções privatistas (*Poderes instrutórios do juiz*, n. 3.2, pág. 78).

3 – A condução mediata

Não há como negar que o advogado participa ativamente da condução do processo e é impossível conceber a marcha do processo sem sua influência e a sua atividade. Adotando a ampliação da noção de condução como se propõe, fica designada como mediata a condução praticada pelo advogado, justamente porque ele tem o juiz como agente de validação de seus atos.

Muito embora a atividade do advogado não possa substituir ou se sobrepor à atividade do juiz – ficando limitada temporalmente pelos momentos em que ele aguarda as providências a serem determinadas pelo magistrado – o ritmo de andamento do *iter* procedimental é diretamente ligado a sua atuação.

É possível fazer imediata relação da importância da atuação do advogado no compasso do processo com a exclusividade de existência de ônus somente às partes, além do fato de apenas a elas serem imputadas as consequências do fenômeno da preclusão processual. Não poderia ser diferente – e nem há necessidade de maior ilação – afinal são os seus interesses que se encontram colocados em juízo.

Entretanto, é o fato de a responsabilidade pelas decisões de condução do processo recair na figura do advogado que lhe propicia uma grande concentração de poder, pois é ele quem dita para onde soprarão os ventos. A escolha do procedimento mais adequado, ou após, dentro do curso procedimental, a escolha por uma ou outra linha de atuação, faz com que seja ele quem controla a roda do leme da embarcação.

Relacionados com a maioria dos ônus processuais estão os prazos. Como a sua não observância pode acarretar prejuízo à parte e, por outro lado, a não utilização da totalidade de tempo concedido pode acelerar o andamento do feito, a influência da atividade

do advogado pode ser decisiva para uma maior ou menor celeridade processual. Especialmente, se forem somados ao final do processo todos os prazos que lhe foram destinados, ao colocar esse número em relação ao tempo total de duração do processo, verifica-se o percentual proporcional que a otimização do uso dos prazos pode oferecer à celeridade do processo.

Em síntese, a condução mediata está ligada às decisões que o causídico toma para a marcha do processo na tentativa de obter o provimento da demanda, podendo ser admitida desde a escolha da modalidade de procedimento, bem como da forma de apresentação das razões na petição inicial ou o direcionamento probatório do feito. Cada ato executado pelo advogado posiciona o próximo, a ser dado por ele, pela parte contrária ou mesmo pelo juiz.

E esta condução é feita por sua livre escolha, ficando limitado o juiz apenas aos casos em que possa agir *ex officio*. E isto existe sem qualquer necessidade de violação ao princípio da indisponibilidade do procedimento. É de opção do advogado pleitear uma antecipação de tutela em um momento inicial ou não; cabe a ele decidir a manutenção ou não da utilização da prova oral que poderia diferir uma audiência, caso entenda que em determinado momento ela já não seja mais necessária.

A condução mediata ainda admite a existência de avaliação subjetiva quanto à qualidade do agente condutor, ou seja, é possível que se aceite existirem melhores ou piores advogados, mais ou menos qualificados para essa capacidade. No caso da atuação do juiz, esta avaliação subjetiva não pode existir, ainda que na prática se observe.

3.1 – Momentos de conjunção da condução mediata e imediata

A condução mediata efetuada pelo advogado tem seus contornos ressaltados quando observamos alguns dos momentos em ela se dá mediante a formulação de pedidos de cunho nitidamente ligados aos interesses “privados” das partes, mas que só produzem efeitos depois de deferidos pelo juiz.

O pedido de redução ou prorrogação de prazos dilatatórios pode ser efetuado pelas partes (artigo 181), devendo o juiz avaliar cada caso; já os prazos estabelecidos em favor exclusivo de uma das partes, pode ser por ela renunciado (artigo 186); as partes podem suspender o processo por convenção mútua (artigo 265, II), também podendo adiar por uma vez a audiência de instrução e julgamento (artigo 453, I) e; a liquidação por arbitramento pode ser convencionada pelas partes (artigo 475-C, I).

Assim, muito embora o juiz chancele o direcionamento solicitado pelo advogado, sua decisão tem uma carga volitiva própria bem menor do que nas hipóteses em que se caracteriza uma atividade de condução imediata vinculada. Diferencia-se, pois, a condução mediata do advogado da condução imediata vinculada do juiz justamente pelo agente que toma a iniciativa de impulso e direcionamento do procedimento e, mais ainda, pelo maior ou menor poder decisório do juiz para a prolação da decisão sobre a questão posta à sua análise.

3.2 – O controle sobre as etapas mortas do processo

Não é novidade o alerta que a doutrina faz para a existência de períodos de inatividade processual, durante as quais os autos ficam parados no cartório à espera de

providências burocráticas ou até mesmo das partes. São verdadeiras *etapas mortas*¹⁰² no arco procedimental que, somadas a alguns andamentos aparentes do processo contribuem imensamente para alongar a sua duração. A prática de atuação do foro também demonstra que os prazos determinados pelo Código de Processo Civil para que os servidores ou o juiz pratiquem determinados atos não costumam ser respeitados¹⁰³. São os prazos impróprios; eles, ao contrário dos prazos impostos às partes, não acarretam quaisquer ônus aos servidores ou juízes pelo seu não cumprimento, servindo este argumento também para corroborar, ainda que de maneira sutil, a alegação de que é o advogado que dita o ritmo do processo.

Entretanto, se a existência do problema é assunto de fácil constatação, é comum verificar que sempre que se traz este preciso tema à discussão, a exposição se concentra apenas nas causas e conseqüências, mas nunca na solução. Aliás, quando alguma saída se propõe, sempre está ligada à melhora da máquina burocrática ou à contratação de pessoal. Em nenhum caso se aponta como solução qualquer forma de designação de funções ao advogado ou um melhor aproveitamento daquelas que ele já possui.

É fundamental que se ressalte o aspecto da importância da atuação do advogado para minimizar os efeitos destas etapas mortas. Uma próxima e eficiente atuação perante o foro já é um início para identificar os reflexos que a condução de forma zelosa e dedicada do advogado pode trazer em benefício de um encurtamento da duração do processo. Na medida em que ele “provoque” o juízo a dar andamento ao feito, ou mesmo inste a serventia a dar seguimento a uma providência, pode imprimir um ritmo mais acelerado. Em

¹⁰² A expressão *etapas mortas* pode ter origem no texto de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, na obra consultada, datada do ano de 1974 (*Estudios de teoría general e historia del proceso*, vol. I, p. 21), porém o alerta também vem da Itália em artigo de Giuseppe Tarzia, de 1995: “Os problemas mais graves da justiça civil, pelo menos na Itália, dizem respeito, de outra parte, não à estrutura, mas à duração do processo; dizem respeito aos *tempos de espera*, aos “tempos mortos”, muito mais que aos *tempos de desenvolvimento* efetivo do juízo” (*O novo processo civil de cognição na Itália*, n. 13, pág. 63.).

¹⁰³ Algumas considerações interessantes sobre o *prazo* e o *tempo dos atos processuais* vemos na obra de José Rogério Cruz e Tucci, *Tempo e Processo*, esp. n. 2.4, pág 29 e ss.

muitos casos o andamento do processo no cartório, mesmo cumpridas as formalidades (recebimento de petição, cumprimento de mandados, etc.) dentro de seu prazo, fica parado à espera do vencimento e, caso a serventia não seja provocada pelo advogado a encaminhar o feito para o próximo passo, os autos aguardarão estáticos, permanecendo inútil tempo no mesmo “andamento”.

Muito embora o controle das etapas mortas do processo esteja muito mais ligado à atividade dos servidores e do magistrado¹⁰⁴, não se pode negar às partes sua parcela de influência no que diz respeito às possibilidades para sua diminuição.

Na medida em que não se pode esperar somente uma organização racional dos serviços praticados pelas serventias dos juízos, é preciso que as soluções partam de hipóteses mais simples, como a atuação do advogado de maneira subsidiária, como se discorrerá mais à frente na próxima parte da tese, pois é preciso que ele tenha meios práticos para poder encurtar os momentos em que o processo se encontra dormente nos escaninhos do cartório.

Também no que se refere aos andamentos processuais aparentes, é possível que uma atuação mais próxima do advogado contribua para evitá-los. Estes andamentos aparentes ocorrem com as desnecessárias idas e vindas do processo entre o cartório e o juiz ou entre o cartório e os serviços de apoio da justiça (como é o caso dos setores Contador, Partidor e Distribuidor, além dos auxiliares da justiça, como o perito judicial), em duas ocasiões bem definidas: quando o cartório remete o processo à conclusão para uma providência tão simples que o próprio escrivão poderia ter adotada por iniciativa própria – muitas vezes autorizada por Norma de Serviço estabelecida pela Corregedoria de Justiça –,

¹⁰⁴ José Renato Nalini, observa que ao juiz cumpre observar os prazos, a administração do cartório judicial e admoestar os servidores, fiscalizando e sendo responsável pela higidez dos atos praticados pelos auxiliares do juízo. Entretanto, relembra que essa atividade é normalmente considerada uma tarefa menor para o magistrado (*O juiz e o acesso à justiça*, n. 4.3.1.3, pág. 122).

ou quando a remessa, tanto para a conclusão como para os serviços de apoio, ocorre por puro engano, não estando os autos ainda preparados ou mesmo havendo defeito, o que obrigará uma segunda remessa.

3.3 – O combate aos métodos reprováveis de condução mediata

Talvez até por se afigurar de óbvia conclusão, a adoção pelo advogado de certas condutas reprováveis no curso do processo civil pode influenciar no andamento do feito de forma a prejudicá-lo e, em especial, retardá-lo. Não obstante se configurar uma atividade negativa, a ser combatida veementemente, a sua existência real demonstra e reforça a existência e a capacidade do poder de condução do processo pelo advogado¹⁰⁵.

Certamente, a carga de poderes conferida ao juiz para a fiscalização do processo inibe a freqüente promoção das *chicanas* mas, da mesma forma que a tipificação penal não *proíbe* que um indivíduo cometa um determinado crime, a aplicação apenas da deontologia forense não é suficiente para eliminar sua existência. Aqui, portanto, cabe não o pleito por maiores poderes aos advogados, mas sim a imputação de maior responsabilização pelos seus atos, principalmente em relação às ofensas à dignidade da jurisdição.

No entanto, ao lado das iniciativas judiciais para o combate à má condução do processo, existem aquelas que podem ser administradas pelo advogado da parte contrária, que não deve esperar passivamente pelo pronunciamento do juiz. Ainda que o magistrado possa condenar o litigante de má-fé *ex officio* (artigo 18, CPC), em diversas hipóteses esse

¹⁰⁵ O dever de não praticar atos que venham a retardar o andamento do processo é imposto com rigor às partes; todavia, extensivo aos advogados mais preponderantemente, uma vez que *o dever de lealdade, para os litigantes, restringe-se à exposição dos fatos; todavia, para os procuradores vai muito mais além, pois jamais poderão deturpar aqueles fatos, bem como o teor da lei, de citação doutrinária ou mesmo de algum julgado, com o intuito de confundir o adversário ou iludir o juiz, sob pena inclusive de estarem cometendo infração disciplinar* (cfr. Luiz Carlos de Azevedo, *Direitos e deveres do advogado*, esp. p. 12).

pronunciamento judicial depende de iniciativa da parte que se sentiu ofendida, apresentando e demonstrando a conduta do adversário como passível de censura.

Por exemplo, a criação de “embaraços à efetivação de provimentos judiciais de natureza antecipatória ou final” (artigo 14, V, *in fine*), a “alteração da verdade dos fatos” (artigo 17, II), ou mesmo os atos do executado atentatórios à dignidade da Justiça (artigo 600), são atitudes que em geral devem ser reportadas ao juiz pela sua própria natureza. Do mesmo modo, o *atentado*, é causa para ingresso com medida cautelar expressamente prevista no Código.

Logo, uma vez deixado de lado o *esprit de corps* – ou mesmo em apologia do termo em sua origem¹⁰⁶ – a atuação do próprio advogado no combate à má advocacia pode se demonstrar muito efetiva à produção de um processo célere e sem dilações indevidas, uma vez que na defesa dos interesses do cliente, não tolerando o uso incorreto do processo, ele tem empenho especial em evitar ou acabar com os estragos provocados por um mau profissional.

Ademais, alguns atos praticados por advogados, limítrofes ao entendimento de uma atuação menos louvável, tais como a retenção dos autos por prazo maior do que o permitido, podem ser diretamente atacados pelo *ex adverso* sem necessariamente a atribuição de conduta desleal: um pouco de diplomacia entre colegas também pode servir de desestímulo à sua prática.

A criação de uma lista tipificada, maniqueísta, de condutas reprováveis mais frequentes, com a respectiva sanção de aplicação imediata pelo juiz da causa certamente desestimularia os maus profissionais.

¹⁰⁶ Hoje, como sabemos, o termo corporativismo tem sido interpretado com uma conotação negativa, normalmente ligada à defesa de interesses ou privilégios de uma determinada classe ou profissão.

Como exemplo, o artigo 196 do Código de Processo Civil prescreve multa de meio salário mínimo ao advogado que não devolver os autos do processo retirados em carga, após 24 horas da sua intimação para a devolução. O grande erro, que torna o dispositivo verdadeira letra morta, é não só conceder prazo e prévia intimação, mas sim, e principalmente, delegar a punição ao órgão de classe, como dispõe o parágrafo único deste mesmo artigo.

4 – Extensão prática do exercício dos “poderes instrutórios do juiz”

Muito se falou, e ainda se fala, sobre os poderes instrutórios do juiz e sua ampliação, com o objetivo de se criar ou aceitar um magistrado mais participante e decisivo no tocante à condução do processo. Obviamente, tal condução é vislumbrada efetivamente como ligada à fase ordinatória e à instrução probatória do feito.

O cerne destes estudos – em extrema síntese – estaria no entendimento de que o juiz, enquanto ente detentor da jurisdição e frente a este encargo, não deveria ficar adstrito a iniciativa das partes na produção do conteúdo que lhe serviria de base para o seu convencimento. Aliás, justamente por se tratar da questão de seu convencimento, poderia ele “querer mais”, “saber mais” e, assim, ser-lhe-ia facultado agir nesta busca, ainda que as partes estivessem satisfeitas. Nos diversos trabalhos dedicados ao tema, foram revistos e revisitados diversos dogmas ligados à imparcialidade do juiz, ao princípio dispositivo, ao ônus da prova, à verdade formal e à igualdade das partes entre outros, tendo-se concluído pela adequação de cada um deles às premissas trazidas na espinha dorsal da tese.

Analisando os resultados sob um prisma menos dogmático, tudo isto deu azo a uma falsa idéia de que o juiz estaria – ou deveria estar – investido de maiores e melhores poderes, os quais permitiriam uma atuação mais efetiva no que diz respeito produção prática das provas; ou ainda em outras palavras, acredita-se, equivocadamente, que o juiz estaria revestido de um maior ativismo investigativo.

Não obstante saber-se que isto não só não era o objetivo inicial, como também sequer se aproximou de ser, este foi o resultado prático das conclusões obtidas, obnubilando-se a participação da parte e reduzindo sua importância, eventualmente por uma verdadeira

aversão ao antigo posicionamento privatístico do processo, notadamente no que se refere à dicotomia “interesses das partes *versus* interesses do Estado”.

Ocorre que, na prática, a teoria é outra.

De fato, houve um reforço dos poderes do juiz na medida em que as reformas da legislação processual dotaram-no de aparelhos mais aptos a colocar em prática as suas determinações. Ou melhor, o aumento dos poderes do juiz permitiu uma significativa melhora na eficácia de suas decisões, ou na sua própria imposição.

E, no mesmo sentido, pelo ranço cultural e histórico do nosso sistema, absolutamente atrelado ao *inquisitorial system*, jamais se considerou a participação do juiz no processo como um simples expectador, ou como um observador passivo. A ele sempre foi imputada grande importância e destaque.

Todavia, não obstante, é possível concluir que mesmo dotado de maiores poderes instrutórios, o juiz se vê limitado em sua extensão prática, especialmente no tocante à produção da prova em si, nos casos em que a iniciativa nasce de sua parte. Há nítida escassez de iniciativas instrutórias oficiais¹⁰⁷ e, nos casos existentes é limitada. Ilustrativamente, a previsão do artigo 130 do Código de Processo Civil, de que o juiz pode determinar as provas necessárias à instrução do processo, inclusive *ex officio*, limita-se à determinação e não se estende à participação na sua obtenção. O artigo 342, por sua vez, prende-se ao comparecimento *das partes* para interrogatório, não abarcando a determinação de comparecimento de testemunhas; o juiz fica limitado ao rol trazido pelas partes.

¹⁰⁷ José Carlos Barbosa Moreira, em texto de 1988 já fazia essa observação em “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, *Participação e Processo*, n. 5.2, pág. 384.

Acaba, por isso, havendo um exagero do emprego da primeira parte do conhecido brocardo *da mihi factum*, apresentando um modelo de juiz muito passivo na produção da prova – mas não na *solicitação* da produção da prova. Não custa ilustrar indicando que a inspeção judicial prevista nos artigos 440 e seguintes do Código de Processo Civil está lá para inglês ver, ainda mais quando seja a inspeção diretamente realizada pelo juiz em local que não seja a sala de audiências do fórum. Ainda que não se deseje acrescentar mais esta função do órgão jurisdicional (e encaminhar o processo a uma excessiva publicização e suas conseqüências), não seria de se desperdiçar as oportunidades já existentes. É o que se caracteriza como uma *abulia professional*¹⁰⁸.

Ou seja, a evolução do sistema, dotando o juiz de maiores poderes instrutórios configura-se boa, mas insuficiente; a manutenção da situação existente é mais um indício de que o advogado pode ser dotado de maiores poderes para conduzir o processo, também no tocante ao auxílio da instrução probatória. E sem que para tanto precise se buscar a aplicação de métodos utilizados nos diferentes sistemas de direito existentes no globo, produzindo transplantes que nem sempre serão aceitos¹⁰⁹.

¹⁰⁸ Expressão cunhada por Niceto Alcalá-Zamora Y Castillo, *Estudios de teoría general e historia del proceso*, cit., vol. II, esp. pág. 235.

¹⁰⁹ Mais uma vez, a recomendação é de José Carlos Barbosa Moreira, em Notas..., cit., n. 2, pág. 88.

5 – O *case management* como indicativo da verdadeira condução pelo juiz

Se existe um modelo de procedimento que coloca o juiz em posição de supremacia no que diz respeito à condução do feito, é o *case management*, utilizado nos processos do sistema da *common law*, especialmente nos Estados Unidos e na Inglaterra. Desenvolvido a partir da década de 1970 como forma de redução do congestionamento das cortes, progressivamente os juízes passaram a dar maior importância a sua atuação como encorajador de acordos e também a supervisionar a preparação das causas¹¹⁰, ganhando importância nas duas décadas seguintes, dada a ineficiência da máquina estatal de adjudicação de resultados.

Muito embora não se possa determinar um modelo único para o *case management* – principalmente porque o sistema norte-americano adota uma regra geral baseada na *Rule 16*¹¹¹ das *Federal Rules of Civil Procedure*, que, por sua vez, é forjada localmente pelas diversas cortes federais e, o sistema inglês, ainda que se comportando mais uniformemente, tem suas especificidades – a sua essência é muito similar em qualquer um dos eventuais que se observe¹¹².

O que sucede pelos seus auspícios é que, mais do que “*mandar*” no processo, ao juiz incumbe a tarefa de *planejar* a condução do feito, determinando um efetivo controle sobre a identificação das questões relevantes, a melhor utilização dos meios alternativos de

¹¹⁰ Cfr. Judith Resnik, *Managerial judges*, cit., esp. pág. 377.

¹¹¹ Vale verificar o estudo de Alfredo Buzaid sobre os contornos do *pre-trial* norte-americano, conforme a antiga redação da *Rule 16*, notando-se que desde os idos de 1970 dito sistema já buscava a determinação de uma linha de condução do processo, visando à eliminação de atos inúteis ao processo, reduzindo-o aos indispensáveis para cumprir a sua finalidade (*Estudos de direito*, vol. I, esp. ns. 16, 17 e 18, pág. 25 e ss).

¹¹² Em estudo monográfico, Paulo Eduardo Alves da Silva dedica capítulo específico ao assunto, servido de referência suas conclusões e sua indicação bibliográfica (*Condução planejada dos processos judiciais – a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo*, esp. cap. II, pág. 55-77).

solução de controvérsias e o tempo necessário para concluir adequadamente todos os passos processuais¹¹³.

Especialmente, é ele magistrado quem controla o calendário do processo, aprazando as diligências e audiências, mantendo contato direto com as partes e direcionando o processo para um julgamento com eficiência e com maiores oportunidades para a obtenção de uma solução amigável. Em geral, a orientação do modelo se baseia no envolvimento do juiz com a causa para planejar seus caminhos e controlar seus custos e também na atividade probatória; na elaboração de planos e cronogramas de atos específicos de cada causa; no treinamento adicional de juízes nas técnicas de gerenciamento de casos e; no planejamento de prazos e procedimentos conforme as questões e o número de partes envolvidas¹¹⁴. Ou seja, o compasso do processo é ditado pelo juiz, segundo um planejamento específico para cada caso.

É, assim, uma confirmação da característica precípua do *case management*, a de possuir uma higidez do cronograma estabelecido para o curso do procedimento, cabendo às partes cumprir as determinações em relação ao aprazamento dos andamentos processuais. Excepcionalmente, pode o cronograma estabelecido ser alterado por razões relevantes objetadas pelas partes, ou ainda por observância a uma regra de lei local, mas sempre é o magistrado que determina essa possibilidade. Ou seja, é ele quem detém com exclusividade o efetivo poder de condução do feito.

Infelizmente, o nosso sistema processual não prescreve nenhuma atividade que se aproxime da figura do *case management* e a implantação imediata de suas linhas mestras não se assoma possível sem que se efetue uma profunda mudança sistêmica (e porque não

¹¹³ Cfr. Kazuo Watanabe, “Cultura da sentença e cultura da pacificação”, *Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*, esp. n. 13, pág. 689.

¹¹⁴ Cfr. Paulo Eduardo Alves Silva, *op. cit.*, pág. 57.

dizer, também cultural?) e estrutural. De nada serviria a ordenação de um cronograma para o andamento do processo se a estrutura técnica e humana do nosso Judiciário não permite que ele seja cumprido fielmente. Ou ainda pior, tornar-se-ia ineficaz a produção de um cronograma para o andamento do processo que não fosse efetivamente curto e célere. O exemplo disto ocorre com o processo nos Juizados Especiais que, distribuída a ação, imediatamente é designada a primeira audiência... para quase 6 meses depois.

Portanto, com esta exposição, ficam reforçadas algumas premissas lançadas no presente estudo, principalmente no que diz respeito à amplitude do conceito de condução em nosso processo civil, não se restringindo à atividade judicial e, ficando evidente a participação das partes.

5.1 – A audiência do artigo 331 do Código de Processo Civil

O artigo 331 do Código de Processo Civil teve como fonte inspiradora¹¹⁵ o chamado “Modelo de Stuttgart de audiência no processo civil”¹¹⁶, implantado na República

¹¹⁵ Cfr. Kazuo Watanabe, *op. cit.*, pág. 688. É o que se denota também da obra de Alfredo Buzaid, quando o autor aborda o *despacho saneador* e as suas considerações no que diz respeito ao instituto, especialmente quando discorre sobre o sistema brasileiro do Código de 1939 (*op. cit.*, vol. I, esp. pág. 30 e ss.).

¹¹⁶ “A idéia básica é simples: após a propositura da ação, realiza-se uma troca de peças escritas entre as partes, sob a direção do tribunal; ela se destina à exposição das questões de fato e à indicação dos meios de prova. O tribunal influi na exposição escrita das partes, na medida em que indica pontos que lhe parecem importantes para o completo esclarecimento da matéria de fato. Depois dessa troca de escritos, o tribunal marca a audiência, ordena sempre o comparecimento pessoal das partes e provê no sentido de que todos os meios de prova estejam presentes à audiência. Nessa única audiência (comparável à “audiência principal” do processo penal), o tribunal discute primeiro as questões de fato com a partes, pessoalmente presentes; nessa ocasião apontam-se obscuridades e equívocos nas exposições das partes, que devem ser logo esclarecidos. Muitas vezes, já nesse primeiro estágio, surge a possibilidade de encerrar-se o processo mediante transação. Se não se chega a tanto, realiza-se de imediato – na presença das partes – a colheita das provas. Também os peritos estão pessoalmente presentes, mesmo quando já tenham antes apresentado laudo escrito. Após a conclusão da atividade instrutória, têm as partes e os advogados oportunidade de arrazoar. O tribunal discute abertamente a situação de fato e de direito com as partes, de maneira que estas não fiquem em dúvida sobre a opinião do órgão. Isso conduz em muitos casos a uma transação. Quando não, o tribunal depois de conferenciar, profere a sentença (Fritz Baur “Transformações do processo civil em nosso tempo”, *Revista Brasileira de Direito Processual*. Uberaba, v. 7, p. 61).

Federal da Alemanha¹¹⁷ no começo da segunda metade do século passado e que, por sua vez, seguiu a linha do pensamento de Franz Klein, apresentada no processo austríaco no final do século XIX¹¹⁸.

Analizando as modificações implantadas ao texto do artigo 331 do Código de Processo Civil – alterado por três vezes desde a promulgação da lei 5.869/73 – percebe-se a preocupação do legislador em implantar uma melhor adequação do magistrado como organizador do arco procedimental, em relação às suas fases e sua total extensão.

A atual redação, além de marcar o final da fase ordinatória como já acontecia antes, permite a realização da audiência preliminar de modo a aproximar a figura do juiz às partes, com a tentativa de conciliação e, caso não seja possível, a fixação dos pontos controvertidos e a determinação das provas a serem produzidas. Também, especialmente no que diz respeito à redação, a permuta de “audiência de conciliação” para “audiência preliminar” ressalta que o fim almejado por ela não era tão somente a tentativa de autocomposição da lide.

Em tese, caso não seja frutífera a tentativa de acordo entre as partes, já saem elas intimadas para o comparecimento para próxima audiência, de instrução e julgamento, com data pré-determinada e eventual produção de provas (que não sejam aquelas a serem colhidas na audiência) já com o cronograma definido¹¹⁹. Ou seja, ficam fixados de modo

¹¹⁷ “Cìò nonostante, la ZPO si è rivelata una legge sostanzialmente moderna, cha attraverso un’applicazione <<corretiva>> di alcune sue norme è perfettamente in grado di assicurare un processo rapido, efficiente e <<giusto>>, como viene dimonstrato ormai da diversi anni dai giudici della famosa 20ª Sezione de Tribunale di Stoccarda, i quali, seguendo i sugferimenti formulati da un’autorevole dottrina, hanno sviluppato um <<processo modelo>> (...).”; é a consideração de Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione*, n. 20, esp. pág. 88.

¹¹⁸ V. nota 80, *supra*.

¹¹⁹ “A audiência preliminar, assim concebida, tem a aspiração de ser o palco da conciliação e da organização do processo.” (cfr. Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, n. 83, pág. 116).

objetivo os pontos controvertidos e o esquema para a produção de provas, além de determinado o prazo para o julgamento do feito e o seu encerramento em primeiro grau.

Desafortunadamente, o artigo 331 recebeu na última alteração legislativa o § 3º que, afora alertar para a vedação da transação sobre direitos indisponíveis, deixa ao livre critério do juiz, “se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção”, sanear desde logo o processo sem a designação da audiência preliminar.

Nem é preciso aprofundar a pesquisa para perceber que este dispositivo representa um enorme empecilho para a atuação do juiz de modo mais próximo às partes, tendo em vista que diante do notório o sobrecarregamento das pautas será mais provável o magistrado preferir o seguimento do feito a apostar na tentativa de conciliação em data longínqua¹²⁰.

Era a oportunidade concedida ao juiz para comandar de fato o cronograma do processo, desde já estabelecendo a conexão pessoal da sua figura com as partes. Fica a dúvida se, ou o sistema já estava corroído pelo cansaço e, por esta razão, essa liberalidade na não designação da audiência tornou-se letra morta, ou a alternativa de obrigação da audiência só pioraria a situação, aumentando a carga das pautas ainda mais. De toda forma, já há tempo que a *oralidade* e a *immediatez* têm sido desprezadas no contexto do procedimento ordinário.

Também a opção das partes pela não realização da audiência preliminar coloca em destaque a participação do advogado na condução do processo. Na medida em que o sistema não prevê a obrigatoriedade de sua realização, o advogado, estando convencido da

¹²⁰ Esta idéia é complementada pela exposta por Kazuo Watanabe, *op. cit.*, n.12, pág. 687 e por José Rogério Cruz e Tucci, “Horizontes da nova audiência preliminar” na *Revista da PGESP*, ed. especial, esp. n. 5, p. 299.

dificuldade de obtenção da composição amigável tem a possibilidade de externar essa opinião ao juiz, levando-o a sanear desde logo o feito.

6 – Visão cooperativa da condução do processo

Na mesma medida em que se demonstra que o juiz não é o agente do processo com a exclusividade do poder de condução, reforça-se a idéia de que ele não irá, e nem poderá, agir com arbítrio ou, ainda, de modo a comprometer a sua imparcialidade. Exercendo estes poderes também estão os advogados das partes para, emprestando um termo clássico da tripartição política do poder, atuarem como um sistema de freios e contrapesos. Neste contexto, bem se verifica que a atuação do advogado completa a atividade judicial.

Se, ao longo da história ficou comprovado que a concepção liberal que atribuía amplos poderes às partes não se caracterizava como a maneira mais eficaz de se atingir os verdadeiros escopos do processo, uma vez que o juiz passivo e espectador acabava por prolatar uma decisão estéril e que ocasionalmente ficava distante demais da realidade das partes, o extremo oposto também se constatou impróprio¹²¹. A exagerada publicização do processo também não logrou êxito e culminou com o enfraquecimento das garantias e segurança dos direitos individuais, algo nada salutar¹²².

¹²¹ Em estudo sobre o tema da “prova”, Santiago Sentis Melendo, relata esse movimento pendular da história do processo que oscila entre o juiz espectador ou mero “convidado de pedra” ao juiz ditador do processo. Em conclusão, o autor aponta para a aceitação de um *juiz diretor* (*La prueba*, esp. p. 201 e ss.).

¹²² Nem é preciso se fazer referência específica ao sistemas de direito que limitaram drasticamente o poder dispositivo das partes com o reforço da feição inquisitória do Estado-Juiz; basta lembrar dos sistemas implantados na União Soviética e demais países do leste europeu onde vigorou o socialismo. Piero Calamandrei também adverte que a supressão de institutos que dão base ao princípio dispositivo (v.g., a repartição do ônus da prova), elimina do campo substancial o direito privado mesmo que por via indireta. Comenta, em seguida, a necessária distinção, nas normas que regulam os poderes instrutórios dos juízes, entre a natureza dos direitos (disponíveis e indisponíveis) para a preservação da harmonia do processo (*Opere Giuridiche*, vol. I, n.8, esp. pág. 309/310).

É certo que as idéias de Franz Klein¹²³, focalizadas em uma participação maior do juiz, propiciaram a intelecção de um modelo de processo civil no qual uma das partes, considerada menos hábil, menos culta ou menos favorecida financeiramente, pudesse se colocar em pé de igualdade material (e não só formal) com o seu adversário¹²⁴. Também é importante notar que esse aumento da participação e dos poderes do magistrado não se faz de modo indeterminado, concedendo excesso de discricionariedade em prejuízo à observância de certas normas e de certo formalismo.

E é justamente esta visão histórica retrospectiva que demonstra que o ativismo judicial se inseriu no processo de maneira a cooperar com o ativismo das partes pré-existente. Portanto, o paradigma que ora se apresenta em nosso sistema inverte essas posições, em razão do entendimento de que o órgão judicial é que possui a posição dominante na condução do processo.

O momento é de reflexão sobre a necessidade de cooperação entre as partes do processo, alterando-se a visão de confronto, baseada na oposição de funções específicas entre elas, e valorizando o concurso de atividades entre partes e juiz em benefício dos escopos da jurisdição. Também não se vislumbra um sistema de cooperação sem a presença de um juiz ativo, colocado no centro do processo fomentando o equilíbrio entre as partes¹²⁵. Mas, do mesmo modo, é com o fortalecimento dos poderes destas, especialmente nos aspectos de condução do processo, que se atinge um melhor resultado.

¹²³ Sobre a reforma de Klein, seu contexto e evolução histórica, recomenda-se o artigo de Rainer Sprung, “Le basi del diritto processuale civile austriaco” na *Rivista di Diritto Processuale*. Também, mais recentemente, Franco Cipriani, “Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)”, também na *Rivista di Diritto Processuale*. É de frisar que a obra de Klein no direito processual austríaco, nos anos do último decênio do século XIX, influenciou diretamente diversos sistemas dentro e fora do continente europeu e, dentre outros aspectos trouxe a concepção da audiência preliminar, comentada no capítulo anterior.

¹²⁴ Essa idéia se conecta também com a observância do contraditório, como vemos no texto de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Garantia do contraditório*, esp. n. 3, pág. 136.

¹²⁵ Também em *Do formalismo no processo civil*, esp. pág. 133-140, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira discorre sobre essas idéias, em um confronto sobre cooperação e contraditório.

Até mesmo quando se tratar dos poderes instrutórios, é preciso que se inclua a atuação das partes, possibilitando a adequada formação da opinião e convicção do magistrado. Não podem as partes ficar apenas submetidas ao impulso oficial, no aguardo de que o órgão julgador tenha todas as condições para emanar uma decisão que seja considerada a mais justa, apenas por questão de ofício.

Não é porque o advogado pode auxiliar a condução do processo que o magistrado ficará a sua mercê. Da mesma maneira que o juiz atuante não significa um juiz prepotente ou autoritário¹²⁶, a concessão de poderes de condução ao advogado não retira a atividade natural do juiz ou os seus poderes de instrução.

E essa cooperação/divisão de tarefas não é novidade. O progresso natural do direito e o curso da história mostram que a função do órgão judicial é sempre a de dizer o direito a ser aplicado quando trazido a sua apreciação, balizado pela atuação das partes desde a propositura da demanda. Tal poder é tão complexo que, eventualmente e à contra gosto, as partes deverão se submeter a sua vontade, caso tenham efetuado uma composição privada violando premissas legais inderrogáveis, notadamente pela liberdade atribuída ao julgador para a aplicação do direito.

Em adição, é conveniente lembrar que, mesmo a estrutura do direito impondo o brocardo *iura novit curia*, devido (1) à complexidade das questões de direito postas à apreciação do poder judiciário, (2) à enorme gama de especialidades e (3) à dinâmica legislativa, existe a real possibilidade de o juiz não encontrar o direito relacionado à demanda, ou ainda, não dar-lhe a interpretação mais atual em vista da jurisprudência. A cooperação, neste sentido, não constitui ônus da parte, mas sua atuação no convencimento do

¹²⁶ José Carlos Barbosa Moreira, “Saneamento do processo e audiência preliminar”, *Revista de Processo*, n. 40, pág. 126; e mais: “‘juiz ativo’ não significa necessariamente ‘litigantes passivos’”.

magistrado pode significar algo positivo, não só para o restabelecimento do seu direito, como também para o alcance de uma justiça efetivamente justa.

É importante frisar que o diálogo existente no processo também evita o surgimento de surpresas na entrega do direito, pois na medida em que as partes auxiliam a condução do processo, vão recebendo paulatinamente o enquadramento da causa efetuado pelo julgador e começam a se orientar pelo direito por ele posto em aplicação. O que reforça a credibilidade da decisão e do sistema pois trará uma sentença que será aceita não só pelo seu caráter imperativo intrínseco, mas também pela força persuasiva que contém e que tem natureza na própria atuação da parte como protagonista do processo¹²⁷.

Enfim, sem a participação do advogado, ainda que o juiz seja capacitado, ele não estará inteiramente habilitado a conduzir um processo complicado do ponto de vista prático, mesmo que tenha boa vontade. Irá esbarrar na falta de tempo e na limitação do seu interesse para classificar o material trazido pelas partes. E, é justamente com o exercício destas atividades que se atinge o perfeito funcionamento do princípio do contraditório, impondo limite natural aos poderes instrutórios do juiz e impedindo a transformação da arbitragem em arbitrariedade e da discricionariedade em despotismo¹²⁸.

É o que se pode denominar de *princípio da cooperação*¹²⁹ que objetiva, de forma harmoniosa, resolver a tradicional contraposição entre o modelo *inquisitivo* e o modelo *dispositivo* do processo civil¹³⁰. Somente assim será possível realizar uma renovação cultural

¹²⁷ Cfr. Trocker, *op. cit.*, n. 11, pág. 669.

¹²⁸ V. Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz, cit.*, pág. 113.

¹²⁹ José Lebre de Freitas indica que o princípio da cooperação foi há décadas propugnado por Rosenberg e ainda há dois anos reafirmado como princípio fundamental do processo civil no IX Congresso Mundial de Direito judiciário (“Em torno da revisão do direito processual civil”, *Revista da Ordem dos Advogados* de Lisboa, pág. 14). Esta citação é de um artigo com mais de 10 anos, que se refere ao mestre alemão falecido em 1963, ou seja, é preciso mesmo revisitar antigos temas para tentar dar-lhes vida em nosso tempo.

¹³⁰ Cfr. José Carlos Barbosa Moreira, “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, *Participação e Processo*, n. 10, pág. 394. Na nota n. 11 deste texto, o autor indica fontes na doutrina alemã que discorrem extensivamente sobre a cooperação no processo civil.

na prática do processo, mitigando a idéia de que o que realmente interessa às partes é sair vitoriosa, tendo ou não razão; é uma forma de afastar a concepção egoísta, de que as partes buscam apenas um resultado que lhes interesse, não importando se justo e, caso não lhes assista o direito, façam de tudo para retardar o feito¹³¹. É, da mesma maneira, base para reduzir os desmandos criados pela onda de “juizite” que muitas vezes assombra os foros.

¹³¹ Para esses citados problemas, José Carlos Barbosa Moreira, sugere a concessão de maiores poderes ao juiz, sem que com isto crie arbitrariedade (“O neoprivatismo no processo civil”, esp. n. 1, pág. 9). Ainda neste texto, o autor faz o alerta que a prática dos atos processuais pelos advogados e sua maior ou menor qualidade podem repercutir diretamente na sorte do pleito, não se podendo reduzir o papel do juiz a mero árbitro pois isso afetaria diretamente a equanimidade das partes.(n.9, pág. 20).

O PAPEL DO ADVOGADO NA ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

1 – Qualificação jurídica do advogado

É sabido que a Constituição Federal situa a advocacia como uma das funções essenciais da justiça, declinando em seu artigo 133 que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão. Reforça com isto a noção estabelecida em nível infralegal pelo Estatuto da Ordem dos Advogados que, pelo artigo 2º, estabelece que “no seu ministério privado o advogado presta serviço público e exerce função social”, constituindo, com os juízes e membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da justiça.

Pode causar certo espanto ao notarmos que o advogado presta o seu ministério privado em exercício de função pública, induzindo incautos a uma conclusão precipitada de que esta cumulação poderia ser incompatível ou mesmo antiética.

Entretanto, a história demonstra não só a possibilidade de convívio das noções, como também a alternância da primazia de uma e outra característica no decorrer da evolução histórica¹³².

A mudança histórica na interpretação do papel do advogado está ligada à evolução da noção de cidadania. Na sociedade greco-romana clássica, a participação do cidadão era direta, desde a votação de lei até a atuação nas cortes e no processo, colocando o procuratório judicial como o exercício de um ofício público que recebia uma posição de

¹³² Cfr. Fabio Konder Comparato, em artigo intitulado “Função do Advogado na Administração da Justiça”, na *Revista dos Tribunais*, n. 694, p. 43-49.

primazia quanto à dignidade pública de seu múnus, como se referia Cícero¹³³. A atuação gratuita do causídico era recompensada pelo prestígio social que a função lhe atribuía.

Tal entendimento seguiu-se pelos séculos, sendo reforçada a idéia durante o século XVIII na Europa no período do Iluminismo, porém a partir da segunda metade deste século, com o advento da Revolução Industrial, a mentalidade e os costumes sociais na Europa Ocidental e nos Estados Unidos voltados para o individualismo foram convertendo a função do defensor judicial para um caráter privado, igualando a prestação de seus serviços às demais atividades¹³⁴.

Muito embora o serviço prestado pelo advogado possa também ser observado pelo aspecto comercial puro, ou seja, quase equiparando-se a uma relação de consumo (presentemente, é nítida em algumas sociedades uma oferta de advogados maior do que a demanda, o que permite que o cliente insatisfeito com os serviços prestados busque um outro profissional que preencha os seus anseios), jamais tal serviço poderá ser comparado a qualquer outro.

É, pois, facilmente detectada a função social no desempenho da advocacia¹³⁵, fator decisivo para caracterização de sua natureza como atividade pública. É uma visão idealizada, mas demonstra sua existência à serviço da sociedade. É um dos papéis do advogado servir como instrumento do acesso à justiça em conjunto com a construção do direito e a defesa das liberdades públicas¹³⁶.

¹³³ *Idem.*

¹³⁴ *Ib idem.*

¹³⁵ Alguns artigos que abordam o tema, ainda que sob um prisma amplo: Sérgio Ferraz, *Função social do advogado*, Hélio Ribeiro Costa e Joel de Andrade Júnior, *Sobre a função social do advogado brasileiro no século XXI*, José Roberto Reale e Alexandre Sturion de Paula, *A função social do advogado: o profissional no exercício da cidadania*, Carlo Amirante, *Para uma crítica das mudanças do direito entre pós-modernidade e globalização: o papel do advogado no sistema-mundo*.

¹³⁶ Cfr. Antonio Evaristo de Moraes Filho, *O Papel do advogado na sociedade moderna*, esp. p. 99-100.

Desta forma, não se pode confundir a prestação do *serviço público*, com os interesses da relação advinda do contrato de mandato, pois este classifica as regras estabelecidas entre cliente e advogado, dando à luz a capa com que o causídico se revestirá para atuar pelo representado, e aquela transcende a relação privada e se enquadra na realização de um dos escopos da jurisdição.

Em reforço, pelo mandato são estabelecidas as regras entre representante e representado, conforme dispõe o Código Civil, tanto na parte geral do tema “mandato” (artigos 653 até 691) como na específica do “mandato judicial” (artigos 692 em diante, mais as determinações contidas na lei processual).

Ao que se verifica, no final das contas, é que o exercício da advocacia não é caracterizado apenas pela sua conotação privada e tão pouco só pelo caráter público. O acoplamento de ambas as noções faz com que se possa haver a defesa de interesses privados para a realização da Justiça, demonstrando a inexistência de contradição no acúmulo das funções.

Ademais, a função exercida pelo advogado vem reforçar o caráter da imparcialidade do juiz, uma vez que a representação da parte garante que a defesa de seus interesses em juízo esteja assegurada, não sendo necessária a intervenção do poder do Estado. Qualquer atitude do juiz neste sentido, ou traduziria um paternalismo desnecessário¹³⁷ ou acarretaria em um enfraquecimento de sua imparcialidade, uma vez que estaria tutelando os interesses do particular frente aos perigos causados pela sua própria atuação ativa ou omissiva.

¹³⁷ Cfr. Piero Pajardi, *Procedura Civile*, cap. 5.2, esp. pág. 70.

2 – Revendo dogmas e valorizando o múnus exercido pelo advogado

Creio que haja pelo menos duas noções concernentes ao exercício do processo que se encontram arraigadas em nossa cultura de modo distorcido e que, todavia, com boa dose de esforço dos doutrinadores do processo moderno, paulatinamente têm se dissipado. Espera-se que este trabalho contribua para este mister.

Em primeiro lugar, é possível afirmar com boa dose de certeza que a atuação dos advogados é tida culturalmente como transcendente aos limites da parcialidade ética inerente a sua função. Ainda, em outras palavras, existe uma concepção generalizada sobre o advogado, de que uma de suas funções seria a de assumir o *alter ego* despido de escrúpulos de seu cliente, cuja máscara, sozinho, este não seria capaz de colocar à público.

Desta falsa premissa e do esquecimento da função pública do advogado na administração da justiça, tem-se ponto de partida para negar *a priori* qualquer possibilidade de conceder – ou estender – ao advogado funções (não decisórias, por óbvio) hoje de responsabilidade dos entes que compõe a máquina jurisdicional estatal (*rectius*: funcionários públicos da justiça, juízes incluídos). Afinal, entender-se-ia que somente o próprio cliente poderia ter confiança e acreditar em seu advogado.

A segunda, é o exagerado apego dos aplicadores do direito (juízes e advogados) aos princípios e garantias processuais de modo a responsabilizar a própria existência destes pelo resultado final do processo. Com isto, transformam-nos em “lei divina” na tentativa de excluir ou minimizar a sua responsabilidade de pela eventual demora dos feitos e pela *injustiça* das decisões.

Aqui, não se faz referência ao excesso de zelo na fiscalização de princípios e garantias como fator de “enrijecimento das articulações” processuais, e sim a uma possível

razão para este exagero, que muitas vezes é verificada no plano do exercício do processo¹³⁸. O temor por uma futura discussão de nulidade faz muitas vezes que o juiz interrompa o compasso ditado no procedimento, mesmo acreditando que esta eventual arguição de nulidade possa ser negada veementemente em instância superior (apoiando-se, desta forma, a decisão final nos modernos entendimentos quanto à técnica processual e à busca da efetividade dos processos). Por outro lado, o advogado, normalmente super-avaliando o direito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, por muitas vezes dilata a fase postulatória com uma série infindável de réplicas e trélicas (e por quê não falar, mais à frente no arco procedimental, dos inúteis pedidos efetuados na fase instrutória seguidos pelo enfadonho despacho: “Diga a parte contrária”?).

Tudo para depositar no “*devido processo legal cumprido*” a autoria do desígnio ditado pelo processo.

Em nome de valores residentes na falsa idéia de resguardar o princípio da igualdade de partes, tem-se limitado poderes dos advogados na condução do processo com a justificativa de que uma parte hipossuficiente não teria recursos para manter um advogado com a mesma qualidade que a do adversário, possuidor de melhores recursos financeiros.

Na busca da defesa do direito ao exercício do contraditório, parte dos estudiosos (e dos aplicadores do direito) chegam a negar a possibilidade da emissão de uma sentença favorável ao réu, caso ele não tenha exercido o seu direito de defesa¹³⁹ e, portanto, segundo este entendimento, não havendo sido o processo conduzido com respeito a este

¹³⁸ Não se pode fugir a ilustração de casos práticos: a citação atualmente é feita via de regra pelo correio. Recebida pela esposa uma citação destinada ao marido – com a sua assinatura e nome apostos no aviso de recebimento – é normalmente determinada uma nova diligência, agora via oficial de justiça, uma vez que o parágrafo único do artigo 223 determina que o réu deverá assinar o aviso de recebimento.

¹³⁹ Este exemplo foi diversas vezes reiterado por José Roberto dos Santos Bedaque durante as aulas ministradas no curso de pós-graduação e faz parte também do conteúdo das idéias expostas em sua obra *Efetividade do processo e técnica processual*.

nobre princípio. Isto soa como algo absolutamente incongruente com a realização de uma justiça justa e rápida.

Parece defensável – tomando o assunto por um prisma mais genérico – aceitar a revisão de certos princípios e garantias processuais com o intuito de protegê-los de seu “uso indevido”. Ou seja, evitando que sua aplicação, distorcida, destine-se a resultado contrário do que lhe era pretendido.

Somando essas duas noções – a do advogado como joguete do cliente para o exercício do mal e a do uso dos princípios para blindar a “culpa” pelo resultado do processo – é possível que entendamos plausível o círculo vicioso por elas causado.

Não se amplia a atuação do advogado, porque não se lhe pode confiar, ao mesmo tempo em que, confiando no estrito respeito aos “princípios” não se assume (ninguém assume) a responsabilidade pelo resultado do processo, que deve ser tido como *justo* por ser *legal*.

A atenuação de tais entendimentos rígidos deve ser concomitante a um amadurecimento da noção sobre o encargo do advogado e seu múnus público¹⁴⁰. Em melhores palavras, é preciso começar a aceitar que o advogado seja de fato um funcionário à serviço da justiça e que seus atos visem, muito mais que aos interesses de seu cliente, à produção da Justiça como um todo.

¹⁴⁰ Não é sem tempo a observação da atividade do advogado em cumprimento ao *princípio da representação por advogado*, cfr. Rui Portanova, *Princípios do Processo Civil*, n. 4.2.1.6, pág. 164.

Com o desenvolvimento desta percepção, parece possível concluir que à figura do advogado se associará apenas a idéia de sua especialização no trato com o Direito e como via de acesso ao Poder Judiciário pelo cidadão comum¹⁴¹.

É preciso que se reconstrua a *fattispecie* do advogado, pois do contrário, ainda ouviremos pessoas a dizer que o bom advogado é aquele que “conhece o juiz”, “sabe o mapa da mina”, “que funciona pois sabe o jeitinho”, ao invés de dizerem que o bom advogado é o que conhece realmente o direito¹⁴².

Portanto, é preciso que se dê o devido crédito à função do advogado como ente indispensável à administração da justiça¹⁴³. Não adianta a simples previsão literal, se esta importância não se vê na prática.

Desde já salienta-se que o pleito de maiores poderes ao advogado na condução do processo deve vir concomitantemente com a imputação de maiores deveres, pois não basta dotá-lo de prerrogativas sem o respectivo aumento de responsabilidade.

¹⁴¹ Essa associação é a mesma que leva o indivíduo comum (e sensato) a consultar um médico quando está doente, pois ele é especializado em diagnosticar problemas com a saúde do ser humano. É a associação pura entre a figura de um profissional e o seu mister.

¹⁴² “*El abogado listo que conoce las artimañas procesales, las partes vulnerables de los tribunales; que sabe tocar resortes, desde los auxiliares judiciales a los jueces; que logra trastrueques en los papeles; que viola el secreto del sumario; que tiene agentes y colaboradores oficiosos en la policía, en los registros públicos; que con todo ello logra éxito, ése no es un técnico profesional, es un práctico. Afortunadamente, los grandes procesos, las grandes causas civiles, las consultas importantes, no se confían a tales abogados, sino a los juristas de cierta o, al menos, a los abogados de cierta categoría profesional. En esta categoría están los abogados de cultura, conciencia profesional y concepto de moralidad*”. Esse é um bom resumo feito por Rafael Bielsa, em *La Abogacia*, n. 63, pág. 239.

¹⁴³ Vale lembrar a ponderação de Friedrich Lent, de que é pressuposto para a o exercício da atividade do advogado que ele tenha a mesma preparação que possui o juiz para que ambos estejam no procedimento em pé de igualdade (cfr. *Diritto processuale civile tedesco*, §16, II, esp. pág. 57).

3 – Missão do advogado no processo

A limitação do *ius postulandi*¹⁴⁴ aos profissionais habilitados e inscritos demonstra que a atividade do advogado não visa primordialmente ao interesse privado, mas sim à realização da justiça. Essa realização da justiça, que é um objetivo supremo no Estado de Direito, só pode ser alcançada com a correta aplicação das leis e dos ditames da Constituição, o que obriga a um conhecimento teórico do sistema jurídico e uma habilidade técnica específica.

Também, deve-se acrescentar mais uma razão a essa limitação, além da preparação técnica, que é a capacidade de ser sereno, podendo e devendo o advogado afastar a paixão envolvida na causa, dirigindo os seus trabalhos com a racionalidade e frieza necessárias¹⁴⁵.

Merecem reprodução as palavras de Cândido Rangel Dinamarco: “volta à baila a necessidade de equilibrar valores e dimensionar reações. O combativo que não seja profissionalmente preparado desordena o processo e põe a perder justas pretensões do constituinte. O cordato que não seja enérgico permite que a sorte dos interesses diretos do cliente seja conduzida pelo advogado do adversário e pelo juiz que ficou exposto a argumentos e postulações vindas praticamente de um só.”¹⁴⁶

¹⁴⁴ Sobre a atividade dos advogados e o *ius postulandi*, Kazuo Watanabe expõe que a aceitação da exclusividade deste àqueles somente é possível em uma realidade na qual todos os jurisdicionados possam contratar um advogado; tanto o advogado quanto o Ministério Público são órgãos essenciais ao exercício da jurisdição, mas apesar disto ninguém defende que o Ministério Público deva intervir em todos os processos (“O ‘ius postulandi’ perante o estatuto da OAB”, *Trabalho e Processo*, n. 3, esp. pág. 38). Ademais, a esta questão perde relevância frente ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, visto que a Constituição prevê que a lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça ao direito. Aliás, sobre este assunto bem discorreu o autor na sua monografia *Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro*.

¹⁴⁵ Francesco Carnelutti. *Instituições de processo civil*, vol. I, n. 108, pág. 232.

¹⁴⁶ Cfr. “Das boas ou más relações entre juízes e advogados”, em *Fundamentos...*, n. 368, p. 721.

A missão do advogado não se restringe às cláusulas do mandato. Ele não pode ser considerado simples mandatário da parte para qual atua¹⁴⁷. É justamente a especialidade das cláusulas contidas no mandato judicial que permite ao advogado atuar em Juízo – cláusulas estas que só podem ser concedidas ao advogado e não a qualquer um – que o torna mais do que um representante dos interesses privados¹⁴⁸.

Mais uma característica que faz com que o mandato judicial se diferencie diametralmente das outras espécies é a imprevisão com que se marca a atuação do mandatário. Essa imprevisão surge da interação do advogado com os outros participantes da relação jurídica processual, que o faz se pautar pelo exercício de seus poderes de modo ativo, ao contrário, por exemplo, de um contrato de mandato para um determinado ato singular como uma compra-e-venda ou para a presença em uma reunião.

O poder conferido ao advogado para o cumprimento de sua missão – pública – implica a observância de estrita do fundamento contido na Constituição Federal quanto ao múnus do advogado e que resulta na igualdade hierárquica entre ele, os magistrados e os membros do Ministério Público. Não pode ele ser tratado como serviçal do Juízo nem

¹⁴⁷ Curiosamente, a doutrina clássica italiana, em geral, afirma que a relação do defensor com seu cliente é uma mera relação contratual e, por isto, alheia ao estudo processual, ficando restrita ao Direito Civil (Carnelutti, *op. cit.* esp. n.108 e 244, onde encontramos mais outras referências). Muito embora considere a atuação do advogado no processo primordial e inafastável, reforçando a idéia de que ele não é um simples representante, mas verdadeiro *nuncius*, cooperante da parte para dar forma aos desejos desta, o caráter privado da relação com o cliente é o mais ressaltado. Todavia, não é afastada a responsabilidade do defensor no bojo do processo, devendo “se comportar em juízo com lealdade e probidade” (Carnelutti, *op.cit.* n.248 e também em “Figura giuridica del difensore”, esp. pág. 65 e ss.). Contrapondo a tese do *nuncius*, Carmine Punzi, “Note sul ministero del difensore”, p. 147 e ss. e, mais recentemente, “La difesa nel processo civile e l’assetto dell’avvocatura in Italia”, esp. n. 6, pág. 817. Atente-se que a relação jurídica de mandato existe e obviamente se liga ao Direito Civil, contudo ela não pode ser confundida com os *poderes* dos quais o advogado fica investido e que é o cerne deste capítulo.

¹⁴⁸ Conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco (*Instituições*, vol. I, n. 377), duas notas diferenciam o contrato entre o advogado e seu cliente dos demais contratos de mandato: a necessidade e a limitação. É ele necessário, porque só o advogado tem capacidade postulatória e é limitado pois a escolha deve recair somente entre os profissionais habilitados para exercer a profissão.

inferiorizado perante o representante do Ministério Público se este estiver em atuação no mesmo feito.

Seguindo esta linha de pensamento, é preciso anotar que o causídico age conforme a sua vontade e não necessariamente pelas vontades de seu cliente. A obtenção do resultado pretendido pelo cliente é o fim almejado. Porém, este deve, pelo estabelecido no mandato, aceitar que o interesse maior da realização da justiça seja colocado em prática pelos atos realizados pelo advogado segundo sua opinião¹⁴⁹. De outra forma, não passaria ele de mero tradutor ou intérprete dos anseios do cliente, ou ainda mesmo de um notário, que apesar de dar vestes legais às declarações das partes não desenvolve suas ações com plena autonomia.

Até porque a concessão do mandato judicial implica a existência de um pacto fiduciário¹⁵⁰, ou seja, na confiança entre mandante e mandatário¹⁵¹. E, na atuação em juízo, compete apenas ao advogado a decisão de rumar segundo um ou outro caminho judicialmente possível para o caso concreto.

Tal é a importância do vínculo de confiança que, conforme determina a lei, o mandante tem a faculdade de revogar *ad nutum* os poderes conferidos ao mandatário e, unilateralmente pôr termo ao contrato de mandato. Pelo lado do advogado também é possível

¹⁴⁹ O que vai de encontro à tese de Carnelutti sobre o defensor como *nuncius*, cfr. Carmine Punzi, *op. loc. cit.*.

¹⁵⁰ Como bem aponta Eduardo Espinola, “a palavra *mandato* (lat. *mandatum*) vem de *manum dare* – “*dictum ex eo quod data manu dextera fidem mandatae susceptaeque operis invicem alligabant*” – quem dava o encargo e quem o recebia apertavam a mão, demonstrando uma confiança que depositava no outro e este a segurança que corresponderia a esta confiança”, em *Dos contratos nominados no Direito Civil Brasileiro*, nota 2 ao n. 160, pág. 332.

¹⁵¹ Por esta e outras razões, trata-se de um contrato realizado *intuitu personae*, ou em consideração pessoal, como apontam os civilistas. Por todos, Caio Mario da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, Cap. LIII, esp. pág. 412, Arnoldo Wald, *Curso de Direito Civil*, vol. II, Cap. 26, esp. pág. 457. Fernando Luso Soares, na obra *A responsabilidade processual civil*, pondera que além de todos os deveres que já cabem às partes, o mandatário ainda tem o dever de lealdade para com o seu representado, nascendo dele sua responsabilidade subjetiva (n. 60, pág. 183).

a renúncia, observadas as restrições do Código de Processo Civil que visam a evitar prejuízos à parte¹⁵².

Em síntese, ao advogado, representando o cliente pela confiança que lhe foi depositada, é imposta a missão de conduzir o processo de forma a obter o melhor resultado possível ao encontro dos desejos do cliente e da justiça. E para tal labor, ficará à sua discricionariedade escolher o caminho¹⁵³ – e voltando à confiança – uma vez que é ele o detentor o saber jurídico¹⁵⁴ e da capacidade postulatória.

3.1 – Proposta: ampliação das cláusulas do mandato

Ao passo que as premissas anteriormente levantadas passem a ser percebidas em nossa realidade sócio-cultural e que a função do advogado realmente espelhe o que lhe é imputado constitucionalmente, mesmo que pensando em um *sistema ideal*, não seria demais propor uma generalização da cláusula *ad judicium* do mandato judicial, estendendo-a para incluir o que hoje se denominam *poderes especiais*.

De forma ampla, ditos poderes compreendem os atos considerados como os de disposição, todos eles oriundos do direito material que podem ser praticados no processo em algumas oportunidades. O artigo 38 do Código de Processo Civil apresenta boa noção de quais sejam, pois dos poderes gerais para o foro excetua pontualmente: receber citação

¹⁵² Conforme determinado pelo artigo 45 do Código de Processo Civil, no caso de renúncia do advogado ao mandato, deverá ele provar que cientificou o cliente de sua decisão, ficando ainda vinculado ao processo por 10 dias para evitar-lhe eventual prejuízo.

¹⁵³ O advogado deve ser juiz da causa antes de começar a atuar como advogado, como explana Rafael Bielsa, *op. cit.*, pág. 240.

¹⁵⁴ Essa idéia fica clara na exposição de Enrico Redenti, que se utilizando da terminologia adotada na Itália, indica que as partes em regra não podem estar em juízo senão com “*il ministero di un difensore legalmente esercente*” e “*il ministero dei difensori si esercita dunque, assumendo nel processo (e solo nel processo) una specie di rappresentanza tecnica di chi sta in giudizio*”. Cfr. *Diritto Processuale Civile*, n. 49, pág. 210.

inicial, confessar, reconhecer a procedência do pedido, transigir, desistir, renunciar ao direito sobre que se funda a ação, receber, dar quitação¹⁵⁵ e firmar compromisso.

É bem verdade que se encontram mal arrolados os atos de “receber citação”, “confessar” e “renunciar a direitos”, visto que não só são considerados unilaterais, como estão intimamente ligados à atitudes extra-processuais. No que diz respeito ao recebimento de citação, só se afigura possível no caso de uma demanda contraposta, posterior e em autos apartados. Ou então na improvável hipótese de um litigante contumaz (*rectius*: habitual) passivo, cujo advogado fosse constituído para “receber todas as citações processuais” e que tal fato fosse de notório conhecimento. Todas as outras possibilidades de “ciência de uma nova demanda” incluídas em nosso sistema processual têm previsão de intimação da parte por meio de seu advogado já constituído para os autos principais (como, v.g., a reconvenção, o pedido contraposto no procedimento sumário e o início da fase de execução). Já no que se refere a “confessar” e “renunciar a direitos”, por estarem intimamente ligados ao direito material, acabam por erroneamente se confundir na atuação processual, respectivamente com “reconhecer a procedência do pedido” e “desistir”. É claro que confessar um ato não implica necessariamente reconhecer o pedido formulado, mesmo sendo difícil que um não implique o outro, assim como a renúncia ao direito sobre o qual se funda a ação, embora não signifique desistir da pretensão processual, acaba mormente nela culminar¹⁵⁶. Portanto, não haveriam de ser arrolados no mencionado artigo 38.

¹⁵⁵ Muitas vezes o Direito se presta ao exercício de poder em micro-ambientes. Em acórdão do extinto TFR (1ª seção, MS 124.706-RS, relator Min. Carlos Thibau, julg. 30/11/88, public. 20/03/89) entendeu-se que “a cláusula de ‘dar e receber quitação’, evidentemente, não é a mesma que ‘receber e dar quitação’. Somente esta última é que confere ao advogado poder de receber importância em nome de seu cliente”. A este respeito e com base na inquietante afirmação trazida pela mencionada decisão, Egas Dirceu Moniz de Aragão articula sobre o preciosismo e o formalismo com que algumas vezes nos deparamos (“Dar e receber quitação”, em *Revista de Processo*, n. 111, pág. 11-17.).

¹⁵⁶ Vale também apontar como fator distintivo entre desistência e renúncia os reflexos na natureza da decisão a ser proferida, se com ou sem julgamento de mérito, conforme leciona José Rogério Cruz e Tucci, *Desistência da ação*, cap. 2.4, esp. pág. 6.

Independentemente disto, o simples fato de tais poderes estarem ligados a atos de disposição¹⁵⁷ não os credenciaria para torná-los especiais, principalmente porque o mandato judicial, sendo um contrato de caráter eminentemente privado, permite o seu trato sem qualquer condicionamento, ou seja, não restringe a outorga de tais poderes a uma determinada circunstância. E, notadamente, a atuação perante o foro não visa precipuamente à tutela de incapazes, não sendo necessário que o Estado interfira classificando os poderes em gerais e especiais, como forma de criar alguma espécie de proteção para uma das partes.

Ademais, uma vez que o nosso sistema jurídico coloca constitucionalmente a capacidade postulatória como exclusiva aos advogados – salvo as poucas exceções nas quais as partes podem atuar sozinhas em juízo – não existe a possibilidade de repartição das atividades perante o foro para que se permita, em determinadas oportunidades, que as partes por si mesmas atuem expressando seus interesses diretamente perante o juiz¹⁵⁸.

Não faz sentido desejar o advogado como um absoluto representante da parte em juízo, possuidor de toda a confiança do cliente, investido da alta responsabilidade pelos desígnios do processo, se lhe é restringida uma gama de poderes, os quais estão completamente ligados à própria essência da confiança que o cliente deposita em seus préstimos.

¹⁵⁷ Mesmo sendo uma afirmação capciosa, é possível inferir que o advogado ao qual não foram conferidos poderes especiais estaria obrigado a interpor recurso de apelação contra sentença que seja desfavorável, uma vez que não lhe seria permitido desistir ou mesmo renunciar a um direito próprio de seu cliente, pois o não exercício deste direito implica eficácia preclusiva. Mais ainda, caso tenha ele recorrido, sem os ditos poderes especiais ele não poderia, então, desistir do recurso interposto!

¹⁵⁸ Vai melhor o sistema italiano, que dispõe no seu Código de Processo Civil a hipótese em que a parte não necessitará de advogado (primeira parte do artigo 82), para depois expressamente falar sobre os poderes do defensor o que, como informa Sergio La China (*Manuale di diritto processuale civile*, cap. 8, n. 4, esp. pág. 176 e ss.), é uma fórmula muito feliz pois concede ao advogado os poderes de *cumprir e receber* (ou, na tradução de Cândido Dinamarco no *Manual de direito processual civil* de Liebman, *realizando e aceitando*, conforme n. 46, pág. 99.) todos os atos do processo que não sejam reservados por lei às partes (primeira parte do artigo 84). O texto da lei segue, limitando o cumprimento pelo advogado dos atos de disposição do direito em litígio se ele não recebeu expressamente os poderes para tanto (segunda parte do artigo 84).

A formalização do mandato se subsume no instrumento de procuração, porém a relação contratual entre cliente e advogado não se restringe a ele. Existe, também, um contrato de prestação de serviços e arbitramento de honorários que regulamenta de forma completa o âmbito, a extensão e a forma de atuação do causídico. Aliás, o advogado atento e zeloso, mesmo dotado dos poderes especiais, não toma decisões relativas aos mencionados atos de disposição sem receber ordem prévia e por escrito de seu cliente.

Ademais, na medida em que, com já dito, aumente-se o respeito pela figura do advogado e, como mais abaixo se exporá, também aumentem-se as responsabilidades oriundas do exercício desse múnus, a generalização da cláusula *ad judicia* do mandato refletirá em uma maior praticidade para a sua atuação perante o foro e mais, propiciará uma maior segurança para sua atuação, na medida em que não restará qualquer dúvida se ele deve/pode agir com prontidão, ainda que para resguardar precariamente um direito de seu mandante.

No atual quadro sistemático, a existência dos poderes especiais no mandato judicial traz uma exegese contraposta de que determinadas atividades de caráter eminentemente jurídico, mesmo durante o curso de um processo, estão dispensadas da presença do advogado, o que, de fato, torna-se verdadeiro¹⁵⁹. Assim, a transação por exemplo, pode ser efetuada diretamente pelas partes, uma vez que para a participação do advogado é necessária a outorga de poderes específicos, tornando facultativa sua participação¹⁶⁰. Obviamente, essa transação, na qual o advogado não participou, não pode

¹⁵⁹ Servindo de referência o artigo 486 do Código de Processo Civil que, ao tratar da ação rescisória, afirma que “Os atos judiciais, que não dependem de sentença, ou em que esta for meramente homologatória, podem ser rescindidos, como os atos jurídicos em geral, nos termos da lei civil.” Confirmando-se estes termos pelas palavras de Pontes de Miranda, para quem *a feitura da transação pendente a lide, homologada pelo juiz, não a processualiza* (Tratado de direito privado, vol. 25, § 3.034, n. 2, esp. pág. 142).

¹⁶⁰ Entendimento corroborado pelo texto do artigo 842, *in fine*, que aponta que se a transação “*recair sobre direitos contestados em juízo, será feita por escritura pública, ou por termo nos autos, assinado pelos transigentes e homologado pelo juiz*”. Ou seja, na justa medida em que para o ato se permite ou determina a assinatura dos próprios transigentes ressalta-se o caráter facultativo da participação do advogado que precisa

versar sobre seus honorários nem prejudicá-lo quanto ao seu direito¹⁶¹, mas efetivamente contribuirá para o desprestígio da advocacia, uma vez que pode transparecer uma concepção de que sua participação era desnecessária ou até mesmo inconveniente, visto que se pôs fim à controvérsia sem a sua interferência.

Há que se lembrar que as partes são diretamente responsáveis por alguns atos processuais e, também em certos casos, podem praticá-los diretamente, sem a intervenção do advogado. Todavia, estes atos se configuram como exceções que, dadas as suas características e sua natureza, permitem a mitigação da regra. Neles se incluem, em uma lista exemplificativa, a responsabilidade pelo preparo do processo ou do recurso, por não consubstanciar ato de profissão privado ao advogado e também ligado à liberação de recursos financeiros que somente competem às partes; a purgação da mora na ação de despejo por falta de pagamento, tendo em vista que também é um ato condicionado aos recursos financeiros da parte e que por si só pode definir e encerrar o processo; as ações de alimentos, pelo menos na fase inicial, na qual em célere trâmite podem as partes efetuar um acordo e por fim à demanda¹⁶².

Seguindo esta linha de raciocínio também é preciso afastar-se a idéia de que existam atos exclusivamente pessoais (nos quais erroneamente os de disposição poderiam ser da mesma forma incluídos) para os quais seriam necessários poderes especialmente concedidos. O exemplo mais corriqueiro é o da necessidade de poderes especiais para a

previamente possuir poderes especiais. Observa, ainda, João Manuel de Carvalho Santos que *a transação só começará, porém, a produzir efeitos da data da homologação pelo juiz (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. 13, esp. pág. 389, referindo-se o autor ao texto do artigo 1.028 do Código Civil de 1916).*

¹⁶¹ É a ressalva que faz Yussef Said Cahali (“Mandato Judicial”, em *Contratos Nominados*, n. 2, esp. pág. 498), mencionando a proteção do Estatuto da Advocacia e da OAB, hoje disposta no § 4º do artigo 24: “*O acordo feito pelo cliente do advogado e a parte contrária, salvo aquiescência do profissional, não lhe prejudica os honorários, quer os convencionados, quer os concedidos por sentença*”.

¹⁶² São alguns exemplos dados por Yussef Cahali, *op. cit.*, pág. 499.

arguição de suspeição do juiz¹⁶³, uma vez que o artigo 135 do Código de Processo Civil ao arrolar os casos em que pode ocorrer determina somente as relações envolvendo as partes e não o advogado. Todavia, é impossível saber se o processo irá ser distribuído para um juiz suspeito antes do seu início – a não ser que haja na comarca apenas uma vara de competência – ou mesmo se no curso do processo ocasionar-se-ão causas para suspeição; donde que seria necessário novo instrumento de mandato ou um excesso de zelo para incluir esse poder como padrão.

Em resumo, sob o amparo de um *sistema jurídico ideal* não há motivos para que sejam divididos os poderes contidos no mandato judicial, uma vez que a constituição de um representante legal para a atuação no foro pressupõe um estreito vínculo de confiança entre mandante e mandatário. Pelo fato de o exercício dos poderes contidos no mandato judicial se dar de maneira ativa é preciso que o mandatário esteja pronto para atuar em qualquer circunstância. Outrossim, como já ressaltado, uma vez que a relação entre o advogado e o cliente implica um detalhado contrato de prestação de serviços, é nesta relação de direito material que se imporiam os limites de atuação.

Vale, ainda, meditar rapidamente sobre os poderes do mandato para a atuação do advogado no processo ou na fase de execução¹⁶⁴. Tendo em vista que a atuação na fase satisfativa do processo civil, da mesma forma como na cognitiva, implica o exercício do *ius*

¹⁶³ Theotônio Negrão, em seu *Código de Processo Civil*, colaciona as oposições jurisprudenciais a respeito do assunto: pela desnecessidade de poderes especiais, STJ-3ªT.:Bol. AASP 2.105/969j; STJ-4ªT., REsp 225.181-PR, rel. Min. Barros Monteiro, j.1.6.00, deram provimento, v.u., DJU 21.8.00, p. 143; STJ-2ªT., REsp 595.522, rel. Min. Castro Meira, j. 18.10.05, deram provimento parcial, v.u., DJU 7.11.05, p. 196; RJTJESP 97/396, JTJ 157/277). Em sentido contrário, Súmula 6 do TJDF: “Para o advogado postular em juízo exceção de suspeição de magistrado, mister se faz procuração com poderes especiais”; RT 609/41, 612/86, 620/43, 648/61, JTJ 170/281, JTA 57/212, RJTAMG 51/251 (nota 5 ao artigo 38, pág. 181).

¹⁶⁴ Sobre a representação em juízo no processo de execução são interessantes as ponderações de Sergio La China em *L'esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*, esp. no cap. V, n. 15, pág. 276 e ss.

postulandi exclusivo dos advogados, não há como se cogitar a atuação da própria parte em juízo para “finalizar” o processo.

Uma vez que na execução os atos processuais necessariamente estão mais afetos à esfera patrimonial das partes, a concessão de procuração sem os atuais poderes especiais restringe enormemente o campo de atuação prática do advogado, uma vez que ele não terá permissão para efetuar a maioria dos atos que implicam a resolução do processo. Não poderá sequer aceitar como corretos os valores cobrados e efetuar o pagamento em nome do seu cliente. Porém, uma vez que a contratação de um advogado para os termos de uma execução implica quase que a obrigatória inclusão dos ditos poderes especiais, torná-se de pouco proveito sua “especialização”.

Aliás, no caso da execução é ainda mais salutar a generalização dos poderes da cláusula *ad judicium*, uma vez que a concentra a atuação processual apenas na pessoa do advogado, evitando assim que ele se torne um verdadeiro escudo protetor de seu cliente quando este deseje procrastinar a satisfação do credor.

Por fim, diga-se, não é o fato de o advogado possuir uma série de poderes ele se vê obrigado a utilizá-los todos. Ainda mais se tais poderes não implicam uma sujeição suscetível de atuação passiva (como se verifica somente no caso do esdrúxulo poder de receber citação), não há motivos para temer que os poderes da cláusula *ad judicium* sejam tomados de maneira genérica e completa.

3.2 – Proposta: intimações¹⁶⁵ sempre pelo advogado

Não obstante a regra legal trazida nos artigos 236 e 237 do Código de Processo Civil permita inferir que todas as intimações do processo, via de regra, serão efetuadas na pessoa dos advogados constituídos pelas partes uma vez que serão efetuadas pela publicação no Diário Oficial (art. 236) ou pelo escrivão ao advogado (art. 237), no dispositivo subsequente, o *caput* do artigo 238, há informação de que “não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às *partes*, aos *seus representantes legais* e aos *advogados* pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria”. Tal especificação não deixa dúvidas de que a serventia poderá decidir por emitir intimações diretamente às partes.

E, com a inclusão do parágrafo único ao artigo 238¹⁶⁶ pela lei 11.382/06 na esteira das reformas do Código, criou-se a norma branca¹⁶⁷ de que às partes cumpre atualizar

¹⁶⁵ Toma-se por base a terminologia adotada pelo atual Código de Processo Civil. Na codificação anterior, os atos de comunicação processuais eram divididos em três espécies, citação, notificação e intimação e, ainda que não se tenha havido sucesso na tentativa de diferenciação técnica (cfr. informa Egas Dirceu Moniz de Aragão, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. II, esp. pág. 168), eram calçados em maior precisão. Em poucas linhas, a citação era o chamamento para o processo, com vista à defesa do requerido, a notificação era a notícia para o sujeito processual praticar ou abster-se de algum ato sob cominação e a intimação era a comunicação de um ato para a simples ciência da parte (por todos, Pontes de Miranda, *Comentários ao código de processo civil de 1939*, vol. II, esp. pág. 195). A título de curiosidade, vale verificar a exposição de Lopes da Costa sobre a imprecisão do uso dos termos citação e intimação na legislação anterior ao Código de 1939 (*Da citação no processo civil*, esp. pág. 4-5): “Em nosso direito processual, relativamente ao emprego correcto do termo <citação>, é de facto lamentavel a anarchia em que vivem autores, juizes, advogados e legisladores, sem dúvida, não por ignorancia do assumpto, mas pelo descaso pela technica do direito”.

¹⁶⁶ “*Presumem-se válidas as comunicações e intimações dirigidas ao endereço residencial ou profissional declinado na inicial, contestação ou embargos, cumprindo às partes atualizar o respectivo endereço sempre que houver modificação temporária ou definitiva*”.

¹⁶⁷ Não se pode aceitar que uma comunicação ou intimação seja válida se ela não foi comprovadamente recebida. O teor do novo parágrafo único do artigo 238 pode gerar esta dúvida pois fala em presunção de validade da comunicação dirigida ao endereço que conste dos autos, ainda que desatualizado. Todavia, por ser uma presunção *iuris tantum*, a única ocasião de que se vislumbra o cumprimento da comunicação é em um hipotético caso de no endereço errado existir pessoa homônima que confirme o seu recebimento, de outra forma, informar-se-á o desconhecimento/ausência da pessoa no local. Caso contrário, aceitando como válida a comunicação simplesmente pelo ato em si, admitir-se-á o uso de intimação fictícia tal qual ocorre na citação por edital. Tendo em vista que a lei que introduziu o dispositivo tinha por matéria principal a alteração de aspectos ligados ao processo de execução, certamente o malfadado dispositivo tinha, por via transversa, a missão de tentar manter atualizada a localização do devedor, e por consequência, dos seus bens.

os seus respectivos endereços sempre que houver modificação temporária ou definitiva, o que gera a falsa expectativa de que elas sempre serão facilmente localizáveis.

Porém, as comunicações dirigidas diretamente às partes usualmente servem apenas para ensejar desnecessária delonga ao processo, entre outras coisas porque: 1) necessitam de um trabalho mecânico e burocrático mais demorado se comparado à intimação/comunicação ao advogado pelo Diário Oficial, com a preparação da correspondência, conferências e assinaturas; 2) permitem que uma parte menos honesta possa evitar o seu recebimento sem necessariamente criar prova desta conduta desleal e; 3) normalmente o seu teor já é de conhecimento de seu patrono que tem o dever de manter um acompanhamento estreito junto ao processo.

Mantendo a mesma linha de pensamento que considera o advogado como genuíno substituto da parte em juízo e atenta para o estreito laço que os une, não é de bom senso aceitar que se efetuem quaisquer intimações do processo diretamente às partes, como freqüentemente se verifica nos casos da intimação para depoimento pessoal em audiência (artigo 343, §1º, CPC), comparecimento em cartório para a assinatura de termos, intimação da penhora de imóvel (artigo 659, §5º, CPC), produção de uma prova pericial específica como, v.g., o exame de DNA e mesmo nos casos de extinção do processo sem a resolução do mérito inseridos nos incisos II e III do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Salvo algumas poucas comarcas do nosso país, a comunicação entre as pessoas é imediata, estando cada vez mais propagado o uso dos telefones celulares e do correio eletrônico. Ainda assim, se a comunicação com a parte pode, em algumas circunstâncias, ser mais complicada, isso jamais poderá ocorrer ou admitir-se com o advogado, que deve possuir um endereço profissional fixo, mesmo que seja em sua própria residência. E está ele mais apto a agir em caráter emergencial do que a própria parte que, via

de regra, não possui qualquer capacidade postulatória (*ou melhor*: possibilidade de manifestação no processo por si própria) e todas as intimações que lhe sejam enviadas – a não ser as que visem mera ciência – fatalmente deverão ser encaminhadas ao seu advogado para que este tome as devidas providências.

Especialmente pelo fato de as recentes reformas processuais – notadamente a lei 11.419/06¹⁶⁸ – terem introduzido diversos dispositivos relativos à informatização dos feitos judiciais com o intuito de modernizar e acelerar a prestação judicial, fica extremamente difícil conciliar as idéias opostas (1) da aceitação da “digitalização e informatização do processo” e (2) da não aceitação da “eficiência e capacidade do advogado”. Ao passo que se admite cada vez mais o uso da tecnologia, é preciso também confiar no “material humano”, sob pena de se acreditar que é mais fácil o advogado errar do que o sistema informatizado da justiça sair do ar...

Todavia, se a questão da informatização dos atos pode gerar polêmica não salutar aos limites deste trabalho, o mesmo não ocorre com a presente proposição. A única justificativa para a existência de intimações diretamente às partes funda-se na diferenciação entre os atos processuais que exigem capacidade postulatória por serem eminentemente processuais e aqueles que não exigem, sendo assim, atos pessoais da parte e que dependendo de sua participação, dizem respeito ao cumprimento de uma obrigação ligada ao objeto do litígio¹⁶⁹.

¹⁶⁸ Com relação às introduções trazidas pela lei 11.419/06, Luiz Rodrigues Wambier *et alli* trazem uma condensada exposição no seu *Curso avançado de processo civil*, vol. I, n. 12.3.1, esp. pág. 199 e seguintes. V. também Sérgio Renato Tejada Garcia, que faz uma exposição da informatização com foco nas realizações ocorridas na justiça gaúcha, em momento imediatamente anterior à promulgação da lei (“Informatização e prestação jurisdicional: desafios e perspectivas”, *Revista Jurídica* n. 340, pág. 41-66).

¹⁶⁹ Em artigo abordando a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento do artigo 475-J do Código de Processo Civil Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina compartilham a opinião que essa diferenciação deve ser respeitada posto que, sendo a intimação relativa à prática de um ato pessoal da parte, *a mera intimação do advogado, pelo Diário da Justiça, não poderia ser considerada como instrumento hábil e adequado à imprescindível comunicação da parte, sob pena de se*

Malgrado faça algum sentido tal diferenciação – observada por um prisma eminentemente cartesiano – não se pode lançar mão de seu uso, uma vez não se coaduna com a natureza do advogado como um representante processual completo da parte. Toda e qualquer justificativa para a intimação pessoal das partes com a finalidade da prática de ato ligado a atividade processual significa a diminuição e o descrédito da função do advogado, notadamente em relação à responsabilidade de sua conduta.

Como exemplo insofismável desta idéia, a necessidade de intimação da parte para dar andamento no feito sob pena de extinção sem resolução do mérito (artigo 267, § 1º do CPC), necessariamente traz como contrapartida o entendimento de que o advogado não está cumprindo corretamente seu dever de ofício, injustificadamente mantendo o processo inerte. O excesso de proteção que se aplica à parte, no que diz respeito à ciência do que está acontecendo em um determinado processo em que figura, serve apenas para fomentar a ineficiência do sistema processual e a diminuição na confiança reservada ao advogado.

De mais a mais, nota-se que o conceito de intimação prevalecente em nosso sistema e que está literalmente disposto no artigo 234 do Código de Processo Civil como sendo “o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e termos do processo, para que faça ou deixe de fazer alguma coisa” é *impreciso e incompleto*.

Impreciso, porque um ato de ciência é diferente de um ato de ordem e o primeiro pode não conter o segundo, ainda que o inverso possa acontecer. E, somente com um ato de ordem é que se pode mandar fazer ou deixar de fazer alguma coisa.

perpetrar nova ruptura do sistema constitucional de garantias processuais, uma vez que o cumprimento do ato independe da participação do advogado e, no caso específico do artigo 475-J, implica sanção pecuniária a ser por ela suportada (“Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do artigo 475-J do CPC (inserido pela lei n. 11.232/2005)”, *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*, n. 42, pág. 71-76). Especialmente para o caso por eles abordado, a jurisprudência já encontra-se razoavelmente pacificada no sentido de que nem mesmo a intimação do advogado é necessária.

Incompleto, porque sintaticamente minimalista, economizando palavras onde não se deve, deixando de mencionar em quais termos “alguém deva fazer ou deixar de fazer alguma coisa”, ou ainda, “que tipo de coisa”.

Assim, como consta atualmente da lei, as intimações seriam todas as manifestações judiciais que visem a transmissão de uma mensagem a um interlocutor qualquer, tanto da relação jurídica processual como um terceiro; seja para simples ciência ou como ordem; e, neste caso, com vista ao cumprimento de um ato meramente processual ou a uma realização de direito material.

Desta forma, seria salutar, *de lege ferenda*, trazer mais precisão ao conceito de intimação e, aproveitando-se do ensejo, efetuar a separação entre os atos de comunicação processual pura e aqueles que contenham ordem. Estes – as verdadeiras intimações – seriam dirigidas apenas aos advogados, ficando as comunicações em geral destinadas eventualmente às partes.

Ainda dentro do tema, serve como ilustração a regra de eleição de domicílio do direito italiano¹⁷⁰ que permite à parte a eleição de seu domicílio junto a uma determinada pessoa ou escritório, o que permite elegê-lo no escritório do seu advogado, recebendo lá

¹⁷⁰ As regras relativas ao domicílio encontram-se dispostas no *Codice di procedura civile*, art. 30, no *Codice civile*, art. 47. Não obstante, o art. 141 do CPC italiano dispõe sobre as notificações junto ao *domiciliatario*: “Art. 141.(Notificazione presso il domiciliatario) La notificazione degli atti a chi ha eletto domicilio presso una persona o un ufficio può essere fatta mediante consegna di copia alla persona o al capo dell'ufficio in qualità di domiciliatario, nel luogo indicato nell'elezione. Quando l'elezione di domicilio è stata inserita in un contratto, la notificazione presso il domiciliatario è obbligatoria, se così è stato espressamente dichiarato. La consegna, a norma dell'art. 138, della copia nelle mani della persona o del capo dell'ufficio presso i quali si è eletto domicilio, equivale a consegna nelle mani del destinatario. La notificazione non può essere fatta nel domicilio eletto se è chiesta dal domiciliatario o questi è morto o si è trasferito fuori della sede indicata nell'elezione di domicilio o è cessato l'ufficio”.

todas as comunicações referentes ao processo¹⁷¹. Assim, acelera-se o trâmite processual, evitando a demora no cumprimento de algumas comunicações formais.

¹⁷¹ V. também as considerações sobre as notificações e comunicações que faz Andrea Proto Pisani, nas suas *Lezioni di diritto processuale civile*, cap. 6º, n. 9, esp. pág. 261 e ss.

4 – Mais poderes, mais deveres

É claro que na medida em que se pleiteia mais poderes para a atuação dos advogados no processo é preciso que se aceite a imposição de correlatos deveres – ou ainda, mais responsabilidade – advinda da utilização daqueles.

Não se pode conceder ao advogado certas liberdades sem que as consequências desta concessão de poderes não lhe imputem a total responsabilidade pelo seu exercício. E, na medida em que se propõe que o advogado deva ser tomado, em certo aspecto, como a própria parte, é preciso que seja ele pessoalmente responsabilizado por eventual excesso, com vista a garantir a idoneidade de seus atos.

É preciso, ainda, não exagerar nas propostas aqui lançadas, mantendo-se um nível compatível com a noção cultural e o padrão da nossa sociedade, até para que seja possível a sua prática. No atual estágio de nossa cultura social, na qual os limites morais ainda encontram muitas zonas cinzentas, seria ingênuo – para não escolher termos mais fortes – acreditar que todos os advogados não infringiriam seus deveres éticos apenas por estarem sujeitos a maior imputação de responsabilidade civil por seus atos.

Ainda assim, é preciso lembrar que o sistema já prevê, de forma tímida, a responsabilização do advogado tanto no que diz respeito à possíveis danos causados ao cliente, como também em relação ao abuso de direito na relação jurídica processual.

4.1 – Responsabilidade civil do advogado

Despiciendo aprofundar o estudo sobre a classificação da responsabilidade civil a que está sujeito o advogado no exercício de suas atividades uma vez que fugiria ao

cerne do presente estudo. Não obstante, é de se lembrar que a responsabilidade do advogado é subjetiva, posto que apurada mediante verificação da culpa e, via de regra¹⁷², contratual.

Isto posto, verifica-se que à luz do artigo 951 do Código Civil, em exegese ampla, o advogado responde, no exercício de sua atividade profissional, pelos danos que causar ao cliente por negligência, imprudência ou imperícia, entendimento reforçado pelo teor do artigo 32 do Estatuto da Advocacia, que menciona a responsabilidade pelos atos que praticar com dolo ou culpa¹⁷³.

Sendo o exercício da advocacia uma obrigação de meios e não de resultados, obviamente não há que se cogitar a ocorrência de dano ao cliente simplesmente pelo fato de um processo não lhe ser julgado favorável. A aceitação do mandato pelo causídico não está ligada à certeza nem à garantia de vitória, mas sim à prestação do melhor serviço possível com vista a obtê-la.

Conforme já mencionado anteriormente, trata-se de uma relação de confiança e, assim, o advogado se incumbe de prestar um serviço com atenção, cuidado, diligência e dedicação, buscando para o cliente o que buscaria para si, mas jamais comprometendo-se com o sucesso da causa. É uma questão de se prestar o serviço com competência.

¹⁷² As exceções comportarão os advogados públicos, defensores, procuradores e demais profissionais que não se sujeitam à relação contratual por razão do vínculo estabelecido com os entes a quem eles estejam subordinados. Para análises condensadas, porém precisas, sobre a responsabilidade civil do advogado, temos os artigos de Rui Stoco, *Responsabilidade Civil do Advogado à luz das recentes alterações legislativas*, em RT 797, págs. 60-80 e Ênio Santarelli Zuliani, *Responsabilidade Civil do Advogado*, em Revista Síntese, nº 21, págs. 127-161.

¹⁷³ Merece nota, ainda que apenas a título de curiosidade, passagem da obra do mestre venerável Barão de Ramalho, datada do final terceiro quartel do século retrasado: “*O que seja advogado - §53. Advogado é o jurisconsulto que aconselha e auxilia ás partes litigantes em juízo, admittido para esse fim por autoridade publica. § 54. A advocacia é uma profissão, cujo exercicio tem grande influencia na ordem publica e tranquillidade das famílias; e pr isso não é confiada sinão áquelles que offerecem garantia á sociedade em rasão de certas habilitações legaes. (...) § 55. São obrigados: (...) 2º. A indemnisar o prejuizo que causarem á parte por dolo, culpa ou ignorancia.*” (grafia e acentuação originais, *Praxe Brasileira*, p. 75 e ss.)

Mesmo quando o serviço é a produção de um parecer ou mesmo uma consulta, não se pode obrigar que o direcionamento e aconselhamento dado pelo advogado – desde que amparado pela legislação em vigor sobre o assunto – deva tornar o cliente vitorioso. Nestes casos, especialmente, o cumprimento da prestação do serviço está muito mais ligada à entrega das informações (por escrito no parecer e verbalmente na consulta) do que pelo seu conteúdo.

São diversas as oportunidades em que se discute a existência ou não de responsabilidade civil do advogado, tais como os casos de desobediência ao que foi determinado pelo cliente, nos casos de produção de acordos contrários aos por ele indicados, na necessidade de recorrer de todas as decisões, e na perda de prazos processuais, entre outros profundamente estudados pela doutrina¹⁷⁴.

4.2 – Os dispositivos legais para limitação do abuso de poder do advogado

O Código de Processo Civil é dotado de alguns dispositivos que visam a coibir as atitudes desmesuradas das partes e advogados, considerando-as como atos atentatórios ao exercício da jurisdição¹⁷⁵ e impondo sanções pela sua prática. Vale a pena efetuar uma rápida passagem por eles.

O parágrafo único do artigo 14 determina a imposição de multa àquele que não cumprir com exatidão os provimentos mandamentais e criar embaraços à efetivação dos provimentos judiciais, sejam antecipatórios ou finais. Uma multa arbitrada à

¹⁷⁴ Remeto o leitor às obras de José de Aguiar Dias, *Da Responsabilidade Civil*, esp. vol. II e Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*.

¹⁷⁵ Não serão feitas digressões sobre o assunto *contempt of court* (e seus termos afins), remetendo os leitores à primeira parte da tese de doutorado de Júlio César Bueno, *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*, na qual também se pode obter inúmeras referências bibliográficas para um estudo exaustivo.

discrecionariedade do juiz, limitada apenas ao teto de 20% do valor da causa, e que só pode ser imputada às partes e não ao advogado, assunto que será abordado mais adiante.

Ao advogado fica a advertência do artigo 15 que manda riscar as expressões injuriosas empregadas nos escritos apresentados no processo e, no caso de defesa oral, cassação da palavra.

Ainda neste capítulo, os artigos 16, 17 e 18 tratam da litigância de má-fé.

Nota-se, mais à frente nos artigos 600 e 601, a complementação das atitudes consideradas como atentatórias, porém agora em sede de execução, sendo sancionadas em multa de até 20% do valor em cobrança.

No artigo 161, temos a punição para aquele que lançar glosas nos autos do processo, buscando evitar-se um aditamento extemporâneo de informações ou mesmo a criação de deformações nos documentos constantes dos autos. A pena aqui é mais direta: multa de meio salário mínimo vigente.

Em mais uma multa de meio salário mínimo pode incorrer o advogado que retardar a devolução de autos tidos em carga por período acima do permitido. Entretanto, para que isso ocorra, é preciso que ele não os devolva após 24 horas de sua intimação a fazê-lo, como estabelece o artigo 196.

Somado a estes dispositivos, poderíamos citar alguns outros que se referem à atuação do advogado, colateralmente punindo-o pela atuação fora dos padrões. Serve de exemplo o disposto pelo artigo 273, II, que ao tratar da antecipação de tutela, coloca o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu como condição simples para

que seja concedida a tutela antecipada caso o juiz já esteja convencido da verossimilhança da alegação do autor.

Desta forma, o que se pretende colocar em evidência é que o nosso sistema já prevê, de forma bem clara, um conjunto de elementos concretos para inibir e punir os atos praticados pelo advogado (ou pela parte) em desrespeito ao exercício da jurisdição.

Eventualmente, é possível que se melhore cada vez mais o sistema, na medida em que se dê maior liberdade de atuação para o advogado. Conforme se apresente propostas para a ampliação dos poderes, será analisada a necessidade de colocar-se contra-partidas para o controle de novas possibilidades de abuso.

Ainda no que diz respeito às previsões legais para controle de atos irregulares dos advogados, vale consignar que o Código Penal prevê três condutas típicas para o advogado, nos artigos 355 e 356, que tratam do patrocínio infiel, da tergiversação e da sonegação de papel ou objeto de valor probatório.

Como diversas outras “condutas controladas” em nosso país, a advocacia de má qualidade carece é de fiscalização e punição efetiva, pois os meios de controle existem e, muitas vezes comparados com outros, são considerados de vanguarda.

4.3 – O parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil

A despeito de se reconhecer facilmente a responsabilidade civil do advogado por danos causados ao cliente e, portanto, ligados a esta relação de direito material, é mais difícil de se inferir a responsabilidade do advogado pelos danos causados ao processo, em uma relação direta de sua pessoa com o feito.

Isto porque esta relação é vista pelo direito e por seus aplicadores, mais facilmente como integrada pela própria parte, muito embora fosse mais profícuo se efetuar um descolamento entre ela e seu representante para que houvesse um controle mais eficaz sobre o causador de eventuais conseqüências danosas ao bom andamento de um feito.

Faço alusão aos danos causados pelos advogados ao processo, considerados como atos de litigância de má-fé e que, contudo, são imputados à parte, sofrendo ela as penas cominadas pela lei, especialmente em virtude do disposto pelo parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil.

Este dispositivo – que faz referência apenas à violação do seu inciso V, mas que na prática se estende a todos e também aos demais dispositivos concernentes à má-fé processual – cria uma verdadeira blindagem aos advogados para que não lhe sejam impostas penas diretamente pelo juiz de um processo, caso procedam de forma atentatória ao exercício da jurisdição.

Há clara indicação de exceção aos advogados, posto que se sujeitariam ao julgamento perante o órgão de classe¹⁷⁶⁻¹⁷⁷, cabendo apenas a este a aplicação de sanções e, ficando a atuação do juiz restrita a aplicação das sanções às partes do processo.

A intenção moralizadora almejada pela lei claramente perdeu sua força¹⁷⁸, na medida em que – como sustento – o advogado, no exercício de sua função como

¹⁷⁶ A discussão é de tal forma *sui generis* que os advogados públicos – *rectius*: procuradores, promotores – indignados com a blindagem concedida apenas aos “advogados que se sujeitam exclusivamente aos estatutos da OAB”, discutiram via ação direta de inconstitucionalidade (ADI nº 2.652) no STF a abrangência do dispositivo, trazido ao Código pela Lei 10.358/01, uma vez que julgavam que não se deveria dar essa prerrogativa apenas aos “advogados da OAB” e sim a todos. A ADI foi julgada procedente por unanimidade e, conferiu interpretação extensiva “para ficar claro que a ressalva contida na parte inicial do dispositivo alcança todos os advogados que atuam na Justiça, independentemente de estarem sujeitos também a outros regimes jurídicos”.

¹⁷⁷ O parágrafo único do artigo 196 do Código de Processo Civil só ajuda a confirmar esta tese.

¹⁷⁸ Ada Pellegrini Grinover, que possui pensamento ao qual esta tese se alinha, faz um completo relato da natimorta tentativa de introdução na legislação pátria do conceito do *contempt of court*, que adviria com a aprovação do projeto inicial para a reforma do artigo 14 do Código de Processo Civil, mostrando a sua

representante da parte, age verdadeiramente segundo sua própria vontade e a tomada de certas decisões em grande parte das vezes é dada com base nas suas convicções (morais e intelectuais), devendo, assim, ser responsabilizado imediatamente pelas suas decisões.

Com a blindagem trazida pelo parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, o advogado só poderá ser punido (*lato sensu*) pelo seu órgão de classe ou em processo autônomo de ressarcimento de danos¹⁷⁹, porém, jamais diretamente no processo em que sua atitude incorreta mais produziu efeito¹⁸⁰.

Ainda que se sustente que a falta da proteção hoje presente daria ensejo a uma desproporcionalidade de poderes entre advogados e juízes na relação processual, rompendo a isonomia que é fundamental entre os administradores da justiça e permitindo estes imporem-se àqueles, esta não parece a mais correta interpretação.

A partir do momento em que o advogado pudesse ser efetiva e imediatamente punido (ainda que de forma branda, por pequenas multas) por atos que fossem contrários ao exercício da jurisdição, certamente teria ele muito mais cuidado em exercer o seu ministério¹⁸¹.

indignação com o produto final que hoje temos (“Paixão e morte do ‘contempt of court’ brasileiro”, *Direito Processual: inovações e perspectivas*, pág. 1-11, e em especial o n. 9, pág. 10).

¹⁷⁹ A doutrina é praticamente uníssona a respeito, servindo de exemplo, por todos, Arruda Alvim, “Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo)”, *RePro* 69, nota 50, pág. 18 e José Carlos Barbosa Moreira, “A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro”, *Temas... 1ª série*, nota 16, pág. 25.

¹⁸⁰ Na análise de Arruda Alvim, proferida em artigo escrito à época da primeira alteração do artigo 17 do Código de Processo Civil, pela lei 6.771/80, a responsabilidade pela conduta de má-fé dentro do processo sempre é da parte. Ainda que o dano tenha sido causado por falta imputável ao advogado, ou mesmo por ele ter exorbitado os poderes do mandato, a parte é responsável por *culpa in eligendo*, uma vez que a o adversário não tem nada a ver com essa má escolha, restando apenas a via de regresso em ação autônoma, cfr. *Resistência injustificada ao andamento do processo*, esp. n.7.

¹⁸¹ Neste sentido, anda um pouco melhor o Código de Processo Civil Português, no artigo 459, impondo que “quando se reconheça que o mandatário da parte teve responsabilidade pessoal e directa nos actos pelos quais se revelou a má fé na causa, dar-se-á conhecimento do facto à Ordem dos Advogados ou à Câmara dos Solicitadores, para que estas possam aplicar as sanções respectivas e condenar o mandatário na quota-parte das custas, multa e indemnização que lhes parecer justa”. Ao menos, a redação como consta, transparece mais remessa à instância competente do que corporativismo.

Não me parece casuísmo acreditar que um advogado carecedor de boa formação jurídica, ou ainda aquele que venha a ser compelido a utilizar o fator tempo como sua principal arma¹⁸², tenda a compensar o seu fraco desempenho por meio de artifícios não jurídicos.

Melhor ainda, e em complementação deste pensamento, não é aceitável a utilização das próprias deficiências da Justiça como arma de defesa para se alcançar os interesses de uma das partes.

Buscar as brechas legais, verificar o cumprimento escoreito dos procedimentos judiciais e desejar o estrito cumprimento do devido processo legal é absolutamente diferente de defender uma causa verdadeiramente contrária ao disposto legalmente.

4.4 – Levar a sério a responsabilização do advogado

Portanto, é preciso levar verdadeiramente a sério a responsabilização do advogado pelos atos que o exercício de sua atividade possa causar tanto ao seu cliente como também ao próprio processo.

Na medida em que cumpre uma função pública, o advogado não pode sobrepujar os interesses do seu cliente aos interesses da jurisdição e não pode se furtar de um certo controle pelo próprio Estado.

¹⁸² Vide nota 193, *infra*.

Não é porque seu cliente é quem será considerado litigante de má-fé que o advogado deveria se prestar de veículo a esta conduta. Aliás, é justamente para evitar que isso possa ser cogitado, que o advogado deve sofrer a punição por essa escolha.

Mais uma vez, partindo do entendimento adotado para o mandato, baseado na fidúcia entre advogado e cliente, não se pode aceitar a separação entre os atos praticados por um ou por outro.

O advogado que aceita propor uma demanda ou defender um cliente em um processo nitidamente fadado à sucumbência, não o pode fazer simplesmente porque não “teve a sorte” de ter como cliente a parte contrária (e que seria o hipotético detentor do direito em disputa). Não pode, por esta circunstância, se utilizar de artifícios para atrasar ao máximo o desfecho da demanda, sob alegação de ser este o único modo de atuação..

Na medida em que seja responsabilizado pelo uso indevido do procedimento, certamente este advogado deverá sopesar a conveniência entre recusar a causa ou, aceitando-a, informar ao cliente suas verdadeiras *chances* e riscos.

No processo civil, diferentemente do penal no qual alguns valores tornam-se preponderantes para que todo acusado seja defendido à exaustão, é preciso sim que haja advogados a informar ao cliente que ele claramente não é detentor do direito em litígio.

É preciso recuperar a importância da função do advogado para que, no limite, não haja advogados que se prestem a aceitar causas nas quais sua função é meramente protelatória, sem que, com isto, também sejam eles punidos pelo mal uso de seus poderes.

Aliás, a este respeito, o *antigo* Código de Ética Profissional da Advocacia¹⁸³ era expresso em considerar como proibido ao advogado “fazer requerimentos, promover diligências e, em geral, praticar atos desnecessários ao andamento da causa”¹⁸⁴, e tentar, “em suma, por qualquer modo, iludir, ou tentar iludir ou adversário ou o juiz da causa”¹⁸⁵, imputando, ainda, o dever de “indenizar prontamente o prejuízo que causar, por negligência, erro inescusável ou dolo”¹⁸⁶. O *novo* Código de Ética¹⁸⁷, que não repetiu essas expressões, limita-se a uma listagem de deveres bem mais genérica e modesta.

4.5 – Proposta: aplicação de sanções pecuniárias diretamente ao advogado

Diante das idéias ora expostas fica claro que a intenção de coibir o abuso de direito no processo existe materialmente em nosso sistema, ainda que de modo esparso. Em acréscimo, os estudos doutrinários que dizem respeito ao *contempt of court* são enfáticos em afirmar que um melhor processo está diretamente ligado às forças estatais que inibam a prática de atos que estejam em desacordo com a dignidade da justiça¹⁸⁸. Ou seja, a ameaça de uma sanção pode efetivamente coibir a prática destes atos.

Todavia, mais do que criar a previsão legal para a sanção, ou ainda de fato aplicá-la, é preciso que o verdadeiro agente causador de tal atividade lesiva seja atingido¹⁸⁹.

¹⁸³ Publicado pelo Conselho Federal da OAB em 25 de julho de 1934.

¹⁸⁴ Seção III, inciso VIII, letra c.

¹⁸⁵ Seção III, inciso VIII, letra e.

¹⁸⁶ Seção IV, inciso I, letra e.

¹⁸⁷ Publicado pelo Conselho Federal da OAB em 13 de fevereiro de 1995.

¹⁸⁸ A previsão das sanções já é uma forma de prevenção ao *contempt of court*, como expõe Michele Taruffo (“General report”, *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, cap. IV, esp. pág. 12). Sobre a definição de abuso do direito processual, Geoffrey Hazard Jr. indica a sua: “The right not to suffer a gross and prejudicial departure from generally recognized procedural standards” (“Abuse of procedural rights: regional report for the United States”, *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, cap. I, pág. 45).

¹⁸⁹ Na teoria do abuso do direito, o agente causador do ato lesivo é elemento fundamental para sua caracterização. Muito embora o entendimento majoritário seja de que as partes respondam sempre perante o

Isto significa que mesmo que formalmente o sistema exista e funcione, é preciso que funcione corretamente, punindo (ou coibindo) quem efetivamente opta por determinada atitude ou a quem incumbe com maior peso a sua escolha¹⁹⁰.

Uma vez que o advogado é o representante da parte em juízo, algumas de suas atitudes podem (e devem) partir do seu próprio julgamento de conveniência, o que vale dizer que nestes casos pouco importa o que eventualmente seu cliente faria se no seu lugar estivesse. Diversas escolhas a serem tomadas na condução do processo estão contidas nos poderes do mandato e é justamente sua natureza que permite a discricionariedade do advogado.

Ocorre que no conjunto de atos praticados pelo advogado perante o juízo, encontram-se alguns que não se ligam diretamente à tomada de decisões de caráter jurídico e que talvez pudessem ser classificados como operacionais ou instrumentais, mas que de toda forma influenciam o andamento do processo: carga de autos, retirada e encaminhamento de documentos e ofícios e, ainda, a comunicação ao cliente de providências materiais a serem por ele pessoalmente tomadas.

Independentemente de valoração ética, pode o advogado tratar uma determinada causa com menor cuidado, agindo displicentemente em sua condução, mesmo que não efetue uma má atuação em termos jurídicos ou mesmo não perca os prazos legais prescritos. Pode ainda, de maneira menos ética, valer-se de artifícios para tornar a condução

juízo ou à parte contrária, o advogado é o seu representante por força legal e sendo um “profissional de grau superior de cultura, a quem razoavelmente devem ser exigidos princípios éticos poderosos” deve responder por suas ações (cfr. José Olímpio de Castro Filho, *Abuso do direito no processo civil*, n. 15, pág. 34). Em monografia sobre o tema, Helena Najjar Abdo afirma que o abuso do processo não pode ser cometido pelo advogado posto que ele não é sujeito da relação jurídica processual (*O abuso do processo*, cap. 5, n. 28, pág. 199).

¹⁹⁰ Alerta que também faz Ada Pellegrini Grinover, uma vez que *é freqüente atribuir a litigância de má-fé ao advogado, e não à parte, de modo que a sanção que recai sobre esta não pune o verdadeiro responsável* (“Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*”, *RePro*, vol. 102, esp. cap. 6, pág. 224).

do processo mais morosa, indevidamente se utilizando do fator tempo para demonstrar ao cliente que não detém o direito em discussão uma “melhor” atuação.

Em alguns casos, esse tipo de atitude não necessita de uma análise mais aprofundada ou, tecnicamente, de um julgamento de mérito. São condutas que não preenchem determinados quesitos e, *de per si*, podem ser consideradas em desacordo com os princípios de respeito à dignidade da justiça.

Se o advogado deveria devolver os autos do processo retirado em carga após 5 dias e não o fez, está extrapolando um direito que lhe foi concedido e efetivamente está prejudicando a parte contrária ou mesmo o andamento do processo como um todo; se ao advogado incumbia encaminhar um ofício a determinado órgão ou instituição, para que a resposta chegasse a tempo da audiência de instrução já designada e ele claramente retardou o procedimento, dando ensejo a necessidade de sua redesignação, é mais uma atitude que somente a ele deve haver responsabilização e, por fim, nesta pequena lista exemplificativa, se o causídico interfere na instrução material dos autos do processo, protocolizando reiteradamente petições impertinentes, ou mesmo complementando peças que já agasalhadas por preclusão consumativa, somente para retardar o processo com inúteis andamentos e idas e vindas à conclusão, não há qualquer controvérsia: ele está agindo deliberadamente contra a Jurisdição¹⁹¹.

Nestes casos, seria conveniente, *de lege ferenda*, estabelecer uma tipificação de condutas abomináveis, que seriam passíveis de punição a ser aplicada diretamente pelo

¹⁹¹ Ainda como exemplo, porque não citar a interposição de um recurso de agravo de instrumento contra um despacho de mero expediente? Recurso nitidamente fadado ao insucesso, mesmo não suspendendo o processo principal, é uma intercorrência que causa tumulto ao normal andamento do feito e força a manifestação tanto do magistrado quanto da parte contrária. Fica descartado como exemplo a hipótese de interposição de embargos de declaração meramente procrastinatórios, uma vez que dependem de apreciação de maior profundidade e de cunho subjetivo.

juiz, por via de multa em favor do Estado, sem prejuízo da devida comunicação à Ordem dos Advogados.

Hoje, tais atitudes provavelmente culminariam com a condenação da parte em litigância de má-fé. Porém, ainda que ela saiba, concorde ou mesmo determine este *modus operandi* a seu patrono, jamais poderia ele agir desta forma, contrariando os preceitos éticos a que se comprometeu no juramento da profissão.

A aplicação direta pelo juiz do processo de multas ao advogado certamente contribuiria para a eficiência e efetividade destas punições, pois ao contrário, se fossem imputadas somente às partes certamente poderiam causar injustiças (devido ao desconhecimento da parte sobre os atos do advogado) ou mesmo não surtir efeito dada a capacidade financeira da parte: *se alta* essa capacidade, pela indiferença em ter um pequeno custo para um grande ganho de tempo; *se baixa*, passível de indiferença da parte que não terá mesmo como adimplir espontânea ou forçadamente, ou mesmo ser beneficiária da gratuidade de justiça e a cobrança ficar suspensa enquanto perdurar o benefício.

Ainda, mesmo que sejam aplicadas ao advogado, se mantida a completa *blindagem* contida no parágrafo único do artigo 14 do Código de Processo Civil, tal medida seria absolutamente ineficiente e burocrática, podendo ser alvo de inúmeros recursos administrativos.

E, em absoluto poder-se-ia contrapor esta proposta com o argumento de que seriam concedidos excessivos poderes de controle ao magistrado, ou ainda que tal possibilidade retiraria o advogado da posição isonômica que possui frente ao juiz e ao representante do Ministério Público¹⁹². A tipificação de certas condutas que se caracterizam

¹⁹² Comentando a reforma que introduziu o parágrafo único do artigo 14, José Rogério Cruz e Tucci entende que a exceção atinente aos advogados justifica-se porque, na mão de “juízes rancorosos”, a inovação trazida pelo

por uma ação ou omissão simples poderia ensejar sua verificação até mesmo pelo escrivão do cartório ou pelo advogado da parte contrária.

Na medida em que a tipificação da conduta seja de fácil constatação, não só a punição financeira (aplicada no processo) fica mais fácil, como também a punição administrativa (aplicada pelo órgão de classe), visto que desnecessária grande discussão sobre os fatos ocorridos. A punição administrativa, que se torna mais efetiva, também acaba por evitar que uma parte financeiramente mais dotada venha a custear o advogado anti-ético¹⁹³, que, reiterando essa atitude, ser suspenso ou afastado definitivamente da profissão.

caput do artigo acabaria sendo um instrumento de ameaça e constrangimento para o livre exercício da advocacia (*Lineamentos da nova reforma do CPC*, n. 4, pág. 27-28). Embasando o seu ponto de vista, afirma que infelizmente o ideal de isenção que deveria investir o magistrado na hora de proferir o julgamento nem sempre é verificado e que na prática, o juiz acaba por deixar o seu lado humano prevalecer, aflorando seus preconceitos e valores. Justamente pelo fato de que o pensamento contrário seria mera hipocrisia é que a presente proposta – com a tipificação de condutas reprováveis – afastaria essa crítica. O fato é que, conforme ilustra o próprio autor com excelência em sua obra, existe diferença entre o dolo substancial e o dolo instrumental na atuação processual (pág. 26); a polêmica também ocorreu em terras lusitanas e adotou-se uma solução intermediária, conforme já foi mencionado neste estudo (cap. 4.3, *supra*).

¹⁹³ Já observava Jorge Americano, no início dos anos 1920: “A protelação da lide incide na sanção do abuso do direito, quanto á modalidade do seu exercício. Advogados ha, cuja reputação se formou á custa desse expediente, empregando em detrimento da justiça quantos recursos a lei creou para assegurar a sua boa distribuição, divorciando assim o direito processual da sua finalidade. Esses recursos injustificados constituem mesmo uma especialização muito rendosa. Entre os expediente empregados, destacam-se principalmente os agravos de petição e a retenção de autos” (*Do abuso do direito no exercicio da demanda*, cap. 8, n. 42, pág. 95).

5 – Atuação subsidiária do advogado contra a burocracia judicial

O advogado – utilizando-se o termo pela instituição – quando presta serviço para um determinado cliente perante o Foro não deve considerar sua atuação restrita aos atos estritamente técnicos, como a produção das peças, a participação de audiências ou as sustentações orais.

Ainda que, na prática, o acompanhamento de balcão e as atividades de apoio sejam efetuados por estagiários ou até mesmo por prestadores de serviço terceirizados, é ao advogado que se incumbe o zelo do andamento processual. É o advogado que recebe os louros do processo célere ou as queixas pela atuação vagarosa. Até mesmo porque a maioria dos advogados atua como profissional liberal, possuindo – se tanto – uma secretária para atender os telefonemas no escritório¹⁹⁴.

¹⁹⁴ São as conclusões a que se pode chegar tendo como base os dados obtidos junto ao Conselho Federal da OAB, que aponta, com atualização até o dia 01/09/2008, um total 214.710 de advogados regularmente inscritos no estado de São Paulo e 614.773 advogados no Brasil inteiro (fonte: sítio eletrônico da OAB, www.oab.org.br/relatorioAdvOAB.asp, disponível em 24 de setembro de 2008), comparadas com reportagem do jornal da OAB/SP, no estado de São Paulo, que informa encontram-se inscritas, até maio de 2008, 8.418 sociedades de advogados que são constituídas, entre outros motivos, para obter vantagens fiscais relacionadas à apuração do imposto de renda (Jornal do Advogado, OAB/SP, julho/2008, edição 124). Também José Diogo Bastos Neto, no recente artigo “Advocacia: passado, presente e futuro”, informa que o perfil do advogado militante no Estado de São Paulo, segundo pesquisa do IBOPE solicitada pela Associação dos Advogados de São Paulo em junho de 2004, apontava as seguintes conclusões: “– 40% dos Advogados associados são formados há menos de doze anos, constituindo, portanto, massa de aproximadamente 34 mil jovens Advogados militantes no Estado de São Paulo, presumindo que tenham idade média em torno de 29 anos; – 77% dos Advogados associados são profissionais autônomos, ou seja, trabalham solitariamente, enquanto 23% labutam em escritórios de advocacia ou empresas; – 83% dos Advogados associados não têm Sociedade de Advogados constituída com inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, Seccional de São Paulo, portanto, sociedades informais, remanescendo, apenas, 17% com situação societária formalizada; – 76% dos Advogados associados integram escritórios compostos por até três colegas, sendo que nesse universo 37% trabalham solitariamente, 24% labutam com mais um colega e 15% com mais dois colegas de profissão; – 60% dos associados não têm estagiário no escritório, seguindo-se 19% com um só estagiário e 11% com dois; – 60% dos escritórios de advocacia se utilizam de até três computadores, sendo que 23% dos associados mantêm um só computador em uso, 21% mantêm dois e 16%, três computadores; – 74% declaram atuar na área Cível, 33% na Trabalhista, 15% na Tributária, 14% na Penal, 8% na Previdenciária, 6% nas áreas Empresarial e Constitucional, 5% nas áreas Comercial e Familiar e 5% em todas as áreas; – 68% dos Advogados associados são do sexo masculino, enquanto 32% são do sexo feminino”, o que ajuda a corroborar as afirmações lançadas nesta tese.

Assim, não causa espanto agregar tais funções às outras, facilmente se visualizando o advogado folheando um processo no balcão do cartório judicial quando não esteja em seu escritório desenvolvendo um elaborado recurso ao STJ.

Nesta vereda, me parece razoável analisar uma pontual modificação ocorrida na Constituição Federal quando da entrada em vigor da Emenda nº 45 de 2004, que pode servir de esteio para, em um paralelismo, ofertar ampliação das atividades do advogado na atuação forense, em auxílio à desburocratização de certos atos judiciais.

A Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que recebeu a alcunha de Reforma do Judiciário, dentre as diversas modificações que imprimiu ao texto da Carta Magna, incluiu o inciso XIV ao artigo 93, dispositivo este que trata da criação de um Estatuto da Magistratura a ser estabelecido por lei complementar e que, segundo inserido inciso, determinará *que os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório*¹⁹⁵.

Tal disposição veio a reforçar e ampliar o que estabelece o § 4º do artigo 162 do Código de Processo Civil, dispositivo que foi trazido pela Reforma de 1994. Nele, a referência é feita a “atos meramente ordinatórios” e, no texto constitucional, a “atos de mero expediente”. Os primeiros devem ser tomados como os de simples condução, tais como “junte-se” e “diga a parte contrária”; por outro lado, os outros tem algum caráter volitivo ou decisório, tal como a nomeação de perito, a designação de audiências e o recebimento de recursos.

¹⁹⁵ Robson Carlos de Oliveira expõe uma experiência de delegação de atividades em “Breves reflexões sobre o princípio constitucional da razoável duração do processo tendo como paradigma os juizados especiais federais cíveis: como a frutífera experiência desse sistema pode ser aproveitada pelo processo civil comum?”, esp. pág. 271.

Isto quer dizer que, na única exegese que se assoma possível, após regulamentado por uma lei complementar¹⁹⁶, os atos (*rectius*: despachos) de mero expediente

¹⁹⁶ Pelo menos no que diz respeito à Justiça cível paulistana, de há muito os “chefes de cartório” preparam os despachos mais simples para, após, colher a assinatura do magistrado. Não aponto o fato como crítica, pois até onde percebo ditos atos não tem extrapolado o âmbito dos despachos de mero expediente mais simples. Também é importante verificar que a Corregedoria Geral de Justiça do Estado de São Paulo publicou o Comunicado CG Nº1307/2007, em 21/12/2007, estabelecendo uma série de atos a serem praticados pelo Ofício de Justiça, independentemente de ordem judicial, por serem ordinatórios, não havendo necessidade de Portaria do Juízo ou de ordem de serviço. São 24 itens, mas os principais são: 1 – *Constatada falta ou irregularidade na representação de qualquer das partes, a serventia desde logo providenciará a intimação necessária à regularização, com as advertências previstas nos artigos 13 e 37 do Código de Processo Civil. O prazo será de quinze dias, salvo determinação judicial ou legal em sentido contrário.* 2 – *Nos casos previstos em lei (art. 9º do CPC), o próprio cartório expedirá comunicação à Defensoria Pública ou à Ordem dos Advogados do Brasil para indicação de curador especial. Inexistindo ordem judicial em sentido contrário, o indicado estará tacitamente nomeado e será intimado para apresentar sua manifestação.* 3 – *Constatada a falta ou a insuficiência das custas, o cartório providenciará a intimação do autor, na pessoa de seu advogado, para recolhê-las no prazo de trinta dias, sob pena de cancelamento da distribuição (art. 257 do CPC).* 4 – *Constatada a falta ou a insuficiência de peças necessárias à instrução do mandado/carta ou do valor para as diligências do oficial de justiça ou expedição de carta, o cartório providenciará a intimação do autor, na pessoa de seu advogado, para apresentar as peças ou recolher o valor devido no prazo de cinco dias, sob pena de extinção do processo, na forma do art. 267, IV, do CPC.* 5 – *Devolvido o mandado ou a carta de citação com resultado negativo, o autor/exequente será intimado a se manifestar no prazo de cinco dias. Fornecendo a parte interessada o endereço ou meio necessário para o cumprimento da diligência, a carta ou mandado será expedido independentemente de nova ordem judicial.* 6 – *Salvo determinação expressa do juízo deprecado em sentido contrário, o cumprimento e devolução da carta precatória destinada à citação (em processo de conhecimento ou execução) ou intimação independem de despacho. Nos casos de arresto ou penhora, transferência de valores, prisão, soltura, alteração de guarda, liberação de bens ou levantamento de constrição (penhora, arresto, caução, etc.), é necessária prévia deliberação do juiz deprecado.* 7 – *Decorrido o prazo sem que haja informação sobre o atendimento da requisição ou solicitação, o cartório reiterará a diligência por uma vez. Quando o destinatário da reiteração for repartição do Poder Judiciário do Estado de São Paulo, o não atendimento do primeiro pedido deverá ser comunicado à Corregedoria Geral da Justiça. As informações entre ofícios e setores judiciais de primeira instância do Poder Judiciário do Estado de São Paulo poderão ser solicitadas por e-mail dirigido ao endereço institucional de cada serventia. Não serão expedidos ofícios ou e-mails para solicitação de informações que podem ser acessadas diretamente pela repartição interessada por meio do sistema informatizado.* 8 – *Verificada a paralisação do processo por mais de um ano por inércia das partes, o cartório providenciará a intimação do interessado pela imprensa, onde houver. Não o fazendo, será intimado, pessoalmente, para dar andamento ao feito em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de extinção do processo (art. 267, II e § 1º, do CPC).* 9 – *Constatado que o autor não promoveu por mais de trinta dias os atos e diligências que lhe competem, o cartório providenciará a sua intimação pela imprensa, onde houver. Mantida a inércia, o autor será intimado, pessoalmente, para suprir a omissão em 48 (quarenta e oito) horas, sob pena de extinção do processo caso haja requerimento do réu nesse sentido (art. 267, III e § 1º, do CPC).* 10 – *Findo o prazo de suspensão do processo de que trata o artigo 265, § 3º, do CPC, o cartório intimará a parte para promover o andamento do processo, sob pena de extinção.* 11 – *Constatado que o réu, em sua contestação, alegou qualquer das matérias enumeradas no artigo 301 do Código de Processo Civil, ou apresentou documento novo, desde logo o cartório providenciará a intimação do autor para réplica no prazo de dez dias. Havendo solicitação de medida urgente, os autos serão encaminhados ao magistrado.* 12 – *O cartório providenciará a autuação e a anotação da impugnação ao valor da causa, e a intimação do autor para manifestação em cinco dias.* 13 – *Com a juntada aos autos de laudos periciais, documentos ou outras informações requisitadas pelo juízo, o cartório providenciará a intimação das partes para manifestação, direta ou por meio dos seus assistentes técnicos.* 14 – *Apresentadas as contra-razões do recurso de apelação, o cartório providenciará a imediata remessa dos autos ao Tribunal. Na hipótese de apelação de decisão do indeferimento da petição inicial, os autos serão remetidos ao juiz para fins do artigo 296 do CPC.* 15 –

poderão ser proferidos pelos escrivães do Juízo onde corre o feito, evitando com isso, demoradas idas e voltas à conclusão. Ficarão assim considerados como despachos de *menor relevância jurisdicional* e, portanto, passíveis de se delegar à mecanicidade burocrática dos serventuários¹⁹⁷.

Isto significará a atribuição de mais uma função aos serventuários que, além das suas tarefas atuais deverão, em prazos regulamentares, “despachar” preciosos andamentos de cadência do procedimento.

Bem, na medida em que se delegam funções ao serventuário que antes eram exclusivas do magistrado é preciso se repensar se ao advogado não seria permitido “ajudar” a descarregar o excesso de trabalho que aqueles passarão a ter.

E, especialmente no que diz respeito à confecção de certos documentos pelas serventias judiciais é notável o prejuízo que demora na sua expedição tem acarretado ao processo em geral e às partes e advogados em particular.

Ofícios, cartas precatórias, cartas de sentença, mandados em geral – sendo estes mero rol exemplificativo – são documentos que seguem modelos normatizados, sendo apenas relevante que os dados específicos de cada processo estejam corretos. Nada impede que o advogado da causa possa prepará-los, submetendo-os à conferência pelo Cartório e posterior assinatura pelo magistrado da causa.

Verificada a insuficiência do preparo, o cartório providenciará a intimação do recorrente para complementar a diferença em cinco dias, sob pena de deserção (art. 511, § 2º, do CPC). 16 – Convertido o bloqueio eletrônico pelo BACEN JUD em primeira penhora, será o devedor intimado para oferecer impugnação/embargos no prazo legal, sem prejuízo da transferência dos valores para a conta indicada pelo Juízo. 17 – Em casos de erro na qualificação das partes ou de simples atualização de dados, comparecendo pessoalmente a parte interessada em cartório, a serventia certificará nos autos a informação e tomará as providências ordinatórias necessárias para o bom andamento do processo.

¹⁹⁷ Em palestra proferida no ano 2000, Egas Moniz de Aragão apontou em sua análise final para a delegação de atos, no foro judicial e extrajudicial, a serventuários capacitados e idôneos (“O processo no limiar de um novo século”, RT, n. 781, esp. n. 11, pág. 69).

A produção destes documentos ao sabor das possibilidades de tempo e pessoal de cada serventia colabora para que o processo se estenda infinitamente, ou melhor, indefinidamente. Em tese, um processo contencioso mais simples deveria tramitar por apenas 180 dias desde a distribuição até a publicação da sentença¹⁹⁸. Aqui, faz-se referência ao que se expôs acerca das etapas mortas do processo: a atuação substitutiva do advogado como se indica, contribuiria enormemente para a redução do período em que o processo fica estático nos escaninhos dos cartórios judiciais à espera de providências burocráticas de responsabilidade da serventia.

5.1 – Limites da atuação do advogado na prática forense

A contraposição da proposição anteriormente lançada poderia embasar-se na alegação de que o advogado não estaria legitimado para praticar atos que seriam de incumbência de um serventuário da justiça – ou mais, de um funcionário público – ou com uma mera justificativa de funcionalidade, não aceitando a atuação do advogado em funções que não seriam precipuamente suas sob aspecto da sua classificação em termos hierárquicos.

Em ambos os casos, dada a fragilidade de sustentação, tais contraposições podem ser facilmente rebatidas.

Sob o aspecto funcional, seria preconceituoso obstaculizar a prática dos atos do advogado subsidiariamente à serventia do foro judicial sob a alegação de desmerecimento da classe, por realizar atividades que se poderiam considerar menos nobres. Como já

¹⁹⁸ Em uma conta bem parcimoniosa: após a distribuição, 5 dias para ordenar a citação e expedir o mandado e 30 para cumpri-lo; 15 dias para contestar, 10 dias para replicar; 30 dias para audiência preliminar, outros 30 para a audiência de instrução e julgamento; 10 dias para cada parte apresentar seus memoriais, que poderiam ser apresentados em audiência e mais 10 dias para o juiz proferir a sentença; 150 dias no total, mais 20% como margem de atraso, 180 dias. Ainda que se duplique ou triplique esse prazo, não se chega a um ano e meio, prazo definitivamente menor do que se vê na prática.

ressaltado, é plenamente aceitável que o advogado desempenhe funções outras, além das que apenas exijam seu intelecto criativo. Aliás, conforme será mais à frente discorrido sobre este tema em específico, já se verifica na prática a existência de mais de uma classe de advogado, com profissionais especializados em desempenhar tais funções, o que permitirá propor a criação de uma nova categoria profissional.

Seria também o caso de se avocar o brocardo jurídico “*quem pode o mais, pode o menos*”, especialmente porque não se vislumbra que a confecção de expedientes pelo advogado seja transformada em regra e, ademais, ao advogado seria permitido efetuar um serviço de escrevente judiciário e não o contrário. Aliás, mais um motivo para não se tornar regra, é a possibilidade de ocorrer em certa medida uma privatização da atividade, com a conseqüente transferência de custos para o particular, visto que não seria possível (nem crível) onerar o advogado com o aumento da quantidade de serviço e material sem que isso fosse, de alguma forma, repassado ao cliente.

Outrossim, é de se ressaltar que a proposição ora debatida refere-se à atuação do advogado especificamente nos processos em que está representando uma das partes. Não se pretende a especialização da profissão para o desempenho dessa função como uma atividade autônoma.

No que se refere à *legitimidade* do advogado¹⁹⁹ – para não efetuar enorme digressão, fora dos limites deste trabalho – é possível resumir a questão e defini-la analisando a situação sob dois aspectos.

¹⁹⁹ Como referência geral de estudo da legitimidade em âmbito processual, inclusive indicações bibliográficas, aponto a obra de Donaldo Armelin, *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*, esp. cap. III, pág. 9-29.

Em primeiro lugar, partindo do conceito de legitimidade, não se verifica a outorga de poder pelo sistema jurídico de *forma exclusiva* às serventias e aos funcionários dos cartórios judiciais, para o desempenho das funções ligadas ao andamento dos processos, de caráter meramente burocrático. A essência do poder conferido a eles está, não na produção dos documentos e dos atos do trâmite processual e sim, na fé pública que neles imprimem. E esta é a característica que lhes é exclusiva.

Conseqüentemente, é exatamente pelo fato de não se pleitear a usurpação das características exclusivas das funções desempenhadas pelo funcionário público judicial que não constitui óbice à prática substitutiva das atividades simplesmente burocráticas pelos advogados que estejam atuando em determinado processo.

Em segundo lugar, ao tomar a classificação do conceito de legitimidade pelo aspecto quantitativo, ou seja, do número de legitimados para a realização de um mesmo ato, pode-se considerar a possibilidade de uma legitimidade coletiva para a prática da atividade burocrática de processamento dos feitos judiciais. E a inserção do advogado no rol dos legitimados se dá, não só pela característica pública da qual se reveste seu múnus, como também pelo alto apreço atribuído pelo sistema jurídico ao resultado final que se objetiva através dos seus atos²⁰⁰. Mais uma vez o caráter de subsidiariedade da atuação do advogado vai ao encontro do alargamento dessa legitimidade.

5.2 – Proposta: produção de documentos pelo advogado

Por isto, seria de enorme proveito permitir que o advogado, em caráter subsidiário e à sua conveniência, produzisse e imprimisse em seu escritório documentos tais

²⁰⁰ *Op. cit.*, esp. n. 12, pág. 21.

como ofícios, termos de abertura de carta de sentença, formais de partilha e até guias de levantamento judicial, encaminhando-os prontos ao cartório para conferência e assinatura do juiz.

Se, atualmente, a presente proposta pode esbarrar em uma certa dificuldade para o advogado obter os “modelos” hoje utilizados em cada serventia judicial, verifica-se que é grande o esforço da Corregedoria Geral de Justiça e mesmo do Conselho Superior da Magistratura, mediante uma constante publicação de Provimentos, em elaborar uma regulamentação de normas de serviço visando a padronizar os atos, documentos e procedimentos relativos ao funcionamento cartorário e de trâmite processual²⁰¹, especialmente para o aprimoramento do sistema informatizado de controle dos processos judiciais.

Naturalmente, na medida em que este sistema esteja em funcionamento, não haverá motivos para que se impeça o acesso de advogados previamente cadastrados ao teor destes “modelos”, facilitando com isto a superação de uma das etapas da linha de produção “confeção-conferência-assinatura” de documentos judiciais.

Não permitir essa possibilidade de atuação do advogado, em caráter facultativo, vai contra a celeridade na entrega prática da justiça, como em determinados casos nos quais o cumprimento prático de uma sentença ou ordem judicial se subsume em um documento que, prontamente expedido, será utilizado pelo jurisdicionado na materialização de seu direito²⁰².

²⁰¹ Cfr. Os provimentos da CGJ nº 33/1997 (cria o Sistema de Automatização Judiciário de Primeiro Grau – SAJ/PG) e nº 6/1999 (disciplina a informatização do serviço de distribuição das varas da infância e juventude da Capital) servem de exemplos, inaugurando uma série de outros provimentos que vieram no esteio da criação de um sistema judiciário informatizado.

²⁰² Impossível não se utilizar da força dos exemplos: após o reconhecimento de paternidade proferido em uma sentença, enquanto não for expedido o mandado de averbação para o Cartório de Registro Civil e efetuado o seu cumprimento, o interessado não conseguirá fazer prova de sua filiação mediante sua certidão de nascimento.

O que mais uma vez se afigura necessário é a divulgação das boas idéias e um maior desprendimento de certos preconceitos que assombram o exercício da advocacia. É verdadeira hipocrisia acreditar que a função do advogado na administração da justiça não permitiria que ele efetuasse alguns afazeres de menor exigência intelectual. Aliás, a possibilidade de preparação dos documentos a serem conferidos pelo cartório judicial não significa que somente ao advogado ficaria essa função que bem poderia ser delegada a um funcionário do escritório de advocacia ao qual pertencesse o advogado constituído para o processo.

Aliás, é de se fazer a ressalva de que esta idéia não é nova e, inclusive, já é colocada em prática por alguns cartórios judiciais no estado de São Paulo, com notório sucesso²⁰³. Oriunda de sugestão de um desembargador aposentado e hoje advogado, efetuada no ano de 2002 e apreciada segundo parecer nº 110/2003 da Corregedoria Geral de Justiça, não bastasse haver sido publicada àquela época, foi republicado no Diário da Justiça Estadual recentemente, em 02 de fevereiro de 2008²⁰⁴.

²⁰³ No *website* da seccional Pinheiros da OAB/SP é possível obter os arquivos dos modelos utilizados em cada um dos diversos cartórios das varas cíveis e de família do Foro Regional de Pinheiros, evitando com isso que as vicissitudes de cada um deles impeça a realização dos atos corretamente pelos advogados. Ver em www.oabpinheiros.com.br/varas.htm

²⁰⁴ “A Corregedoria Geral da Justiça REPUBLICA, para conhecimento, o parecer e decisão proferidos nos autos em epígrafe, publicados no DOJ de 14, 18 e 20/03 e 11/12/2003: (Parecer nº 110/2003-J) “Ementa: autorização, em caráter facultativo, aos Advogados interessados, para que apresentem a minuta de mandados, cartas e ofícios para conferência do Escrivão-Diretor e assinatura do MM. Juiz, no intuito de agilização dos serviços.” EXCELENTÍSSIMO SENHOR CORREGEDOR GERAL DA JUSTIÇA: O Advogado Dr. Antonio Diogo de Salles apresenta sugestão de alteração das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, para facultar aos Advogados a apresentação, com suas petições, de minuta da carta de citação, do ofício ou mandado pretendidos, pronta para ser subscrita pelo Magistrado após a conferência pelo Escrivão e o devido registro, visando à minimização dos Serviços Cartorários e agilização do cumprimento das determinações judiciais. Sugere a elaboração de modelos padronizados, a cargo da Corregedoria Geral da Justiça, com a possibilidade de fornecimento, em disquete, aos advogados interessados. Menciona a elaboração dos seguintes modelos de ofícios e mandados: cartas de citação; ofício à Delegacia da Receita Federal solicitando informações sobre endereços ou bens das partes; ofícios a Bancos, estabelecimentos comerciais e repartições públicas em geral, solicitando informações econômico-financeiras das partes, destinadas a fazer prova nos processos; mandados de averbação em matéria de registro civil; mandado de intimação de testemunhas; mandado de desocupação em ações de despejo e conexas; mandado de reintegração de posse de bem móvel ou imóvel; mandado de registro de penhora. Menciona o subscritor que os ofícios e mandados assim expedidos, após conferência pelo Cartório, seriam devidamente registrados e assinados pelo Escrivão ou Juiz, com reconhecimento da autenticidade da

assinatura do Magistrado pelo Escrivão. Solicitou-se a manifestação da Ordem dos Advogados do Brasil-Secção de São Paulo, da Associação dos Advogados de São Paulo e do Instituto dos Advogados de São Paulo, a respeito, manifestando-se a OAB e o IASP em apoio à sugestão formulada, deixando de se manifestar a AASP. É o Relatório. Opino. Não se desconhecem os inconvenientes e dificuldades que a sugestão apresentada possa gerar, não sendo possível avaliar, de antemão, se representará ou não melhora ao serviço forense, além do risco de se estar aumentando as facilidades para falsificação de documentos expedidos nos processos judiciais. Sabe-se que o melhor caminho para o Poder Judiciário, no particular, é a continuidade dos trabalhos de implementação da informática nos Ofícios Judiciais da Capital e Interior de São Paulo, contendo o sistema SAJ modelos de cartas de citação, intimação, ofícios e mandados de modo a facilitar os serviços cartorários. Registre-se que foi assinado, recentemente, contrato entre o Tribunal de Justiça de São Paulo e empresa prestadora de serviços, franqueada da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos, para o aprimoramento dos serviços de confecção e entrega de intimações, notificações e citações (Prot. G-245.497/01 – DEMA 1.1). Esse aprimoramento dos serviços judiciários vem ocorrendo, mas levará, ainda, certo tempo até que se instale, com eficiência, por todos os Ofícios de Justiça do Estado. A realidade, no momento, é a carência de estrutura material e funcional para vencer a crescente demanda de trabalho. Assim, enquanto permanecer a difícil situação dos serviços forenses, em especial nas Comarcas mais abarrotadas de processos, deve-se ver com bons olhos e com desprendimento formal as idéias e propostas que possam minimizar o quadro, embora não representem a solução ideal. Considerando que a proposta partiu do Advogado e contou com a aquiescência da Ordem dos Advogados do Brasil-Secção de São Paulo e do Instituto dos Advogados de São Paulo, entendo, salvo melhor juízo de Vossa Excelência, pela viabilidade do procedimento proposto. Situação semelhante, aliás, já acontece com os editais elaborados e publicados sob responsabilidade da parte. Não é conveniente, no entanto, a padronização, pela Corregedoria Geral da Justiça, de todos os modelos sugeridos pelo nobre subscritor, podendo conter, alguns desses instrumentos, determinações de cunho jurisdicional e outras peculiaridades ao processo. Melhor que os próprios Ofícios de Justiça forneçam, aos Advogados interessados, modelos dos mandados, cartas e ofícios utilizados, para que, com base neles, possam elaborá-los e preenchê-los, apresentando-os para a conferência do Escrivão-Diretor e assinatura do Juiz. Os Ofícios de Justiça poderão disponibilizar, por disquete, xerox, internet ou outro meio, sem custo para o Tribunal, aos Advogados que solicitarem, ou através da OAB-Subseção local, os modelos utilizados de mandados de citação, mandados de intimação, mandados de penhora ou arresto, mandados de despejo, mandados de reintegração de posse, mandados de registro ou averbação ao Registro Civil, mandados de registro ou averbação ao Registro de Imóveis e outros mandados, ordens para sustação de protesto, cartas de citação/intimação, ofícios em geral etc., cuja elaboração e preenchimento possam ser executados pelo Advogado interessado, com base nos modelos fornecidos, em auxílio ao Cartório. Em relação aos mandados ou cartas de citação/intimação iniciais, por não dispor o Advogado de todos os dados que neles devam constar (os dados completos somente serão obtidos após a distribuição do processo), na petição inicial o Advogado mencionará a observação de que irá apresentar a minuta do mandado ou carta. Neste caso, o Cartório aguardará, pelo prazo máximo de 48 horas, o fornecimento do mandado ou carta elaborado e preenchido pelo Advogado, executando o ato processual se o profissional não cumprir com a apresentação. Os mandados, cartas ou ofícios a serem expedidos no curso do processo, já dispondo o Advogado de todos os dados que neles devam constar, poderão ser apresentados com a petição de requerimento da providência, que, se deferida pelo Juiz, o mandado, carta ou ofício já estará pronto, para conferência do Escrivão-Diretor e assinatura do Magistrado. Em caso de indeferimento, será inutilizado pelo Cartório. Em hipótese alguma haverá intimação do Advogado para a apresentação do mandado, carta ou ofício, ainda que tenha ele se comprometido a fazê-lo. O Cartório deve adotar o mesmo procedimento, previsto nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, para a execução dos atos processuais, ciente de que apenas está sendo auxiliado pelo Advogado, na confecção das peças. Os advogados devem estar cientes de que somente a apresentação das peças, preenchidas de forma correta, completa, limpa, sem erros, rasuras ou omissões poderá colaborar para a redução do tempo de execução do ato processual, pois, se assim não for, redundará em aumento de serviço ao Cartório, que além de conferir terá que refazer o documento. O procedimento autorizado em nada altera a responsabilidade funcional, estabelecida nas Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça, quanto a execução dos atos processuais, pelos servidores, na forma e prazos estabelecidos. O parecer que, respeitosamente, submeto a elevada apreciação de Vossa Excelência, é no sentido de autorizar, em caráter facultativo, os Advogados interessados para que adotem o procedimento sugerido, na forma aqui delineada, devendo os Ofícios de Justiça acatar as peças apresentadas, desde que elaboradas e preenchidas de forma

5.3 – Proposta: encaminhamento da citação postal pelo advogado

A citação em nosso sistema processual é efetuada, via de regra, pelo correio, como prescrevem os artigos 221 e 222 do Código de Processo Civil. Nos casos em que ela é a regra, somente se lançará mão do seu cumprimento pelas outras vias (oficial de justiça ou edital²⁰⁵) caso haja falha na sua consecução ou o autor não acredite que ela possa se concretizar com correção e opte expressamente por outra via.

Uma vez ordenada pelo juiz, o trâmite operacional da citação postal passa a ser absolutamente burocrático, ficando o cartório judicial na incumbência de preparar um documento padrão que deverá conter o despacho judicial e servirá de mandado e anexar uma cópia da petição inicial. Daí em diante, a entrega fica à cargo da empresa de correios, normalmente sendo utilizada a empresa estatal, o que nem sempre implica a melhor relação de custo/benefício, usualmente não se obtendo sucesso na sua concretização²⁰⁶.

A proposta que ora se apresenta poderia ser uma mera extensão da anterior, mas há um fato interessante a se observar. Segundo o Provimento nº 36/2007 da Corregedoria Geral da Justiça, repetido em seus termos pelo Provimento nº 1.461/2007 do Conselho Superior da Magistratura, foi deferida uma alteração nas Normas de Serviço da

correta, limpa, sem erros, rasuras ou omissões, sempre ressalvada a convicção do Juiz do processo. São Paulo, 28 de fevereiro de 2003. CARLOS ALBERTO M. S. M. VIOLANTE Juiz Auxiliar da Corregedoria
DECISÃO: Visto. Aprovo o parecer do MM. Juiz Auxiliar da Corregedoria e por seus fundamentos, que adoto, autorizo, em caráter facultativo, os Advogados interessados, para que adotem o procedimento sugerido, na forma delineada no parecer, devendo os Ofícios de Justiça acatar as peças apresentadas, desde que elaboradas e preenchidas de forma correta, limpa, sem erros, rasuras ou omissões, sempre ressalvada a convicção do Juiz do processo. Oficie-se ao Advogado Dr. Antonio Diogo de Salles, à OAB/SP, à AASP e ao IASP encaminhando-lhes cópia do parecer e desta decisão. Publique-se, no Diário Oficial, em três dias alternados, a íntegra do parecer e desta decisão, para conhecimento dos MM. Juízes e Diretores dos Ofícios de Justiça do Estado. São Paulo, 10 de março de 2003. (a) LUIZ TÁMBARA, Corregedor Geral da Justiça”.

²⁰⁵ Após completamente regulamentada, também será admitida a citação por correio eletrônico, uma vez que a lei 11.419/06 incluiu mais esta opção com o novo inciso IV ao artigo 221 do CPC.

²⁰⁶ Conforme pertinentemente observa José Carlos Barbosa Moreira, se o destinatário não for encontrado, recusar-se a receber a carta ou a assinar o recibo, o carteiro reterá a correspondência devolvendo-a para o fórum, uma vez “que não é auxiliar do juízo, nem tem fé pública” (*O novo processo civil brasileiro*, cap. I, esp. pág. 28).

Corregedoria Geral da Justiça permitindo que nos processos de execução fiscal, a expedição da carta de citação possa ser efetuada *pela própria exeqüente*²⁰⁷.

Ou seja, distribuído o processo de execução fiscal (que ocorre com a protocolização de uma certidão da dívida ativa), logo após o despacho que ordena a citação, a própria exeqüente, que é a Fazenda Pública (ou melhor: um de seus entes), pode expedir a carta de citação, ficando-lhe apenas a incumbência de comunicar o ato ao juízo, uma vez que o aviso de resposta da correspondência é naturalmente encaminhado pela empresa de correio aos autos.

Tudo isso sem que se cogite qualquer ofensa às formalidades que revestem o instituto da citação; o que de fato, realmente não ocorre, uma vez que não se pode confundir forma e formalidade²⁰⁸.

Neste contexto, a forma como é efetuado o ato de citação pessoal – por correio, por oficial de justiça ou por meio eletrônico – é irrelevante, desde que algumas formalidades sejam cumpridas. E a principal delas (fora o que já se dispõe no artigo 223: o teor do despacho que a determina, a composição do mandado com cópia da petição inicial, a advertência sobre a presunção de veracidade pela contumácia, o prazo para resposta, o juízo e o cartório e seu respectivo endereço) é a prova seu cumprimento e do efetivo recebimento pelo demandado. Na medida em que, no processo em geral, a prova de um fato pode se dar

²⁰⁷ *In verbis*: “O item 64 do Capítulo II das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça é acrescido do subitem 64.1, com a seguinte redação:

64.1. Desde que haja expressa autorização da Corregedoria Permanente, é facultado que nos processos de execução fiscal a própria exeqüente, após a distribuição do pedido inicial e a ordem de citação, individual ou coletiva, providencie a expedição da carta de citação, com o endereço do juízo para devolução do comprovante. A expedição da carta de citação e sua data serão comunicadas ao juízo por meio de relação, que será arquivada em classificador próprio.”

²⁰⁸ Forma, como invólucro do ato processual, a maneira como deve se exteriorizar o ato jurídico; formalidade, como condicionamento de certo ato à observância de regra legal. Por todos, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo no processo civil*, esp. n. 2.2 e ss., além de suas referências bibliográficas e o breve resumo de José Roberto dos Santos Bedaque em *Efetividade e técnica...*, *cit.*, esp. cap. II, n. 9, pág. 94 e ss.

por qualquer meio em direito admitido, o mesmo entendimento deve ser aplicado com a citação. Assim, o aviso de recebimento da carta de citação devidamente assinado pelo réu comprova que ele recebeu o mandado e o ato atingiu o seu fim isento de nulidades.

Desta maneira, do mesmo modo que a Fazenda Pública tem permissão para expedir a carta de citação dos processos de execução fiscal, seria de bom alvitre que o advogado pudesse se incumbir desta tarefa nos processos cíveis em que a citação postal é tida como regra, uma vez que, assim como a produção de outros documentos, permitira um notável aumento da velocidade com que se dá o primeiro passo no arco procedimental. Atualmente a experiência forense demonstra que há uma grande demora entre a propositura da demanda e o momento em que o demandado recebe “a notícia de que contra ele há um processo e lhe é aberto prazo para defesa”.

A velocidade desta “primeira fase” procedimental é fundamental para a credibilidade do sistema judiciário como um todo, pois caso as tratativas pré-processuais não obtenham êxito dando início a um processo judicial, não só o réu rapidamente saberá que o autor tomou as “medidas judiciais cabíveis” (fato que, eventualmente, ele poderia pressupor), como também será instado a se defender. A este, somam-se mais dois importantes aspectos: primeiro, a dispersão física do réu é reduzida ao mínimo, aumentando-se drasticamente as chances de encontrá-lo no endereço que se tem conhecimento e, em segundo lugar, o vigor com que se recebe a notícia do processo instaurado, que até outrora figurava-se apenas como ameaça, pode ser uma interessante contribuição para uma conciliação imediata.

É preciso frisar que se trata da *fase operacional* da citação. Não se está propondo alteração na ordem dos atos, ou mesmo questionando-se o nosso sistema de

mediação²⁰⁹ para a citação. Mantém-se a presença do juiz ordená-la, além do poder estatal de fiscalizar o perfeito cumprimento. Isto, sem sombra de dúvida é muito diferente de querer aproximar o que é a praxe do sistema da *commom law*.

Não faz nenhum sentido, sob a falsa premissa de se evitar futuras nulidades, que o ato da citação seja tomado com receio e temor em sua realização, especialmente quando em um grande número de casos a existência da demanda é, em um alto grau de certeza, de pleno conhecimento do réu e, a sua localização, também de fácil constatação: quem não paga aluguéis há mais de 3 meses deve esperar por uma medida judicial por parte do proprietário e, por força da relação de direito material, deve ser encontrado no imóvel que aluga, servindo a mesma ilustração para o caso de dívida condominial; um banco, certamente em sua matriz, possui pessoal especializado para encaminhar uma correspondência vinda do fórum ao seu departamento jurídico; salvo prova em contrário, a esposa reside com o marido e, caso um deles receba uma carta de citação em nome do outro, é dever conjugal compartilhar essa informação. E daí segue uma infinidade de outros exemplos.

Na medida em que se desmistifique a *fase operacional* da citação, é possível que se permita – talvez inicialmente de forma facultativa – que o advogado fique encarregado de atuar ativamente para a sua concretização²¹⁰, produzindo a carta de citação nos termos previamente estabelecidos e sob a forma de modelos criados para esse fim e a encaminhando via postal ao réu, da mesma maneira como hoje é efetuado pela serventia do juízo.

²⁰⁹ Sobre o assunto em específico, Roque Komatsu e Milton Sanseverino, *A citação no direito processual civil*, esp. pág. 54 e ss. e, mais recentemente, a monografia de André de Luiz Correia, *A citação no direito processual civil brasileiro*, esp. Cap. 5, pág. 98 e ss.. Sobre a citação, em geral, não se pode deixar de consultar a obra já mencionada (*supra*, 3.2, nota 165) de Lopes da Costa.

²¹⁰ Vale, ainda, citar que as experiências dos processos no “fóruns digitais” da Capital apontam para essa desmistificação da citação. Mediante cadastro prévio, as concessionárias de serviços públicos – que concentram grande número de pleitos ligados aos direitos de seus consumidores – já estão recebendo a citação por via eletrônica, conforme estipula o novel inciso IV do artigo 221. Assim, uma grande quantidade de ações têm recebido trâmite mais célere e, especialmente em virtude da tipicidade da causa, produzido um percentual de acordos acima da média, propiciando “inclusão judicial” além da devida pacificação social.

Por fim, para que não se diga que o mandado de citação deveria necessariamente ser assinado pelo juiz, é preciso que se lembre que o inciso VII do artigo 225 determina que ele seja assinado apenas pelo escrivão, com a declaração de que o subscreve por ordem do juiz, o que permitiria estender tal faculdade ao advogado que, se não possui fé pública, poderia o fazer pela fé do grau detido e o respeito ao artigo 133 da Constituição Federal.

6 – Atuação do advogado para a *desjudicialização* de causas

As tão incensadas ondas renovatórias do processo se detiveram – e ainda se detém – no estudo da ampliação do “acesso à justiça” sempre gravitando em seu significado genérico, ligado à igualdade de acesso a todos os jurisdicionados (acesso ao processo) e à produção de resultados justos segundo as características individuais²¹¹.

Todavia, sem diminuir sob qualquer circunstância o mérito destes estudos, a ampliação de acesso à justiça em um sistema processual deficiente acarreta uma sobrecarga que acaba por anular o benefício pretendido. Ou seja, ao propiciar o alcance da máquina pública de resolução de conflitos a um número maior de pessoas, caso a dita máquina não comporte quantitativamente essas causas, cria-se um sistema ineficiente e que ocasiona mais descontentamento ao jurisdicionado do que se ele não pudesse exercitar sua litigiosidade contida.

Por outro lado, a sugestão e o estímulo à criação de *meios alternativos de solução de conflitos* (comumente designados *ADR*, acrônimo do termo em língua inglesa, *alternative dispute resolution*) envolvem, via de regra, a utilização de procedimentos mais simples ou julgadores mais informais²¹², todavia sem mitigar o uso de uma estrutura pública e com um exagerado apego ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional pelo Estado.

Aliás, falando em princípios, é preciso esclarecer que a adoção de meios alternativos para solução de conflitos não fere nem o princípio da inafastabilidade da jurisdição e nem outros a ela afeitos, como o do juiz natural, o do duplo grau de jurisdição, o da garantia da autoridade competente e nem mesmo o *due process of law*. Isto, porque o

²¹¹ Este significado é dado por Cappelletti e Garth, em *Acesso à Justiça, cit.*, pág. 8.

²¹² *Op. cit.*, “Imaginando métodos alternativos para decidir causas judiciais”, esp. pág. 81.

princípio da autonomia da vontade neste caso se sobreporia a todos eles, quer no sentido de permissão a que os cidadãos envolvidos em um conflito de interesses resolvam-no por si sós, quer pela permissão de que busquem auxílio de outrem para o encaminhamento das vontades no sentido do ajuste²¹³.

Desta forma, ainda que não se repila idéias ligadas aos *ADR's*, urge buscar *novas alternativas aos meios alternativos*²¹⁴⁻²¹⁵ de resolução de conflitos atualmente existentes. Especialmente pelo fato de que a implantação dos meios alternativos já conhecidos implica adaptação de soluções criadas, em sua maioria, no sistema de direito da *common law*, e que nem sempre refletem o espírito sócio-cultural vigente em nosso solo. Desta forma, uma *nova alternativa* é a proposta de meios em que haja o melhor aproveitamento da atuação profissional do advogado.

É muito interessante ter acesso à justiça. Mas também pode ser desejável *perceber* a realização da justiça sem ter de *ir à justiça*, ou melhor, sem a necessidade de se recorrer ao Poder Judiciário.

Para os limites de estudo do presente trabalho, em duas circunstâncias se observa que a atuação profissional do advogado pode contribuir para *desjudicializar* alguns feitos, cooperando com a redução dos processos encaminhados para o foro.

²¹³ Cfr. Sidnei Agostinho Beneti, “Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade”, *Revista do IASP*, n. 9, ano 5, esp. pág. 108.

²¹⁴ E por que não buscar um meio *alternativo* aos *ADR's* conhecidos? Fato é que, dada a complexidade da normatização e sistematização dos *ADR's*, eles só são considerados *alternativos* porque o *principal* é o processo formal perante o Poder Judiciário e é *principal* pois é o mais utilizado e originariamente implantado. Nesta brincadeira semântica, os *ADR's* seriam os meios *alternativos principais* e novas propostas surgiriam para meios *alternativos alternativos*!

²¹⁵ Vale a pena uma pequena digressão a respeito da “nova” modalidade de consignação em pagamento trazida com a primeira leva de reformas do Código de Processo Civil, pela lei 8.951/1994, que criou a *consignação em pagamento extrajudicial*, uma vez que permite ao devedor evitar a mora efetuando o depósito da quantia devida em estabelecimento bancário independentemente de processo judicial. Criou-se um verdadeiro meio alternativo a partir da simples desmistificação da necessidade de judicialização de um corriqueiro ato de direito material, consistente no pagamento de uma obrigação ante a recusa/impossibilidade do credor em receber.

Primeiramente, nos casos em que não haja conflito de interesses e a utilização do judiciário se dê apenas como forma de fiscalização de interesses privados, derivando esta necessidade de literal disposição de lei, o que normalmente ocorre nos processos da chamada jurisdição voluntária (em oposição à jurisdição contenciosa). Em segundo lugar quando, existindo um conflito de interesses, ele se demonstre com grande potencial de resolução extra-judicial, passível de ser atingida pela atuação do advogado como um conciliador.

Certos conflitos, necessidades ou direitos são trabalhados com maior facilidade e produzem melhores resultados quando se mantêm nos limites privados. Muitas vezes, o *fator tempo* é determinante para a decisão de um indivíduo em optar ou não pelo litígio judicial, e somente uma solução que se apresente concretamente mais célere poderá contar com a sua adesão.

Por derradeiro, para que as idéias aqui apresentadas se aproximem mais do nosso real sistema de direito e não se restrinjam a um sistema tido como *ideal*, é possível se dizer que na medida em que efetivamente se transponha a *primeira onda* do movimento de acesso à justiça (que teve como mote a assistência judiciária para os financeiramente desprovidos) e uma vez que a advocacia pública nacional desempenhada pela Defensoria Pública esteja em pleno funcionamento, torna-se possível o *acesso ao advogado*, o que lhe complementa e fundamenta.

6.1 – A jurisdição voluntária

A intromissão do poder Estatal na concretização de negócios jurídicos é percebida normalmente na mesma proporção da importância que o próprio Estado atribui a tais negócios. Em um primeiro plano, a legislação cuida de normatizar as condutas e os

negócios no plano do direito material. Todavia, quando a relevância da matéria – segundo os critérios adotados pelo Estado – torna-se maior, passa a existir a necessidade de uma maior interferência, condicionando a passagem de tais negócios por órgãos de jurisdição para que eles possam produzir os seus devidos efeitos.

É o fenômeno que se observa no que a doutrina costuma denominar como jurisdição voluntária, cujo termo teve origem no texto de Marciano encontrado no *Digesto* (livro 1, título 16, fragmento 2)²¹⁶; no entanto, o transplante ocorreu muito mais pelo fato de que a passagem apresenta a dicotomia contenciosa/voluntária, do que o conjunto de preceitos lá apontados²¹⁷. Assim, seguiu o termo para o direito comum e a doutrina não cuidou por melhor lapidar a expressão, especialmente porque o uso deste critério objetivo para distinguir as duas formas de atuação judiciária era de grande conveniência pela simplicidade. Infelizmente tudo isto redundou em dificultar a conceituação desta categoria de atos, tendo bastante contribuído a imprecisão da própria expressão.

Exemplo maior está em nosso Código de Processo Civil, que no primeiro artigo anuncia que a jurisdição civil está dividida nestas duas categorias e, pior, que seriam ambas exercidas pelos juízes. Tal é a situação que por vezes a doutrina estrangeira não consegue notar que se trata apenas de uma imprecisão contida em nossa legislação²¹⁸. Desta

²¹⁶ “*Marcianus 1.1 institutionum. Omnes proconsules statim quam urbem egressi fuerint habent iurisdictionem, sed non contenciosam, sed voluntariam: ut ecce manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi et adoptiones fieri*”, cfr. P. Bonfante, C. Fadda, et alli, *Digesta Iustiniani Avgvsti*, p. 51.

²¹⁷ Ademais, a denominação de *iurisdictio voluntaria* é entendida como fruto de interpolação, sendo pós-clássica e ingressando no direito intermédio por glosas que buscavam distinguir a jurisdição *inter volentes* da exercida *inter nolentes*: “*contentiosa dicitur quae redditur in invitum, voluntaria vero dicitur quae inter volentes tantum*”, conforme informa José Frederico Marques, (*Ensaio sobre a Jurisdição Voluntária*, §12, p. 149 e ss.). Em síntese, tentava-se distinguir uma da outra pela existência ou não de controvérsia entre as partes envolvidas.

²¹⁸ Cfr. Othmar Jauernig, em “Problemas de qualificação da jurisdição voluntária: judicatura – administração; ato estatal – negócio jurídico privado”, *Revista de Processo*, n. 39, p. 39 e ss.. O doutrinador alemão afirma que a multivariada de objetos do processo torna impossível, no Brasil, fixar uma característica oníabrangente e exata da jurisdição voluntária chegando à conclusão que “*à jurisdição voluntária pertencem as questões a ela expressamente atribuídas, além dos assuntos delegados aos juízes da jurisdição voluntária, bem como aqueles que devem ser dirimidos de acordo com as normas processuais da jurisdição voluntária*”. Mas o pensamento

maneira, a conceituação da “jurisdição voluntária” não pode ser tomada apenas nos termos da dicotomia contenciosa/voluntária.

Além disso, na doutrina prevalece o entendimento de que a “jurisdição voluntária” cuida da *administração pública de interesses privados*²¹⁹, indo ao encontro da idéia de interferência exercida pelo Poder Estatal nos negócios jurídicos que, aos seus próprios critérios, seriam mais relevantes do que outros. Com isto, ficaria esvaziado o caráter jurisdicional da “jurisdição voluntária”²²⁰.

Discussão semântica à parte, o fato é que boa parte das querelas doutrinárias versou sobre a existência ou não de atividade jurisdicional na “jurisdição voluntária”. Em apertada síntese, observando o produto histórico dos debates é possível vislumbrar três grandes correntes doutrinárias: (1) a que não admite a existência de atividade jurisdicional, considerando-a como função administrativa²²¹, (2) a que considera como função efetivamente

também toma por base a facilidade que se observaria no Brasil para a conceituação do tema, visto que no artigo 1º do CPC, o legislador definiu que a jurisdição voluntária pertenceria ao juiz. Acrescente-se que o artigo foi redigido justamente pela fato de Alfredo Buzaid ter apresentado o tema em um congresso na Alemanha em setembro de 1983.

²¹⁹ Ou melhor, administração pública do direito privado, expressão cunhada por Guido Zanobini, cfr. *Corso di diritto amministrativo*, vol. V, p. 173., em obra de 1936 (vide tb. Piero Calamandrei, *Instituciones de derecho procesal*, § 23, esp. nota de rodapé da pág. 113, indicando o artigo de Zanobini de 1918).

²²⁰ “*Non è volontaria nè giurisdizionale*”, é o que se extrai do pensamento de Lodovico Mortara que afirma que “non è dunque esatto il definire la giurisdizione volontaria, od onoraria, come quella che si esercita *inter volentes et consentientes absque forma judicii*” pois a intervenção do magistrado é uma necessidade imposta pela lei (*Manuale della procedura civile*, vol. I, n. 33, esp. pág. 46). Esta expressão é comumente utilizada na doutrina, especialmente entre os que defendem a teoria administrativista pois, com alguma razão, mesmo os defensores da teoria jurisdicionalista não conseguem rebater com contundência esta ponderação terminológica. É ainda oportuno para esta nota de rodapé a transcrição a acepção contida no *Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa*, “Voluntário – adjetivo, 1. que não é forçado, que depende da vontade ou é controlado por ela; espontâneo; 2. que se pode optar por fazer ou não; 3. que age apenas segundo sua própria vontade; caprichoso, voluntarioso”

²²¹ Entre tantos da doutrina estrangeira, Giuseppe Chiovenda, *Instituições de direito processual civil*, vol. II, n. 142; Piero Calamandrei, *Instituciones...*, §23, p. 191 e ss.; Jaime Guasp, *Derecho Procesal Civil*, esp. Cap. 6, pág. 91 e ss.; Eduardo Couture, *Fundamentos...*, p. 45. Na doutrina pátria, Moacyr Amaral Santos, *Primeiras linhas de direito processual civil*, vol. I, ns.51 e 53, p. 76 e ss., notando fortemente a influência de Chiovenda; Cândido Dinamarco *et alli*, *Teoria Geral do Processo*, n. 79, p. 162; Cândido Dinamarco, *Instituições*, vol. I, n. 123, p. 315; Arruda Alvim, *Manual de direito processual civil*, vol. I, n. 57, p. 218 e ss.; José Frederico Marques, *Ensaio...*, *cit, passim*, e *Manual de direito processual civil*, vol. I, §12, n.62, p.82, este com claros caracteres da influência de Carnelutti; Frederico Marques ainda cita (§5º, n. 1, nota de rodapé 6, p. 65) como seguidores da teoria: na Itália, Liebman, Sérgio Costa, Coniglio, Messina, Zanzucchi, Allorio, Pavanini e Betti;

jurisdicional²²² e (3) a que não acredita ser possível a catalogação nem como atividade jurisdicional nem como administrativa, sendo gênero à parte²²³.

Ocorre que os argumentos a favor da tese de que na “jurisdição voluntária” não há atividade jurisdicional são os mais convincentes.

Primeiramente, é de se dizer que na “jurisdição voluntária”, fica límpido o interesse do Estado em tutelar direitos subjetivos, sendo que o conceito de jurisdição determina que a tutela desses direitos seja mero reflexo da atuação da norma. Em segundo lugar, o princípio dispositivo não se aplica à voluntária, na qual imperam os poderes inquisitivos do juiz, mas é um elemento essencial da jurisdição contenciosa. Somado a isso, naquela não se produz o efeito essencial da jurisdição verdadeira, que é a coisa julgada. A discricionariedade, que é uma característica marcante dos atos administrativos, está presente na jurisdição voluntária, pois o juiz, atuando neste âmbito como um administrador de interesses, decide com base em critérios de oportunidade e conveniência. E, ainda, a atividade do juiz, eminentemente secundária e substitutiva na atividade jurisdicional, não pode ser assim classificada, pois nos feitos de “jurisdição voluntária” o interesse do Estado impõe ao indivíduo que sua resolução se dará exclusivamente pela via judiciária, mesmo que não haja litígio, o qual também caracteriza um pressuposto da jurisdição e que pode não ocorrer nestes casos.

na França, Japiot, Morel, Brullard e Duguit; na Argentina Alsina e Lascano; na Espanha, Preito Castro; em Portugal, José Alberto dos Reis; e também no Brasil os mais antigos Lopes da Costa, Gabriel Rezende Filho, Bonumá, Pedro Batista Martins, Seabra Fagundes, Machado Guimarães e Pontes de Miranda.

²²² Principalmente na Itália, cfr. Francesco Carnelutti, *Istituzioni...*, vol. 1, n. 3 e Gian Antonio Micheli, *Corso di diritto processuale civile*, n. 22, pág. 77 e seguintes e na Alemanha, tendo seu maiores expoentes em Adolf Schönke, *Derecho Procesal Civil*, trad. espanhola, p. 59 e Otto Mayer, *Derecho administrativo alemán*, vol. I, p. 8 e ss.. José Frederico Marques, *op. cit.*, p. 73 e ss, colaciona também, Antonio Visco, Ferdinando Umberto di Biasi, Galiani e de Marini na Itália, Roger Merle, na França e Ramiro Podetti na Argentina.

²²³ Corrente minoritária, abraçada na doutrina italiana por Elio Fazzalari, *Istituzioni di diritto processuale*, e em solo pátrio por Celso Neves, esp. na obra *Cosa julgada civil*.

Também é importante ressaltar que, em alguns casos, as atividades desenvolvidas no âmbito da “jurisdição voluntária” são marcadas por um paralelismo a outras atividades atribuídas a órgãos administrativos. Um exemplo clássico é o casamento, que se constitui perante o “juiz de paz” nos cartórios de registro civil e deve ser desconstituído com a utilização de um processo perante a jurisdição (atualmente o exemplo fica enfraquecido frente a possibilidade trazida pela lei 11.441/2007, que permite, em alguns casos, a dissolução do casamento por separação ou divórcio mediante escritura lavrada em tabelião de notas).

Como último argumento para a defesa da falta de atividade jurisdicional nos eventos da jurisdição voluntária, é possível verificar o seu eminente escopo constitutivo, pois os atos desenvolvidos sob sua égide têm por objetivo a constituição de estados jurídicos novos, conquanto a jurisdição pura visa à atuação de relações já existentes.

De mais a mais, não se vê necessidade de maior digressão acerca deste assunto, o que extrapolaria os limites do presente estudo. É fato que existem feitos que se enquadram no que vulgarmente se denomina jurisdição voluntária e que estes feitos colaboram para o inchaço da máquina judiciária. Assim, dadas suas características, é possível que sejam analisados de forma a justificar o seu afastamento (pelo menos em alguns casos) da alçada estatal de solução de controvérsias.

Desta forma, com os argumentos declinados, somados às particularidades observadas na atuação prática do advogado para o desenvolvimento de alguns procedimentos de jurisdição voluntária, é possível que se aceite que certas causas deixem de passar pelo sistema judiciário para que possam produzir os seus devidos efeitos. Ou melhor, o raciocínio ora trazido torna evidente que a passagem de ditas causas pelo judiciário nada lhes

acrescenta, a não ser uma inócua *chancela pública*, que tem um alto custo em contrapartida ao tempo despendido para sua obtenção.

Com o cuidado de não propor a extinção da passagem de todos os feitos considerados atualmente pertencentes à jurisdição voluntária, existe a real possibilidade de se aceitar o afastamento de alguns, como atualmente já se verifica, após a entrada em vigor da lei 11.441/2007.

6.1.1 – Proposta: suficiência do advogado em certas causas consensuais

A lei 11.441, de 4 de janeiro de 2007, trouxe a possibilidade de que inventários, separações e divórcios consensuais sejam realizados extra-judicialmente, permitindo que os envolvidos, assistidos pelos seus advogados, efetuem ditos atos perante um tabelião de notas, lavrando-se escritura pública. Em poucas palavras, a permissão abrange os casos em que haja pleno consenso das partes, não estejam envolvidos interesses de menores de idade e inexistir disposição testamentária.

A exposição de motivos do projeto que originou o mencionado diploma traz a justificativa de que não existem motivos de ordem jurídica, lógica ou prática para que “atos de disposição de bens, realizados entre pessoas capazes, tais como os supra citados, devam ser necessariamente processados em juízo, ainda mais onerando os interessados e agravando o acúmulo de serviço perante as repartições forenses”²²⁴.

²²⁴ Marcelo José Magalhães Bonício traz as suas considerações sobre o assunto, em artigo elaborado logo após a promulgação da citada lei, indicando especialmente a impropriedade de a justificativa se fundar em “atos de disposição de bens”, uma vez que a separação e o divórcio envolvem, mais do que bens, a dissolução de uma das mais importantes instituições da sociedade, que é o casamento (“Reflexões em torno da realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual através de escritura pública (lei 11.441/2007)”, *Reflexões sobre a reforma do código de processo civil*, esp. pág. 232-233).

A bem da verdade, se esta constatação do legislador parece não levar em conta o que foi exposto um pouco acima sobre a existência da intromissão do poder estatal na esfera privada na proporção da importância que o próprio Estado atribui aos negócios a serem realizados pelos particulares, todavia, ela reflete o entendimento de senso comum de que não mais se justifica uma interferência estatal quando suas consequências em relação à rapidez dos atos pretendidos não compensam o fator de segurança que se deseja a eles imprimir. Aliás, não existem apenas esses dois fatores (rapidez e segurança) e, também, não estão eles ligados entre si em uma relação dicotômica e inversamente proporcional. Pode sim existir um procedimento rápido e seguro, além de um que seja mais lento e ainda assim inseguro²²⁵.

Nesta esteira, tudo o que envolva partes maiores, capazes, livres de coação e que estejam em comum acordo deve ser ao máximo afastado do sistema judicial estatal, bastando que estejam envolvidos na sua concretização um advogado e, em certos casos, um órgão público de fiscalização de maior ou menor complexidade (desde um simples tabelião, que revista o ato de formalidades publicísticas, até um membro do Ministério Público, em momentos mais delicados).

Conforme o advogado veja retomada a sua importância como entidade ativamente participativa da distribuição de justiça, paulatinamente será possível uma redução do controle estatal sobre os negócios particulares. Além do mais, sabidamente, é possível a realização de atos extra-judiciais revestidos de um mínimo de formalidades que garantam a estabilidade do negócio realizado. A concretização de negócios com a participação e assistência do advogado – e com a fiscalização de um órgão ou repartição pública, segundo a

²²⁵ Ou ainda melhor, nem sempre é necessário que haja uma cognição plena e exauriente (aqui, fator segurança) dos fatos constitutivos do direito material afirmado para que se alcance a distribuição de justiça, pois em muitos casos isso não se justifica, podendo a pacificação ser alcançada com *menos atividade e menos esforço* (cfr. José Roberto dos Santos Bedaque, *Tutela cautelar e tutela antecipada...*, cit, esp. pág. 23).

conveniência – é fator que propicia uma alta segurança, bastante a satisfazer os princípios almejados pelo Estado.

Causas envolvendo uma regularização registral, seja de um assento civil, seja de um assento imobiliário, mesmo não existindo litígio, atualmente devem passar pelo Poder Judiciário. Exemplos surgem aos montes: retificação de registro de nascimento, por conta da incorreção ortográfica, especialmente nos casos dos imigrantes italianos do século passado; retificação de registros para inclusão de patronímicos omitidos; retificação de registros imobiliários com diferença de área, oriundos da mudança do sistema transcrição/matricula ocorridos com a entrada em vigor da “nova” lei dos registros públicos; ações de usucapião “retificadoras”.

O procedimento sub-rogação das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas aos bens recebidos por atos de liberalidade, permitido pelo direito material no parágrafo único do artigo 1.911 do Código Civil e considerado como um procedimento especial de jurisdição voluntária nos termos do inciso II do artigo 1.112 do Código de Processo Civil, poderia muito bem ser efetuado perante os cartórios de notas caso não envolvesse o direito de menores e incapazes.

Um outro exemplo de que o advogado pode ser bastante para evitar o ingresso com um procedimento judicial – ainda que neste caso haja uma pequena conotação litigiosa – está na consignação em pagamento, especialmente quando este pagamento se refira a entrega de coisa. A lei 8.951/1994, que entre outras mudanças alterou o artigo 890 do Código de Processo Civil, implantou a modalidade extrajudicial da consignação em pagamento para os casos de obrigações em dinheiro, facilitando assim o procedimento de depósito e “intimação” do credor. Neste sentido, poderia ser inserida a participação do advogado nos casos em que a

consignação envolva a entrega de coisa móvel, com o mesmo intuito de facilitar o depósito e a conseqüente intimação do credor.

Não bastasse o exemplário arrolado, ainda como demonstração da suficiência do advogado para o gerenciamento de algumas causas consensuais, temos a previsão legal que considera como título executivo extra-judicial o documento particular no qual compareceram e assinaram duas testemunhas (art. 585, II, CPC).

Ao passo que a elaboração de documentos com conteúdo jurídico é prerrogativa do advogado e esta atividade não ocorre exclusivamente com a produção de contratos, é franqueado ao advogado preparar outros documentos de acerto pressupondo a existência de um conflito de interesses, mas ainda se encontre em estágio incipiente. Tal circunstância está diretamente ligada a atuação do advogado no papel de conciliador de interesses e será objeto de análise mais à frente.

Por fim, é preciso dizer, ainda que de passagem, que devemos repensar a adequação da jurisdição voluntária em vista das necessidades sociais de nosso tempo presente, pois uma visão do processo civil pela perspectiva histórica demonstra que alguns conceitos e certezas paulatinamente se modificam com o passar do tempo, não se podendo esquecer que, perante o processo romano, a tortura – *quaestio* – era tida como meio de prova absolutamente legal encontrando-se inúmeras previsões no *Digesto*, tendo vigorado no direito medieval ocidental como prática instrutória regular no processo, o que poderia soar como verdadeiro absurdo nos dias atuais²²⁶.

²²⁶ Este é um dos exemplos com que José Rubens de Moraes (*Sociedade e verdade – evolução histórica da prova*, esp. pág. 211 e ss.) ilustra sua laureada tese, demonstrando que as características de uma certa sociedade e seu momento histórico são fatores determinantes para a composição e aceitação do direito vigente em uma dita época.

6.2 – O advogado como conciliador

Quando se traz à baila o termo “conciliação” é importante fazer a distinção entre aquela que é efetuada judicialmente, normalmente ocorrida em audiência preliminar logo após a distribuição do processo, ou ainda no início de uma audiência de instrução e julgamento²²⁷, e a conciliação pré-processual, instrumento alternativo de solução de litígios.

Após a instauração de um processo judicial, ainda que o advogado se esforce para encaminhar a disputa para um consenso, há uma missão muito mais árdua, visto que a eclosão da litigiosidade latente faz com que os demandantes estejam menos propensos a ceder. Uma vez que além do objeto do processo em litígio devem ser somadas as custas e despesas relativas ao ingresso em juízo, uma conciliação imediatamente após a distribuição da ação fará com que uma das partes tenha que arcar com um *plus* pela decisão de se haver recorrido ao Judiciário.

Ocorre, também, mais um fenômeno quando se busca uma conciliação durante o curso de um processo: uma das partes, ou vence pelo cansaço, ou então torna-se mais obstinada em receber a decisão do juiz, já que “esperou o suficiente e pode esperar um pouco mais”.

Em um grande número de vezes, a prática mostra que a conciliação efetuada com a existência de um processo em curso leva a uma insatisfação de ambas as partes em um segundo momento, após a alegria em resolver o litígio; quase sempre relacionada ao serviço prestado pelo advogado, que então já não seria tão bom e eficaz. Entretanto, não se enveredará por esta forma de debate casuístico, pois não se objetiva neste trabalho conclusões baseadas no “achismo”.

²²⁷ Ou a qualquer tempo, pois *compete ao juiz tentar, a qualquer tempo, conciliar as partes* (art. 125, IV, CPC).

Quanto se parte para o estudo sobre o modelo da conciliação como método alternativo de solução de conflitos, realizada com vista a evitar o processo, percebe-se que esta abordagem é tomada com muita timidez pela doutrina, uma vez que ao se discutir a conciliação como método de distribuição de justiça, sempre se apontam métodos extrajudiciais que agregam, de certa forma, burocracia e um condão público para um ofício que necessita apenas de dois fatores: conhecimento jurídico atual e senso de equidade.

Os estudiosos do tema, vez por outra, sugerem a criação de juntas de conciliação, o uso de juízes de paz ou juízes leigos, comissões, multirões e uma outra série de projetos de nobres intenções. Sempre revestidos de uma roupagem pública e nem sempre com procedimentos rápidos e intuitivos.

Mais uma vez, repita-se, a valorização do advogado certamente permitiria imprimir uma nova conotação para a conciliação pré-processual. O advogado seria realmente tomado por “o primeiro juiz da causa”²²⁸, uma vez que é o porta-voz da sociedade²²⁹. Assim, os esforços na elaboração de métodos alternativos de composição poderiam ser canalizados para os já conhecidos, mas pouco desenvolvidos, estudos sobre mediação e arbitragem.

A conciliação está bem ajustada à índole do povo brasileiro, que necessita apenas de canais idôneos e respeitáveis²³⁰. Também é da cultura brasileira uma certa aversão às repartições públicas, ou mesmo locais de atividades públicas como fóruns e juizados²³¹. É

²²⁸ Inspirado pelas palavras de Salvatore Satta: “E come il giudice diventa o può diventare collegio, e accanto al giudice appare o può apparire il consulente tecnico, così la parte si moltiplica in una serie di soggetti, procuratore, avvocato, consulente (per non parlare del testimone, nella sua vera, originaria funzione): si direbbe che l’azione per sovlgersi in giudizio debba filtrare attraverso una serie di esperienze, e quindi sostituzioni, ultima delle quali è quella del giudice. Questa del procuratore è la prima e effettiva sostituzione della parte”, *Commentario al codice di procedura civile*, art. 82, esp. pág. 276. Se todos (juiz e parte) podem ser vistos pelos seus diversos prismas, por que também não o advogado?

²²⁹ Expressão utilizada por Walter Ceneviva no artigo “Advocacia e poder judiciário”, na *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, n. 0, ano I, esp. pág. 192.

²³⁰ São palavras de Ada Pellegrini Grinover, em *Conciliação*, esp. n. 4.

²³¹ Esta mesma constatação foi apresentada em um estudo inglês conforme aponta Mauro Cappelletti e Bryant Garth no seu *Acesso à Justiça*, cit., esp. pág. 24.

preciso, apenas, que se passe a acreditar mais na capacidade jurídica do advogado, na mesma medida em que ele tem responsabilidade pelo serviço que presta.

Partindo do estabelecido nos artigos 447 a 449 do Código de Processo Civil, conclui-se que é concedido poder ao juiz para conciliar as partes quando o litígio versar sobre direitos patrimoniais de caráter privado e em causas de família onde se consentir transação. Caso seja frutífera a atuação do juiz, reduz-se o acordo a termo e, homologado, terá valor de sentença.

Todavia, este poder conciliatório não é prerrogativa exclusiva do juiz uma vez que a lei prevê, ainda que por via transversa, a homologação judicial de acordos efetuados diretamente pelas partes, *ex vi* do artigo 57 da lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099/95 e, em termos amplos, pelo inciso V do recente artigo 475-N do Código de Processo Civil, que relaciona como título executivo judicial o acordo extrajudicial de qualquer natureza, uma vez homologado judicialmente.

Desta forma, mais uma vez se reforça a atuação do advogado como agente de conciliação pré-processual, visto que também a ele incumbe dar contornos jurídicos ao avençado pelas partes, além de ser o detentor do *ius postulandi*, o que obriga as partes a utilizá-lo para encaminhamento do acordo para a homologação judicial.

Na medida em que cresça a busca pelo serviço consultivo²³² dos advogados, e que internamente as pessoas passem a aceitar que o profissional do direito é mais capaz para lhes indicar o enquadramento de seu desejo na ordem jurídica que lhe é imposta, podem eles servirem de conciliadores, uma vez que, em tese, só existe um direito em jogo, sendo ou

²³² Segundo informação de Paulo Luiz Netto Lobo, um levantamento efetuado pelo Conselho Federal da OAB em 1996 apontou que 31% dos inscritos no quadro de advogados afirmaram exercer a advocacia predominantemente extrajudicial (cfr. *Comentários ao Estatuto da OAB*, pág. 23). Pela data da pesquisa, imagina-se que haja uma defasagem e que este percentual possa ter subido.

apenas do consulente, ou apenas do adversário ou então proporcionalmente dividido, porém nunca totalmente de ambos, ao mesmo tempo.

Ilustrativamente, a consulta prestada pelo advogado para uma parte, será a mesma prestada à outra, porém com implicações inversas. Na medida em que ambas as partes aceitem as mesmas ponderações técnicas como corretas e possam confiar nelas como a expressão do direito em discussão – havendo apuro e habilidade do advogado – mais facilmente se alcança um acordo.

Neste ponto, é preciso ressaltar a postura ética que o advogado deve adotar, pois na tentativa de conciliar, acaba ele por ter contato com ambas as partes, eventualmente recebendo informações sigilosas. Em virtude disto, é impossível que o advogado patrocine a causa para qualquer das partes, posição que vai ao encontro do disposto pelo artigo 34 do Estatuto da OAB, que no inciso IV, diz constituir infração a captação de causas²³³.

Portanto, o advogado que se disponha a conciliar as partes, não obtendo sucesso, deve deixá-las livres para a contratação de outros profissionais que as assistam no procedimento litigioso.

²³³ O Tribunal de Ética da OAB/SP já firmou entendimento de que os advogados podem atuar como conciliadores e mediadores nos setores de conciliação implantados pelo Poder Judiciário. Todavia, ficam impedidos de advogar para as partes que participaram das sessões por eles presididas, as quais não logrem êxito no acordo. São algumas das decisões: Processos 3.444/2007, 3.357/2006 e 2.907/2004. Existe, ainda, a restrição de atuação no mesmo foro em que o advogado atua em questões de família e infância e juventude, dada a possível confusão que leigo pode inferir, relacionando o advogado-conciliador com a sua suposta proximidade com o poder de decidir.

6.2.1 – Proposta: incentivo à conciliação pré-processual

Partindo das premissas ora expostas, juntamente com a verificação da função que o advogado desempenha na administração da justiça, é possível concluir que ele, enquanto entidade personificadora da advocacia, tem sua atividade sub-aproveitada.

Fonte do saber jurídico, engrenagem imprescindível de um sistema que visa, mais do que a simples distribuição de justiça, ao encontro da paz social, tendo o advogado a capacidade de arrefecer os ânimos em conflito, conduzindo interesses originariamente opostos para um caminho comum e, estando legalmente prevista essa atuação, não é demais afirmar que há uma verdadeira capacidade jurídica ociosa em nosso sistema de direito.

Não é preciso a criação de norma para permitir que o advogado atue como um conciliador pré-processual, verificando-se, conforme visto no tópico anterior, que há previsão *de lege lata* para que isso aconteça. O que realmente é preciso, é incentivo.

A presente proposta não olvida nem menospreza os estudos doutrinários sobre a mediação²³⁴ como forma alternativa de resolução de conflitos no processo civil, mas justamente o contrário. Na medida em que se incentive a conciliação pré-processual e se avance a cultura de pacificação em contraposição a cultura da litigiosidade, mais facilmente se aceitará a utilização dos meios alternativos de resolução de conflitos como a mediação e mesmo a arbitragem.

Justamente por serem as técnicas de mediação e arbitragem atreladas a intrincados sistemas para sua implantação, é que o aproveitamento da capacidade técnica

²³⁴ Em estudo monográfico dedicado ao tema, Juliana Demarchi analisa profundamente o tema e faz proposta de implementação da mediação em nosso sistema de direito processual. Apresentando pesquisa minuciosa, a autora relata as experiências implantadas em varas da comarcas do estado de São Paulo e verifica as vantagens do sistema (*Mediação: Proposta de implementação no processo civil brasileiro*, tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP, *passim*). Sobre a mediação v. também John W. Cooley, *A advocacia na mediação* e Lília Maia de Moraes Sales, *Justiça e mediação de conflitos*.

ociosa dos advogados deve ser cogitado para tentativa da conciliação pré-processual, visto que de aplicação e sistematização relativamente menos complexa. Seria, assim, mais uma *norma de procedimento* para o atendimento de um cliente e a aceitação de uma nova causa, do que propriamente um novo ADR.

Não se deve, porém, tomar o incentivo da conciliação pré-processual como solução simplista para o problema da sobrecarga do Judiciário. Ela é, modestamente, uma alternativa a mais para a diminuição da litigiosidade encaminhada ao poder judiciário e que poderá trazer efeitos imediatos, além de permitir um crescente amadurecimento cultural sobre as técnicas alternativas de pacificação social. Especialmente em se tratando de uma controvérsia acerca de direitos disponíveis.

A opção natural de um indivíduo, quando ele se vê frente ao início de uma crise de direito material, é buscar a orientação de um advogado. Certamente, um bom profissional explana a situação ao cliente e, mesmo que a solução pareça encaminhada à disputa judicial, salvo raras exceções, ele não ingressará com qualquer medida sem antes contatar o adversário em uma primeira tentativa de composição. Por menores que sejam as despesas iniciais para o cliente ingressar em juízo, o “custo-tempo” de trabalho do advogado seria o fator para que ele mesmo tentasse evitar uma lide temerária, e, assim, efetuar um contato na busca de uma composição extra-judicial. Neste momento, o seu contato será não para se apresentar como advogado da parte contrária e sim como um representante de composição, buscando uma aproximação ou mesmo solicitando a indicação um profissional habilitado para que a controvérsia pudesse ser com ele discutida.

Este é o caminho natural que se depreende de um início de uma possível lide na quase totalidade das oportunidades. Não se deseja reinventar a roda. Cairia muito bem a divulgação por parte da Ordem dos Advogados do Brasil de uma campanha sobre a atuação

do advogado como agente conciliador privado. Uma vez que a própria OAB impõe enormes restrições à publicidade dos serviços advocatícios, seria de sua incumbência divulgar a possibilidade deste modo de atuação de seus membros. Mais do que cursos para a capacitação de mediadores, talvez um programa de palestras direcionadas ao incentivo da advocacia consultiva seria um bom início.

E que não se veja com isso – como é do característico entendimento do Tribunal de Ética da OAB sobre qualquer assunto – uma abertura para a irregular captação de causas por parte dos advogados menos ciosos de seus deveres. É perfeitamente compatível a atuação do advogado na força-tarefa da pacificação pela conciliação e os limites éticos impostos pelo código da profissão. Eventualmente, apenas um credenciamento seria suficiente para coibir a malversação desta proposta, porém, qualquer medida mais complexa do que esta poderia engessá-la.

Os advogados mais experientes e acostumados com o tema poderiam incentivar e persuadir seus colegas²³⁵ a conhecer mais e tentar encaminhar a controvérsia para uma composição amigável, possivelmente reunindo as partes e ambos expondo os prós e os contras daquela determinada demanda, todavia focalizando no próprio direito em questão.

Ademais, a natural inclinação de um ou outro advogado faria com que naturalmente se criasse uma especialização para esta atuação como se prescreve para a mediação e arbitragem²³⁶.

²³⁵ É a sugestão, em relação à mediação, que faz John W. Cooley, *op. cit.*, Cap. 1.5.1, pág. 37.

²³⁶ Uma nota curiosa é que no que diz respeito à mediação é controvertida a questão de quem poderia assumir essa função, se os próprios advogados ou se profissionais ligados a outras áreas como a psicologia, pedagogia ou sociologia (cfr. Lília Sales, *op. cit.*, pág. 84, e também Roberto Omar Berizonce, “Los medios alternativos de solucion de conflictos: bases para su implantacion”, esp. pág. 155). Pode parecer uma conclusão pueril, mas me afigura relativamente difícil imaginar um determinado indivíduo, frente a uma controvérsia de cunho jurídico cogitar a intervenção de outro profissional que não seja um advogado para dar início a sua resolução. Somente nas causas de família parece ser viável a passagem do casal pelo consultório do psicólogo antes de um

Ainda que abalizada doutrina estrangeira²³⁷ aponte argumentos contra as idéias de composição amigável, os quais nem sempre poderiam ser transpostos à nossa realidade, é certo que em nossa cultura está profundamente arraigado o brocardo “mais vale um mau acordo do que uma boa demanda”. É, pois, necessário que se estimule a composição, na medida em que neste caso a quantidade traz qualidade.

Do mesmo modo, não vale o argumento de que um desequilíbrio financeiro entre as partes poderia conduzir a produção de acordos menos interessantes àquele que seja menos dotado de recursos. A situação da nossa Justiça do Trabalho serve de exemplo para demonstrar o que o excesso de paternalismo pode causar, obrigando as partes consideradas mais fortes a efetuar maus acordos para evitar piores demandas...

escritório de advocacia. Desta forma, se o primeiro “socorro” nestes casos é efetuado pelo advogado, porque não tentar a pacificação imediatamente?

²³⁷ V. Owen Fiss, “Contra o acordo”, em *Um novo processo civil*, pág. 121-152.

7 – Das diversas classes de advogados

Desnecessária divagação sobre o termo advogado e sua origem mas, indo direto ao ponto que se deseja, na cultura e no sistema brasileiro o termo advogado se refere ao profissional formado em faculdade de direito e habilitado no órgão de classe. Não é advogado o apenas bacharel em direito e não pode habilitar-se na Ordem dos Advogados quem assim não o seja. Neste sentido, uma vez formado e habilitado, será denominado “advogado” qualquer que seja atividade dentro da ampla gama existente. Apenas acrescentará um adjetivo ao termo: advogado cível, criminal, trabalhista, empresarial, comercial, e assim por diante.

Legalmente, há apenas uma classe de advogados (não me refiro às outras classificações, como público-privado ou pelas especialidades acima mencionadas), estando todos em um mesmo patamar. Notadamente pela inexistência de limitação numérica de inscritos, todo indivíduo que receber o diploma de bacharel em direito e for aprovado no exame da Ordem tornar-se-á advogado, ainda que (1) o mercado de trabalho não comporte este profissional e ele não exerça a profissão ou (2) ele não esteja efetivamente preparado para o desempenho da atividade nos padrões exigidos para um determinado mercado de trabalho.

Apesar disso, a própria prática forense (ou mesmo uma percepção de mercado) demonstra existirem diversas classes de advogados no desempenho das atividades judiciais em nosso país, nem mesmo sendo necessário entrar em discussão quanto aos critérios de competência profissional. Também não é o caso de apontar o foco para existência de uma grande quantidade de advogados generalistas, em uma era de crescente especialização dada à impressionante dinâmica com que surgem novas leis que por sua vez cuidam de “novos direitos”, o que permitiria a divisão entre os advogados que ameaham todos os tipos de

pequenas causas e aqueles que somente se dedicam às causas mais importantes e de um determinado assunto.

O fenômeno que se verifica na advocacia contenciosa hodierna e importa ao presente capítulo, está na existência de advogados que se dedicam a uma função específica dentro da sorte de atividades que compõem o arco de atuação perante o foro, especialmente aquelas não diretamente ligadas à articulação técnica do direito. Existem advogados que se voltam exclusivamente ao acompanhamento dos processos judiciais perante a serventia, assim como outros que somente atuam no comparecimento em audiências preliminares (estes, normalmente com a missão de não aceitarem a composição amigável). Outros advogados são *especialistas* no acompanhamento de prazos e produção de petições mais simples (juntadas ou pedidos de vista). Por fim – mas não se encerrando a lista ilustrativa – os que funcionam como fiscais de diligências tanto junto aos oficiais de justiça como aos peritos.

É possível que uma investigação científica sobre o assunto, com levantamento de estatísticas, pesquisas quantitativas e qualitativas e minuciosa análise do contexto social fomenta a produção de uma tese inteira abordando somente este tema. Todavia, dado que o fato salta aos olhos, é permitido que seja credenciado como *hipótese* e avaliado no contexto do presente estudo.

Em vista desta realidade, é aceitável afirmar que já existe uma subdivisão de classes na advocacia e, sem necessariamente criar uma separação de cunho discriminatório, uma vez que todos os atos praticados na atividade jurídica contenciosa têm a sua importância específica e compartilham o sucesso final, seria possível compatibilizar o exercício destas atividades consideradas menos nobres com a instituição de diferentes habilitações profissionais.

A função principal desempenhada pelo advogado na atuação forense exige que sejam realizadas diversas atividades paralelas que também implicam o domínio de uma boa dose de conhecimento jurídico. Porém, atualmente, todas estas atividades são restritas aos advogados (eventualmente ligadas a sua capacidade postulatória e às características inerentes à representação pelo mandato), diferentemente do que ocorre em algumas outras áreas, nas quais a formação acadêmica gradualmente vai permitindo a inserção profissional conforme aprofundem-se os estudos e se adquira conhecimento e experiência.

Jamais seria o caso de se propor a criação de um *curso técnico de direito*, ou simplesmente a de uma carreira profissional específica para o bacharel em direito não habilitado no órgão de classe²³⁸. Entretanto, é preciso buscar uma alternativa para compatibilizar o exercício destas atividades consideradas menos nobres com a formação e habilitação do profissional que as desempenha.

De nada adianta exigir uma formação completa em direito, se para a habilitação junto à OAB é preciso recorrer a cursos preparatórios para o exame de ordem, que pela própria intenção preparam o candidato para passar na prova e não para ser advogado; de nada adianta a carteira da OAB se não há mercado de trabalho ou interesse específico para o exercício completo das atividades, restringindo-se dito *advogado* às atividades paralegais.

Ou ainda, é possível notar a ausência de qualquer vantagem em se forçar uma habilitação para o desempenho de uma função para a qual há enorme demanda, cuja criação se dá apenas porque tal função é reservada aos advogados.

²³⁸ A Ordem dos Advogados do Brasil, em mais de uma oportunidade cogitou a proposta de estudo e regulamentação da atuação do *paralegal*, categoria formada pelos bacharéis em direito ainda não aprovados no exame de ordem. A Proposição 0040/2005/OEP, foi rejeitada na Sessão Ordinária do Conselho Pleno do Conselho Federal da OAB (1934ª Sessão, 76ª Reunião), de 14 de março de 2006, nos termos do parecer relatado pelo Conselheiro Cezar Ferreira, publicado na *Revista da Ordem dos Advogado do Brasil*, n. 82, ano 36, de jan-jun/2006. Desde então, e somadas às polêmicas trazidas quando das eleições para o comando da Subseção de São Paulo no mesmo ano, o assunto permanece adormecido.

Destes fatos nasce a necessidade de aceitação da existência de mais de uma classe de advogados. Eventualmente, por um outro prisma, é o caso de se admitir a existência de uma categoria à parte, nascida do fracionamento das atividades precípuas dos advogados.

7.1 – Proposta: uma nova classe profissional no direito: o paralegal

Uma vez que não há limitação quantitativa à habilitação de novos inscritos junto ao órgão de classe e que não se vislumbra em um curto espaço de tempo a diminuição do excessivo número de faculdades de Direito em atividade, a única forma possível de fazer com que o nível profissional dos advogados mantenha-se em patamares aceitáveis é a elevação das exigências de aprovação do exame de ordem, com um conseqüente aumento de seu nível de dificuldade.

Também devido à multiplicação dos cursos de direito, o nível do ensino jurídico em nosso país reduziu-se, a ponto de não se ter certeza se o baixo índice de aprovação no exame de ordem²³⁹ é em razão do aumento da dificuldade do teste ou se é em razão do declínio da capacidade dos candidatos.

²³⁹ No Estado de São Paulo, os últimos exames ficaram assim: Exame 136 (agosto/2008): Inscritos 16.594; Ausentes 590; Aprovados primeira fase 5.516 (34,51%); Aprovados segunda fase 2.918 (**18,23%**). Exame 135 (maio/2008): Inscritos 18.871; Ausentes 955; Aprovados primeira fase 5.237 (31,5%); Aprovados segunda fase 2.418 (**12,81%**). Exame 134 (janeiro/2008): Inscritos 24.827; Ausentes 1.008; Aprovados primeira fase 10.818 (45,4%); Aprovados segunda fase 6.950 (**29,17%**). Exame 133 (agosto/2007): Inscritos 17.871; Ausentes 616; Aprovados primeira fase 4.237 (30,43%); Aprovados segunda fase 2.848 (**15,9%**). Exame 132 (maio/2007): Inscritos 20.173; Ausentes 1.944; Aprovados na primeira fase 7.983 (43,79%); Aprovados na segunda fase 5.547 (**30,43%**). Exame 131 (janeiro/2007): Inscritos 28.195; Ausentes 1.116; Aprovados na primeira fase 5.984 (22,10%); Aprovados na segunda fase 3.825 (**13,56%**). Exame 130 (setembro/2006): Inscritos 19.644; Ausentes 984; Aprovados na primeira fase 5.999 (32,14%); Aprovados na segunda fase 3.016 (**16,16%**). Exame 129 (maio/2006): Inscritos 22.207; Ausentes 1.232; Aprovados primeira fase 2.873 (12,94%); Aprovados segunda fase 2.053 (**9,79%**). Exame 128 (janeiro/2006): Inscritos 28.331; Ausentes 949; Aprovados primeira fase 5.263 (19,2%); Aprovados segunda fase 3.128 (**11,4%**). Exame 127 (agosto/2005): Inscritos 17.978; Ausentes 463; Aprovados primeira fase 7.318 (41,8%); Aprovados na segunda fase 3.295 (**18,3%**). Exame 126

Sem enveredar pelo terreno movediço das discussões sobre a qualidade do ensino superior no país, é notório que, anual ou semestralmente, um grande número de pessoas recebe instrução acadêmica suficiente à prática de diversas atividades afeitas à advocacia, ainda que insuficientes para o exercício da profissão de advogado, *comme il fault*. E, mais do que um *estágio* – nos termos originais e no preciso sentido da função – muitos destes indivíduos necessitam de uma imediata e real inserção no mercado de trabalho.

Mesmo que se considere que o estágio é a forma de inserção inicial do futuro profissional do direito no mercado de trabalho, o fato é que, justamente pela sua essência, ele é temporário e deve encerrar-se concomitantemente com o curso superior. E, após o seu encerramento, é preciso que se siga a imediata habilitação profissional.

Entretanto, podem ocorrer duas situações que impossibilitem que o estagiário se transforme em advogado: ou ele não conclui o curso, mesmo já se tendo recebido grande parte da instrução ou, colando grau, não obtém sucesso imediato no exame de ordem. Em ambos os casos tal indivíduo possuirá largo conhecimento jurídico sem que lhe seja permitido utilizá-lo profissionalmente – pelo menos de maneira regular.

Na medida em que seja obrigado a se tornar advogado para não desperdiçar os cinco anos de estudo, o bacharel em direito buscará preparação para a aprovação no exame de ordem, relegando a segundo plano todos os esforços que possam aprimorá-lo para o exercício da advocacia. Via de consequência, será um advogado apto apenas para o exercício das atividades que já tinha capacidade prática antes da sua habilitação legal. E pior destino caberá àquele que não colou grau e definitivamente depositará todo o estudo no limbo.

(maio/2005): Inscritos 21.132; Ausentes 895; Aprovados primeira fase 2.475 (12%); Aprovados na segunda fase 1.450 (7,16%). Exame 125 (janeiro/2005): Inscritos 27.724; Ausentes 812; Aprovados na primeira fase 10.306 (38,29%); Aprovados na segunda fase 5.727 (20,65%). Fonte: Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de São Paulo.

Do mesmo modo, é possível que alguns estudantes ou profissionais já ligados ao direito não desejem optar pelo trabalho junto aos tribunais, por preferirem a atuação em funções mais administrativas em empresas ou escritórios de advocacia.

Desta forma, soa apropriado e vantajoso que se crie oficialmente uma nova classe profissional no direito que poderia ser intitulada de *paralegal*, aproveitando que é um termo já utilizado no meio jurídico, ainda que de forma imprecisa e genérica. Aliás, este termo foi importado incorretamente do direito norte-americano, sendo utilizado em nosso país para designar os profissionais de áreas administrativas com conhecimentos específicos em alguma área do direito e que compõem a estrutura de alguns grandes escritórios²⁴⁰.

Uma sistematização completa desta nova classe extrapolaria os limites desta tese, porém é possível que se tracem alguns contornos.

Primeiramente, convém frisar que a designação de uma nova classe profissional para realização de tarefas hoje realizadas pelos advogados não pressupõe a criação de um “advogado de segunda classe”, ou qualquer outra denominação pejorativa. Justamente o contrário, uma vez que é no presente momento que se visualiza a existência de “advogados de segunda categoria”, profissionais estes que se submetem às mais diversas situações para sustentarem suas atividades, aviltando a profissão²⁴¹.

A existência de outras categorias profissionais privadas no âmbito do direito não é novidade em outros sistemas estrangeiros. Para não ficarmos apenas com o paralegal

²⁴⁰ Cristiane Rabello Mendes faz algumas considerações de sua experiência com paralegal em artigo publicado no jornal Valor Econômico (02/09/2005), intitulado *Paralegalismo é nova profissão no mercado de trabalho*.

²⁴¹ Não bastassem também os inúmeros julgados do Tribunal de Ética da OAB, relatando/regulamentando o exercício concomitante da advocacia e outras profissões, das mais diversas. Fora o exercício do magistério, como classificar um advogado que nas horas vagas tem outra atividade e é, p. ex., corretor de seguros ou de imóveis? Ou dono de um “comércio”? A mera necessidade de um advogado buscar outras vias de sustento material demonstra que há algo de errado.

norte-americano, outro exemplo de recorrência é o solicitador²⁴², figura existente no direito português, a qual desde setembro de 2003 também recebeu desdobramento, sendo criado o solicitador de execução²⁴³. Este, por sua vez, foi claramente inspirado no *huissier*, figura existente no direito francês e também instituído na Bélgica, Luxemburgo e Holanda²⁴⁴. Em síntese, as funções do solicitador abrangem a prática de atos forenses ou perante outros serviços públicos como cartórios extrajudiciais que, exigindo conhecimento prático dos tribunais não requerem, no entanto, profundos conhecimentos jurídicos especializados²⁴⁵. Já os solicitadores de execução e, em geral, os *huissiers*, são encarregados da tramitação da execução em tudo o que não sejam atos especificamente jurisdicionais, os quais são necessariamente reservados ao juiz²⁴⁶.

Assim, em nosso sistema, o paralegal exerceria sua atividade conjuntamente com um advogado constituído para o processo e desempenharia as principais funções de gestão e acompanhamento dos feitos judiciais, porém somente as despidas de conteúdo técnico-jurídico. Controlariam prazos, acompanhariam diligências, manteriam contato com os clientes, instruindo-os do andamento processual e das principais questões em ocorrência em determinado momento. Teriam poderes de representação limitados às suas atividades, todavia poderiam constar dos instrumentos de mandato outorgados aos advogados do caso,

²⁴² Como referência inicial para o assunto e fonte para doutrina especializada em suas notas, dois artigos de Francisco Carneiro Pacheco Andrade, “O Mandato judicial e a intervenção processual dos solicitadores” esp. n. 3, pág. 343 e “Solicitadores e patrocínio judiciário – o mandato judicial”, esp. n. 1 pág. 135 e ss..

²⁴³ Sobre o solicitador de execução, Carlos Manuel Ferreira da Silva, “Um novo operador judiciário: o solicitador de execução – estatuto e funções”, *Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*, esp. pág. 513-533.

²⁴⁴ Abordando a experiência francesa, o Alexandre Mathieu-Fritz efetua um estudo sobre conotação social negativa da figura do profissional *huissier* na França, que é frequentemente representado de forma jocosa, em virtude da atividade que exerce estar ligada à execução das sentenças judiciais (“*Les représentations sociales de la profession d'huissier de justice*” pág. 491-517). Já a experiência na região dos Países Baixos é reportada por Francis Van Loon e Stephane Delrue, que demonstram o fluxo das causas de execução mediante análise estatística (“*L'huissier de justice et l'exécution des jugements par voie de contrainte. Une reconstruction empirique de la pyramide d'exécution en Flandre*”, pág. 413-423).

²⁴⁵ Cfr. João de Castro Mendes, *Direito Processual Civil: apontamentos das lições redigidas com a colaboração de um grupo de assistentes*, vol. II, esp. pág. 127.

²⁴⁶ Carlos Manuel Ferreira da Silva, *op. cit.*, pág. 514.

assim como ocorre hoje com os estagiários, podendo, inclusive, receber substabelecimento com reservas, naturalmente quanto aos poderes inerentes à função.

O paralegal se diferenciaria do estagiário, primeiro por necessitar de habilitação para o exercício de suas atividades, tal como ocorre com a advocacia; atualmente, para a inscrição do estagiário o único requisito é que ele esteja cursando o quarto ou o quinto ano do curso de direito. Em segundo lugar, pela essência da atividade, a função do paralegal profissionalmente tem fim em si mesma, enquanto que o estágio é uma preparação para a advocacia.

Em relação a este ponto, o benefício que a existência de uma profissão específica como a do paralegal pode trazer ao estágio é exatamente fazê-lo voltar ao verdadeiro ofício. Uma vez que o paralegal esteja desempenhando atividades outrora exercidas pelos estagiários e advogados, estes terão tempo de ensinar àqueles como *exercer a articulação do direito*. Dificilmente um advogado recém formado tem plena capacidade para atuar em um processo judicial, com a maturidade para produzir com excelência uma peça inicial ou contestatória, ou mesmo conduzir uma audiência de instrução e julgamento com o exercício de debates orais. A experiência forense demonstra que são raros os casos em que o advogado comparece ao fórum com “estagiário a tiracolo”. Eventualmente, o que se vê é o advogado “sênior” trazendo o advogado “júnior” como espectador.

A regulamentação desta nova categoria profissional, por óbvio, não caberia à Ordem dos Advogados do Brasil, a quem compete gerenciar a classe advocatícia²⁴⁷ e não outra, especificamente sendo suas finalidades indissociáveis da atividade de advocacia²⁴⁸. Entretanto, seria salutar que ela, visando à preservação em todos os sentidos da classe que

²⁴⁷ Cfr. Gladston Mamede, *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*, esp. Cap. 12, n. 3, pág. 401 e ss.

²⁴⁸ Cfr. Paulo Luiz Netto Lôbo, *Comentários...*, cit., pág. 233.

representa, se engajasse para burilar uma sistematização desta nova profissão, uma vez que afeita à advocacia, com o intuito de encaminhar ao Poder Legislativo algum projeto que colocasse o tema em debate.

Uma vez que a Ordem não possui competência para legislar, restaria a ela o dever de encaminhar sua manifestação no sentido de formatar os parâmetros desta nova classe profissional para que não haja conflito entre as atividades a serem desempenhadas pelo paralegal. Na medida em que essa nova categoria tome corpo – o que certamente se evidenciará com o tempo – provavelmente ela organizar-se-á sozinha e de modo natural, com vista a criação de sua própria ordem de classe, como ocorre, por exemplo, nos Estados Unidos da América, todavia, buscando a proteção de seus interesses autênticos, certamente contrapostos aos interesses da “classe dominante” dos advogados.

CONCLUSÕES

1) É possível abordar a função do advogado no processo civil com contornos teóricos, ligados à técnica processual e não simplesmente pelo prisma da prática forense. Ainda que o binômio “advogado-processo” normalmente force o estudo para o campo dos aspectos práticos da atuação do advogado junto ao foro, a presente tese foi construída com a análise teórica do direito, relegando os aspectos práticos do processo apenas às consequências extraídas da aplicação das propostas ofertadas na última parte.

2) A tese procura deixar claro, especialmente na primeira parte, o seu alinhamento com a visão publicista do processo, a teoria dualista e os demais estudos modernos da ciência processual. Mesmo diante disto, não é repellido o estudo da relação jurídica processual objetivando, em primeiro plano, o interesse privado oriundo da relação jurídica material. E é a existência deste interesse privado que traz legitimidade para o maior envolvimento do advogado na condução do processo. *É a legitimação pelo envolvimento.*

3) Sem afastar a jurisdição do centro da teoria processual, é possível dar ênfase à ação e à defesa buscando caminhos para evolução do direito processual com o intuito de produzir resultados justos e maior eficácia ao processo. Uma vez que o processo deve ser observado

como um método de trabalho, não há porque relegar a um segundo plano a ação e a defesa, tendo em vista que possuem a mesma relevância que a jurisdição. O estudo do processo, em uma visão dinâmica, demonstra que a colaboração entre todos os seus sujeitos é a melhor forma de atingir seus escopos principais e, reduzindo-se estes à essência, é possível dizer que a colaboração é o melhor modo de (1) as partes receberem a justiça e (2) o Estado cumprir o seu dever de adjudicação.

4) A existência dos ônus processuais, conferindo às partes a decisão por um ou outro caminho no processo, sem dúvida, é fator determinante para entender a existência de real poder de condução do processo pelo seu representante (advogado), uma vez que a dinâmica do processo está diretamente ligada à realização de atos pelas partes, sejam os indutivos, sejam os causativos. Estes, dão grande destaque à atuação das partes para a condução do feito, colocando o juiz no papel de fiscal da lei.

5) A condução do processo, quando analisada de forma mais ampla e sem qualquer conotação de disputa entre juiz e partes pelo papel principal, demonstra que a participação do advogado de maneira mais presente pode contribuir efetivamente para a melhoria da qualidade do processo no que diz respeito à celeridade e à justiça do provimento jurisdicional. Somente com o desapego à literalidade do artigo 125, *caput* do Código de Processo Civil isso é possível pois, caso contrário, somente pode ser aceito que o juiz é quem dirigirá o processo, o que se demonstrou incorreto. A análise apresentada confirma que, caso este entendimento seja levado ao extremo, somente nos sistemas em que o *case management*

esteja efetivamente em funcionamento, a direção do processo (travestida na organização cronológica) ficará à cargo do juiz, com exclusividade.

6) O termo “condução” subdividido nas duas categorias, *imediata* e *mediata*, conforme a relação de proximidade que o agente tenha com o processo, permite precisar os momentos em que partes ou juiz dão o impulso subsequente ao processo mantendo-o ativo e em andamento. A condução imediata, que é a efetuada pelo juiz, pode ainda ser subdividida em *vinculada* e *não vinculada*, o que serve para reforçar a tese de que a parte e o seu advogado são os verdadeiros orientadores do processo.

7) O princípio dispositivo e os estudos a ele relacionados, se outrora foram criticados com o intuito de aprimorar a participação do Estado-juiz no processo, também devem ser relidos para dar suporte a uma maior participação das partes na condução do processo civil. A vertente *Verhandlungsmaxime*, referindo-se à estrutura interna do processo e, assim, ligando-se aos ônus processuais impostos às partes, permite inferir que estas, ao exporem suas alegações e pretensões, impulsionam o processo e permitem que o juiz controle suas diferenças, garantindo o equilíbrio de forças entre si.

8) Ainda no tema “condução do processo”, sem negar nem mitigar os poderes instrutórios do juiz e sua atividade participativa no impulso subsequente do processo, fica evidenciado que ele, quando não está exercendo uma atividade predominantemente de *julgamento*, é o gerente do processo, com a missão de fiscalização. Fora disso, nada pode o

juiz fazer para acelerar o processo. Assim, o juiz-gerente brasileiro não se confunde com o *managerial judge* americano.

9) A cooperação entre as partes e o juiz é o modo mais eficiente de se aprimorar o processo civil no que diz respeito obtenção de um resultado mais rápido e, ainda assim, justo e equo. A observação histórica demonstra que nem a exagerada privatização do processo, com um juiz passivo, nem a sua igualmente exagerada publicização lograram êxito. Na medida em que o desenvolvimento doutrinário do passado recente apontou para o fortalecimento dos poderes do magistrado como forma de cooperação com o ativismo das partes, o momento agora é de retomada dos poderes do advogado para cooperar com o ativismo judicial. A existência de um juiz ativo não implica a existência de litigantes passivos e nem o contrário.

10) Dada a função pública exercida pelo advogado, é preciso que haja um movimento de valorização – ou retomada de valorização – da classe advocatícia. Muito embora, atualmente, haja clara distorção do verdadeiro papel do advogado junto ao processo, isso se deve mais ao sucateamento da Justiça, enquanto serviço público, do que efetivamente pela evolução do desempenho da profissão. A função pública do advogado ficou relegada aos dispositivos legais que regulamentam sua atividade e ao preceito incluído na Constituição. Isso somente contribuiu para a criação de uma cultura do *devido processo legal cumprido* na qual, uma vez não violados os principais princípios do direito, julgando o juiz o processo como determina a lei e estando bem representadas as partes, recria-se uma *legitimação pelo procedimento à brasileira*. Diante deste panorama, e muitas vezes em nome de valores

residentes em uma falsa premissa de proteção à igualdade de partes, limita-se o poder dos advogados na condução do processo sob a justificativa de que uma parte mais provida de recursos obteria melhores vantagens ou encaminharia o processo pelos seus interesses. Dado que a atividade do advogado não visa, nem pode visar, primordialmente ao interesse privado, é preciso que se afaste o excesso de temor com que são observadas as iniciativas de concederem-lhe mais poderes para sua atividade junto ao foro.

11) Algumas das propostas lançadas na tese demonstram que a concessão de mais poderes aos advogados, com a respectiva imposição de mais deveres (em sentido amplo), é suficiente para que, paulatinamente, a advocacia seja tomada com mais e mais respeito, retomando sua original posição. Hoje o nosso sistema de direito já conta com dispositivos que tratam da responsabilidade civil do advogado e que tratam da limitação do abuso do poder do advogado. Basta que se leve verdadeiramente à sério essa responsabilização para que se vejam os resultados.

12) É interessante que o advogado seja punido diretamente no processo em que esteja atuando em desacordo com as regras éticas ou, ainda, por ter incorrido em uma conduta tipificada como irregular, podendo ser o aplicador da sanção o próprio juiz do feito. Mesmo que de forma branda, a punição imediata é a mais apropriada e é a que produz melhor repercussão pública. Por se propor, inicialmente, que a punição se baseie em um eventual rol de condutas reprováveis, a sua aplicação pelo próprio juiz da causa não ocasionaria um desbalanceamento de poderes na relação jurídica processual.

13) É salutar a atuação do advogado contra a burocracia judicial como meio alternativo de se acelerar o ritmo do processo, ainda que as propostas lançadas na tese possam onerar financeiramente o serviço do advogado; um custo que será, conseqüentemente, repassado ao cliente. Frente à atual situação do sistema judiciário, que é precária, outras propostas mais radicais poderiam ser lançadas, tais como as que apontam para uma privatização do serviço judicial. Todavia, dada a quantidade de profissionais existente no mercado, não é possível aceitar que seja uma ofensa ao advogado realizar tarefas que não as predominantemente intelectuais. Seria uma hipocrisia a ser discutida na fila da agência bancária do fórum, longamente formada por advogados à espera do recolhimento de suas guias de custas...

14) Ainda que os estudos sobre o *acesso à justiça* não estejam totalmente esgotados é preciso que se pense em um movimento de *desjudicialização* de causas mediante o uso da atividade do advogado como forma de composição de interesses e alcance da pacificação social. Nos casos em que não há verdadeiro conflito de interesses e que a utilização do poder judiciário só se dá como meio de fiscalização de interesses privados e nos casos em que o potencial de resolução extra-judicial do conflito seja suficiente para que baste a intervenção do advogado, não há motivos para que as partes tenham que ingressar em juízo para receber a *sua justiça*. Uma vez que se transponha a *primeira onda* do movimento de acesso à justiça e que a advocacia pública (Defensoria Pública) esteja em pleno funcionamento, haverá o completo *acesso ao advogado* e, com a sua valorização, novos meios alternativos poderão ser colocados em prática, como nesta tese se propõem.

15) A prática forense demonstra o surgimento de uma nova classe de advogados, ligada às funções que alguns dos profissionais desempenham dentro do rol de atividades possíveis no arco de atuação perante o foro. Importado do direito americano, o termo que designa essa nova classe é o *paralegal*. Não se trata de discutir a capacidade ou competência de tais profissionais, nem mesmo a questão da sua especialização ou não em uma determinada área do direito. É importante que seja aprofundado o estudo em relação aos contornos dessa nova profissão, pois com isso é possível devolver ao período de estágio a sua verdadeira finalidade, que é ensinar o estudante de direito a ser um futuro advogado. Ainda que não caiba à OAB a sua regulamentação, este órgão deveria colocar o tema em debate, buscando preservar os interesses da classe que representa.

RESUMO

A doutrina acadêmica pouco cuida do estudo da atuação do advogado no processo civil, especialmente porque o tema produz imediata associação à deontologia da profissão forense ou, alternativamente, a discussão sobre os honorários advocatícios. O presente trabalho foge dessa associação e busca analisar os aspectos da atuação do advogado no processo civil como personagem ativo da condução do processo.

Se há pouco tempo lutava-se pela atuação e dinamismo do juiz para o alcance de uma melhor justiça e se, por meio das diversas reformas processuais, buscou-se o aumento da celeridade processual, agora é o momento da valorização do advogado para o aprimoramento desses dois aspectos.

O estudo tem por objetivo demonstrar que a valorização da advocacia como entidade indispensável à realização da justiça pode efetivamente contribuir para a melhora do processo civil, fornecendo esteio para obtenção da tão desejada *justiça justa e rápida*.

A tese se divide em três partes: inicialmente há uma releitura dos institutos fundamentais do processo que, sem repetir informações de conhecimento notório, demonstra a possibilidade de realce da *ação* e da *defesa* – institutos nos quais a participação do advogado se destaca – sem, contudo, retirar a jurisdição do centro da teoria processual. Na segunda parte, o termo “condução” é analisado com viés ampliativo, assentando o entendimento de que, de fato, não cabe somente ao juiz a direção do processo, pois se levada esta idéia ao extremo, somente haveria condução pelo juiz nos sistemas em que vigorasse o *case management*. Por fim, na última parte, o papel do advogado é colocado em pauta e, durante a exposição, são feitas propostas para o aprimoramento do nosso sistema processual civil.

Ainda que algumas das propostas possam ser factíveis apenas quando nosso sistema e nossa sociedade alcançarem um maior grau de maturidade, todas elas partem de pressupostos que podem ser colocados em prática de imediato.

ABSTRACT

The study of the lawyers' role in civil proceedings is poorly taken by the academic doctrine, especially because the matter in discussion is often associated to the ethics of the profession or, alternatively, to a discussion of the lawyers' fees. The present study disregards this association and tries to examine aspects of the lawyers' role in civil process as an active character on the procedure management.

Few years ago, the academic studies spent relevant time searching for the amplification on the performance and dynamism of the judge to reach a better justice and, after some changes on the procedure laws with the purposes of accelerating the procedures phases, now is the time for a recovery of the advocacy as a profession, based on which we will be able to improve these two aspects.

The purpose of the present study is to demonstrate the enhancement of advocacy, as a vital corporation to achieve justice, and how it can effectively contribute on the improvement of the civil procedure itself, providing grounds for the much desired "fair and quick justice" achievement.

The thesis is divided into three parts: first, there is a reassessment of the fundamental institutes of the process which, without repeating well-known information, demonstrates the ability to highlight *the action* and *the defense* - in which the participation of the lawyer stands out - without, however, withdrawing the jurisdiction from the center of the procedural theory. In the second part, the term "management" ("*condução*") is analyzed with enlarged bias, with the understanding that, in fact, the judge is not the only one responsible for leading the process. The reasoning is that, if this idea is led to the extreme, only in the systems where the *case management* exists the judge will be able to exclusively lead the process. Finally, the last part, the role of the lawyer is put in the agenda, and during the explanation, proposals are made to improve our system of civil procedure.

While some of the proposals may be feasible only when our system and our society achieve a greater degree of maturity, they all start from assumptions that may be put into practice immediately.

RIASSUNTO

La dottrina accademica poco si dedica allo studio degli atti di un avvocato in un processo civile, soprattutto perché il tema porta a un'associazione immediata alla deontologia della professione forense, se non a una discussione sugli oneri degli avvocati. Il presente lavoro fugge da questa associazione e cerca di analizzare gli aspetti degli atti dell'avvocato come personaggio attivo nella condotta di un processo civile.

Se fino a poco tempo fa si lottava per l'attuazione e il dinamismo del giudice per il raggiungimento di una giustizia migliore e se, grazie a diverse riforme processuali, si aspirava a un aumento della celerità processuale, adesso è il momento di valorizzare l'avvocato per il perfezionamento di questi due aspetti.

L'obiettivo dello studio è dimostrare che la valorizzazione dell'avvocatura come entità indispensabile alla realizzazione della giustizia può realmente contribuire al miglioramento del processo civile, fornendo ulteriore appoggio nell'ottenere la tanto desiderata giustizia 'giusta e rapida'.

La tesi si articola in tre parti: in primo luogo, c'è una rilettura degli istituti fondamentali del processo che, senza ripetere informazioni notorie, dimostra la capacità di evidenziare *l'azione e la difesa* – atti in cui si distacca la partecipazione dell'avvocato - senza tuttavia revocare la giurisdizione dal centro della teoria processuale. Nella seconda parte, il termine "condotta" ("condução") è analizzato con sguardo più ampio, rivelando chiaramente che, in realtà, non tocca solo ai giudici la direzione del processo, poiché se si porta questa idea agli estremi ci sarebbe solo il giudice a condurre nei sistemi in cui sia in vigore il case management. Infine, nell'ultima parte, il ruolo degli avvocati è messo in discussione e, durante l'esposizione, sono presentate proposte per migliorare il nostro sistema processuale civile.

Anche se alcune proposte saranno realizzabili solo quando il nostro sistema e la nostra società raggiungeranno un maggiore livello di maturità, tutte partono dal presupposto che possano essere messe in pratica immediatamente.

BIBLIOGRAFIA

ABDO, Helena Najjar. *Do abuso do processo*. Obra originalmente apresentada como dissertação de mestrado à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: RT, 2007.

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*. 6ª ed., vol II, Belo Horizonte: Forense, 1979.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudios de teoria general e historia del proceso (1945-1972)*. Vols. I e II. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.

ALMEIDA, Flávio Renato Correia. *Curso avançado de processo civil*. Em coop. com Eduardo Talamini e Luiz Rodrigues Wambier. Vol. I. 10ª edição. São Paulo: RT, 2008.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Direito judiciário brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. vol. 1, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 1980.

AMERICANO, Jorge. *Do abuso do direito no exercício da demanda*. São Paulo: Casa Vanorden, 1923.

AMIRANTE, Carlo. Para uma crítica das mudanças do direito entre pós-modernidade e globalização: o papel do advogado no sistema-mundo. *Revista do Direito da Fac. de Santa Cruz do Sul*. n. 21, jan-jun/2004.

ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco. “Solicitadores e patrocínio judiciário – O mandato judicial”. *Revista Scientia Iuridica*, vol. 51, n. 292, pág. 135-150. Braga: Universidade do Minho, jan-abr/2002.

_____. “O mandato judicial e a intervenção processual dos solicitadores”. *Revista Scientia Iuridica*, vol. 51, n. 293, pág. 325-346. Braga: Universidade do Minho, mar-ago/2002.

ANDRADE JÚNIOR, Joel de. Sobre a função social do advogado brasileiro no século XXI, em coop. com Hélio Rubens Batista Ribeiro Costa, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 6, n. 11, São Paulo, jan-jun/2003.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. “O processo civil no limiar de um novo século”. *Revista dos Tribunais*, n. 781, ano 89, pág. 51-70. São Paulo: RT, nov.2000.

_____. “Dar e receber quitação”. *Revista de Processo*, ano 28, vol. 111. São Paulo: RT, jul-set/2003.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Volume II. São Paulo: Forense, 1978.

ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. (em cooperação com Ada P. Grinover e Cândido Rangel Dinamarco)

ARAZI, Roland. *La prueba en el proceso civil*. 2ª ed.. Buenos Aires: La Rocca, 1998.

ARMELIN, Donaldo. *Legitimidade para agir no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 1979.

ARRUDA ALVIM NETTO, José Manoel de. *Manual de direito processual civil*. 7ª ed., vol. I, São Paulo: Editora RT, 2000.

_____. Resistência injustificada ao andamento do processo, *Revista de Processo*, ano 5, n. 17, pág. 13-24. São Paulo: RT, jan-mar/1980.

_____. “Deveres das partes e dos procuradores no direito processual civil brasileiro (a lealdade no processo)”, *Revista de Processo*, ano. 18, n. 69, pág. 7-20. São Paulo: RT, jan-mar/1993.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. *Direitos e deveres do advogado*. São Paulo: Saraiva, 1983.

BARBOSA, Antônio Alberto Alves. *Da preclusão processual civil*. 2ª edição, atualizada por Antonio Cesar Peluzo. São Paulo: RT, 1994.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Litisconsórcio unitário*. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

_____. *O novo processo civil brasileiro*. 21ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- _____. “A responsabilidade das partes por dano processual no direito brasileiro”, *Temas de direito processual, 1ª série*. São Paulo: Saraiva, 1988.
- _____. “Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo”. *Temas de direito processual, 4ª série*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- _____. “As reformas do Código de Processo Civil: condições de uma avaliação objetiva”. *Temas de direito processual, 6ª série*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. “Reformas processuais” em *Temas de direito processual, 7ª série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- _____. “Notas sobre alguns aspectos do processo (civil e penal) nos países anglo-saxônicos”. *Revista de Processo*, ano 23, n. 92, pág. 87-104. São Paulo: RT, out-dez/98.
- _____. “Saneamento do processo e audiência preliminar”. *Revista de Processo*, ano 10, n. 40, pág. 109-135. São Paulo: RT, out-dez/1985.
- _____. “Sobre a ‘participação’ do juiz no processo civil”, *Participação e Processo*, coord. de Ada Pellegrini Grinover *et alli*, pág. 380-394. São Paulo: RT, 1988.
- _____. “O neoprivatismo no processo civil”, *Revista de Processo*, ano 30, n. 122, pág. 9-21. São Paulo: RT, abr/2005.
- _____. “O Problema da ‘divisão de trabalho’ entre juiz e partes: aspectos terminológicos”, *Revista de Processo*, ano 11, n. 41, pág. 7-14. São Paulo: RT, jan-mar/1986.
- BASTOS NETO, José Diogo. “Advocacia: passado, presente e futuro”. *Revista do Advogado* da Associação dos Advogados de São Paulo, ano 28, n. 100, pág. 48-55. São Paulo: AASP, out/2008.
- BAUR, Fritz. O papel ativo do juiz. *Revista de Processo*, ano 7, n. 27, pág. 186-199. São Paulo: RT, jul-set/82.
- _____. “Transformações do processo civil em nosso tempo”, *Revista Brasileira de Direito Processual*. Vol. 7. pág. 57-68. Uberaba: Ed. Vitória, 1976.
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.
- _____. *Efetividade do processo e técnica processual*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª ed., São Paulo: Editora RT, 2001.
- _____. *Tutela cautelar e tutela antecipada. Tutelas sumárias e de urgência: tentativa de sistematização*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

BENETI, Sidnei Agostinho. “Resolução alternativa de conflitos (ADR) e constitucionalidade”. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, ano 5, n. 9, pág. 104-121. São Paulo: RT, jan-jun/2002.

BERIZONCE, Roberto Omar. “Los medios alternativos de solucion de conflictos: bases para su implamentacion”. *Anales de la Facultad de Ciencias Juridicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*. n.32, p. 143-158, La Plata, 1996.

BIELSA, Rafael. *La Abogacia*. 2ª ed., Buenos Aires: Imp. Univ. Nac. del Litoral, 1945.

BONÍCIO, Marcelo José Magalhães. “Reflexões em torno da realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual através de escritura pública (lei 11.441/2007)”, *Reflexões sobre a reforma do código de processo civil*. Pág. 232-240. São Paulo: Atlas, 2007.

BUENO, Júlio César. *Contribuição ao estudo do contempt of court e seus reflexos no processo civil brasileiro*. Tese de doutorado. São Paulo: Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2001.

BUZAID, Alfredo. “Exposição de motivos” do *Código de Processo Civil de 1973*.

_____. *Estudos de direito*. vol. I. São Paulo: Saraiva, 1972.

CAHALI, Yussef Said. “Mandato Judicial”, *Contratos Nominados*. Coord. de Yussef Said Cahali. São Paulo: Saraiva, 1995.

CALAMANDREI, Piero. *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*. Pádua: Cedam, 1943.

_____. *Instituciones de derecho procesal civil segun el nuevo codigo*. Versão em espanhol, trad. de Santiago Sentis Melendo. vol. I. Buenos Aires: EJEJA, 1962.

_____. *Opere Giuridiche*, a cura de Mauro Cappelletti. vol. I, Nápoles: Morano, 1965.

CAPPELLETTI, Mauro. “Algunas reflexiones sobre el rol de los estudios procesales en la actualidad”. *Revista de Processo*, n.64. São Paulo: Editora RT, outubro/dezembro-1991.

_____. “Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à ‘justiça’”. *Revista Forense*, n. 326. Rio de Janeiro: Forense, jul-ago/1994.

_____. *Giudice legislatori?*. Milão: Giuffrè: 1984.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell’oralità*. Vol. I. Milão: Giuffrè, 1974.

_____. *Oralidad y las pruebas em proceso civil*. (trad. de Santiago S. Melendo) Buenos Aires: EJE, 1972.

CAPPELLETTI, Mauro e GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Nápoles: Morano, 1953.

_____. *Instituições de processo civil*. Tradução de Adrian Sotero de Witt Batista. 3 volumes. São Paulo: Classic Book, 2000.

_____. *Lezioni di diritto processuale civile*. Pádua: Cedam, 1933.

_____. *La prova civile – Parte Generale (Il concetto giuridico della prova)*. Roma: Athenaeum, 1915.

_____. “Figura giuridica del difensore”. *Rivista di diritto processuale civile*. vol. XVII – parte I, n. 18/19. pág. 65-89. Pádua: CEDAM, 1940.

CARVALHO SANTOS, José Manuel. *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. 13, 9ª edição. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964.

CASTRO FILHO, José Olímpio de. *Abuso do direito no processo civil*. 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1960.

CENEVIVA, Walter. “Advocacia e poder judiciário”. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*. Ano I, vol. 0. São Paulo, abr-mai/1993.

CHASE, Oscar G.. “American “Exceptionalism” and Comparative Procedure”. *The American Journal of comparative law*, v. 50, n. 2, Michigan: Univ. Michigan, primavera/2002.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principii di diritto processuale civile*. Reimpressão inalterada. Nápoles: Jovene, 1965.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Trad. da 2ª ed. por Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Saggi di diritto processuale civile*. 3 vol. Milão: Giuffrè, 1993.

CIPRIANI, Franco. “Nel centenario del regolamento di Klein (il processo civile tra libertà e autorità)”, *Rivista di Diritto Processuale*, ano 50, n. 4 pág. 954-1004. Pádua: Cedam, out-dez/1995.

COMPARATO, Fabio Konder. “Função do Advogado na Administração da Justiça”. *Revista dos Tribunais* n. 694. p. 43-49, São Paulo: RT, agosto/1993.

COOLEY, John W.. *A advocacia na mediação*. Tradução de René Loncan. Brasília: Editora da UNB, 2001.

CORREIA, André de Luizi. *A citação no direito processual civil brasileiro*. São Paulo: RT, 2001.

COSTA, Hélio Rubens Batista Ribeiro. Sobre a função social do advogado brasileiro no século XXI, em coop. com Joel de Andrade Júnior, *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 6, n. 11, São Paulo, jan-jun/2003.

COUTURE, Eduardo Juan. *Fundamentos del derecho procesal civil*. Buenos Aires: Depalma, 1958.

_____. *Introdução ao estudo do processo civil*. 3ª ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1951.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo – uma análise empírica das repercussões do tempo na fenomenologia processual (civil e penal)*. São Paulo: RT, 1997.

_____. *Lineamentos da nova reforma do Código de Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: RT, 2002.

_____. *Desistência da ação*. São Paulo: Saraiva, 1988.

_____. “Horizontes da nova audiência preliminar”, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, ed. especial, pág. 281-305, São Paulo, jan/dez-2003.

DELRUE, Stephane. “L’huissier de justice et l’execution des jugements par voie de contrainte. Une reconstruction empirique de la pyramide d’execution en Flandre”, em coop. com Francis Van Loon. *Droit et Societe*. n.30/31. p.413-423. Paris: L.G.D.J, 1995.

DEMARCHI, Juliana. *Mediação: proposta de implementação no processo civil brasileiro*. Tese de doutorado apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2007.

DIGESTO. *Digesta Ivstiniani Avgvsti*. Compilação de P. Bonfante, C. Fadda, C. Ferrini, S. Riccobono e V. Scialoia, Milão: Mediolani, 1931.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 5ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A reforma do código de processo civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A reforma da reforma*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Execução civil*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Fundamentos do processo civil moderno*. 3ª ed., vol. I e II, São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 4 volumes, São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria geral do processo*. 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. (em cooperação com Ada P. Grinover e Antônio Carlos Araújo Cintra)

ESPÍNOLA, Eduardo. *Dos contratos nominados no direito civil brasileiro*. Rio de Janeiro: “Gazeta Judiciária” Editora S.A., 1953.

FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto procesuale*. 8ª ed., Pádua: Cedam, 1996.

FERRAZ, Sérgio. “Função social do advogado”, *Revista da Ordem dos Advogados no Brasil*, vol. 61. Brasília, jul-dez/1995.

FREITAS, José Lebre. “Em torno da revisão do direito processual civil”, *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 55, n.1, pág. 5-18. Lisboa, jan/1995.

FISS, Owen. “Contra o acordo”. *Um novo processo civil*. Trad. Daniel P. Silva e Melina M. Rós. São Paulo: RT, 2004.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. “Informatização e prestação jurisdicional: desafios e perspectivas”. *Revista Jurídica*, ano 54, n. 340. Porto Alegre: Notadez, fev/2006.

GARTH, Bryan e CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1988.

GIMENO SENDRA, José Vicente. *Fundamentos del derecho procesal*. Madri: Civitas, 1981.

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho procesal civil*. Tradução de Leonardo P. Castro. Barcelona: Labor, 1936.

_____. *Principios generales del proceso*, vol.I, *Teoria General del Proceso*, Buenos Aires: EJE, 1961.

_____. *Teoria general del proceso*. (esta é a 1ª ed. da tradução em espanhol da mesma obra acima). Barcelona: Labor, 1936.

GOMES, Sérgio Alves. *Os poderes do juiz na direção e instrução do processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000. (em cooperação com Antônio Carlos Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco)

_____. Conciliação. *Revista de Processo* n. 41, pág. 198-207. São Paulo: RT, jan-mar/86.

_____. A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 27, ano 7, pág. 71-79. São Paulo: RT, jul-set/99.

_____. “Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o *contempt of court*”. *Revista de Processo*, n. 102, ano 26, pág. 219-227. São Paulo: RT, abr-jun/2001.

_____. “Paixão e morte do ‘contempt of court’ brasileiro”, *Direito Processual: inovações e perspectivas*, pág. 1-11. São Paulo: Saraiva, 2003.

GUASP, Jaime. *Derecho Procesal Civil*. 4ª ed., Madri: Civitas, 1998.

_____. *Concepto y metodo de derecho procesal*. Obra póstuma com apresentação de Manuel Alonso Olea. Madri: Civitas, 1997.

HAZARD JR., Geoffrey C.. “Abuse of procedural rights: regional report for the United States”, *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, coletânea coord. por Michele Taruffo. Pág. 43-52. Haia, Londres e Boston: Kluwer Law International, 1999.

JAEGER, Nicola. *Diritto processuale civile*. 2ª edição. Turim: UTET, 1944.

JAUERNIG, Othmar. “Problemas de qualificação da jurisdição voluntária: judicatura – administração; ato estatal – negócio jurídico privado”. *Revista de Processo* n. 39, p.39-46. São Paulo: RT, jul-set/85.

KOMATSU, Roque. *A citação no direito processual*. Em coop. com Milton Sanseverino. São Paulo: RT, 1977.

LA CHINA, Sergio. *Manuale di diritto processuale civile*. vol. I, Milão: Giuffrè, 2003.

_____. *L’esecuzione forzata e le disposizioni generali del codice di procedura civile*. Milão: Giuffrè, 1970.

LANGER, Máximo. “The rise of managerial judging in international criminal law”. *The American Journal of comparative law*, v. 53, n. 4, Michigan: Univ. Michigan, outono/2005.

LENT, Friedrich. *Diritto processuale civile tedesco* (trad. para o italiano de Edoardo Ricci, do original *Zivilprozessrecht*), vol. I. Nápoles: Morano, 1962.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução e notas de Cândido R. Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. “Fondamento del principio dispositivo”, *Problemi del processo civile*. Nápoles: Morano, 1942.

LOBO, Paulo Luiz Netto. *Comentários ao estatuto da advocacia e da OAB*. 3ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2002.

LOON, Francis Van. “L’huissier de justice et l’execution des jugements par voie de contrainte. Une reconstruction empirique de la pyramide d’execution en Flandre” em coop. com Stephane Delrue. *Droit et Societe*. n.30/31. p.413-423. Paris: L.G.D.J, 1995.

LOPES, Maria Elizabeth de Castro. “Anotações sobre a discricionariedade judicial”, em *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais*, coord. José Miguel Garcia Medina *et alli*. São Paulo: RT, 2008.

_____. *O juiz e o princípio dispositivo*. São Paulo: RT, 2006.

LOPES DA COSTA, Alfredo de Araújo. *Direito processual civil brasileiro*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.

_____. *Da citação no processo civil*. Vol. I., Belo Horizonte: Imprensa Oficial do Estado de Minas Gerais, 1927.

MAMEDE, Gladston. *A advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil*. 2ª edição, São Paulo: Ed. Atlas, 2003.

MANDRIOLI, Crisanto. *Corso di diritto processuale civile*. 11ª edição. Vol. I. Turim: G. Giappichelli, 1997.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 7ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1980.

_____. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. *Ensaio sobre a jurisdição voluntária*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1959.

MARTIN OSTOS, Jose de los Santos. *Las diligencias para mejor proveer em el proceso civil*. Madri: Ed. Montecorvo, 1981.

MATHIEU-FRITZ, Alexandre. “Les représentations sociales de la profession d’huissier de justice”. *Droit et Société*. n.54. p.491-517. Paris: L.G.D.J., 2003.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. vol. I, trad. do original em francês. Buenos Aires: Depalma, 1949.

MEDINA, José Miguel Garcia. “Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do artigo 475-J do CPC (inserido pela lei n. 11.232/2005)”. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Em coop. com Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier. vol. 7, n. 42, pág. 71-6. Porto Alegre: IOB, jul-ago/2006

MENDES, Cristiane Rabello. *Paralegalismo é nova profissão no mercado de trabalho*. Jornal Valor Econômico – Seção Legislação e Tributos. Publicado em 02/09/2005.

MENDES, João de Castro. *Direito Processual Civil: apontamentos das lições redigidas com a colaboração de um grupo de assistentes*. vol. II. Lisboa: AAFDL, 1986.

MICHELI, Gian Antonio. *L'onere della prova*. 1ª reimpressão. Pádua: CEDAM, 1966.

_____. *Corso di diritto processuale civile*. Milão: Giuffrè, 1959.

MIRANDA, Vicente. *Poderes do juiz no processo civil brasileiro*. São Paulo: Editora Saraiva, 1993.

MONTERO AROCA, Juan. *Introducción al derecho procesal: jurisdicción, acción y proceso*. 2ª ed., Madri: Tecnos, 1979.

MORAES, José Rubens de. *Sociedade e verdade – evolução histórica da prova*. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 2008.

MORAES FILHO, Antonio Evaristo de. O Papel do advogado na sociedade moderna. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. vol. 63, ano 26. Brasília, jul-dez/1996.

MORTARA, Lodovico. *Manuale della procedura civile*. 9ª edição. Turim: UTET, 1921.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso á justiça*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2000.

NEGRÃO, Theotônio. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. Atualizado por José Roberto F. Gouvêa com a colaboração de Luis G. A. Bondioli. 40ª edição, São Paulo: Ed. Saraiva, 2008.

NEVES, Celso. *Ação*. Texto elaborado para o Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da USP. Inédito. Biblioteca da Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1978.

_____. *Coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 1971.

OAB. “Proposta de regulamentação da atuação do paralegal”, *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Ano 36, n. 82, pág. 149-154. Brasília: OAB, jan-jun/2006.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. “Garantia do contraditório”, *Garantias constitucionais do processo civil – Homenagem aos 10 anos da Constituição Federal de 1988*. coord. J.R. Cruz e Tucci, 1ªed., 2ª tir. pág. 132-150. São Paulo: RT, 1999.

OLIVEIRA, Robson Carlos de. “Breves reflexões sobre o princípio constitucional da razoável duração do processo tendo como paradigma os juizados especiais federais cíveis: como a frutífera experiência desse sistema pode ser aproveitada pelo processo civil comum?”. *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Coord. Luiz Fux *et alli*. pág. 264-279. São Paulo: RT, 2006.

PAJARDI, Piero. *Procedura civile. Istituzioni e lineamenti generali*. Milão: Giuffrè, 1989.

PAULA, Alexandre Sturion de. A função social do advogado: o profissional no exercício da cidadania. Em coop. com José Roberto Reale. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 6, n. 11, São Paulo, jan-jun/2003.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito Privado*. Parte Especial, vol. 25, 3ª edição. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil de 1939*. Rio de Janeiro: Forense, 1947.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1995.

PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 3ª edição, Nápoles: Jovene, 1999.

PUNZI, Carmine. “Note sul ministero del difensore”. *Studi in onore di Antonio Segni*. Roma: Fac.Giurisp.Univ. Roma, 1967.

_____. “La difesa nel processo civile e l’assetto dell’avvocatura in Italia”. *Rivista di diritto processuale civile*. ano 61, n. 3. Pádua: CEDAM, jul-set/2006.

PUOLI, José Carlos Baptista. *Os poderes do juiz e as reformas do processo civil*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

RAMALHO, Joaquim Ignacio. *Praxe Brasileira*. São Paulo: Typographia do Ypiranga, 1869.

RÁO, Vicente. *O direito e a vida dos direitos*. 2ª ed., 1º volume, t.II, São Paulo: Ed. Resenha Universitária, 1976.

REALE, José Roberto, A função social do advogado: o profissional no exercício da cidadania. Em coop. com Alexandre Sturion de Paula. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*, vol. 6, n. 11, São Paulo, jan-jun/2003.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 2ª ed., volume I, São Paulo: Saraiva, 1957.

_____. *Lições preliminares de direito*. 26ªed., São Paulo: Saraiva, 2002.

REDENTI, Enrico. *Diritto Processuale Civile*. 5ª ed. com atualização de Mario Velani, vol. 1, Milão: Giuffrè, 2000.

RESNIK, Judith. “Managerial Judges”. *Harvard Law Review*, vol. 96, n.2, pág. 374-448, Boston: The Harvard Law Review Association, dez/1982.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de E. Krotoschin. Buenos Aires: EJE, 1956.

_____. *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tradução de Angela Vera, do original alemão *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, Buenos Aires: EJE, 1955.

SALES, Lília Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

SANSEVERINO, Milton. *A citação no direito processual*. Em coop. com Roque Komatsu. São Paulo: RT, 1977.

SATTA, Salvatore, *L'esecuzione forzata*. 4ªed., Turim: Utet, 1963.

_____. *Commentario al codice di procedura civile*. vol. I. Milão: Vallardi, 1959.

SCHÖNKE, Adolf. *Derecho procesal civil*. trad. da 5ª ed. alemã, Barcelona: Bosch, 1950.

SENTIS MELENDO, Santiago. *La prueba: los grandes temas del derecho probatorio*. Buenos Aires: EJE, 1978.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *Preclusão processual civil*. São Paulo: Atlas, 2006.

SILVA, Carlos Manuel Ferreira da. “Um novo operador judiciário: o solicitador de execução – estatuto e funções”, *Estudos em homenagem à Prof. Ada Pellegrini Grinover*, org. de Flávio Yarshell e Maurício Z. de Moraes, pág. 513-533, São Paulo: DPJ Editora, 2005.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Condução planejada dos processos judiciais – a racionalidade do exercício jurisdicional entre o tempo e a forma do processo*. Tese de doutorado não publicada pelo autor. São Paulo: Faculdade de direito da USP, 2005.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Instituições de Direito Civil*. 12ª ed., vol. III, Rio de Janeiro: Foran, 2006.

_____. *Responsabilidade Civil*. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOARES, Fernando Luso. *A responsabilidade processual civil*. Coimbra: Livraria Almedina, 1987.

SPRUNG, Rainer. “Le basi del diritto processuale austriaco”, *Rivista di Diritto Processuale*, ano 34, n. 1, pág. 24-39. Pádua: Cedam, jan-mar/1979.

STOCO, Rui. “Responsabilidade civil do advogado à luz das recentes alterações legislativas”, *Revista dos Tribunais*, ano 91, nº 797, pág. 60-80, São Paulo, março de 2002.

TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil*. Em coop. com Luiz R. Wambier e Flávio R. C. de Almeida. Vol. I. 10ª edição. São Paulo: RT, 2008.

TARUFFO, Michele. “General Report: Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness”, *Abuse of procedural rights: comparative standards of procedural fairness*, coletânea coord. por Michele Taruffo. Pág. 3-29. Haia, Londres e Boston: Kluwer Law International, 1999.

TARZIA, Giuseppe. “O novo processo civil de cognição na Itália”, tradução de Clayton Maranhão. *Revista de Processo*, n. 79, ano 20, pág. 51-64, São Paulo: RT, jul-set/95.

TORNAGHI, Hélio. *Instituições de processo penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977.

TROCKER, Nicolò. *Processo civile e costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milão: Giuffrè, 1974.

VIDIGAL, Luis Eulálio de Bueno. “Escopos do processo civil”, *Direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1965.

WALD, Arnoldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. 14ª ed., vol. II, São Paulo: RT, 2000.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*. Em coop. com Eduardo Talamini e Flávio R. C. de Almeida. Vol. I. 10ª edição. São Paulo: RT, 2008.

_____. “Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do artigo 475-J do CPC (inserido pela lei n. 11.232/2005)”. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Em coop. com Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina. vol. 7, n. 42, pág. 71-6. Porto Alegre: IOB, jul-ago/2006.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Sobre a necessidade de intimação pessoal do réu para o cumprimento da sentença, no caso do artigo 475-J do CPC (inserido pela lei n. 11.232/2005)”. *Revista IOB de Direito Civil e Processual Civil*. Em coop. com Luis Rodrigues Wambier e José Miguel Garcia Medina. vol. 7, n. 42, pág. 71-6. Porto Alegre: IOB, jul-ago/2006

WATANABE, Kazuo. Cultura da sentença e cultura da pacificação. *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*, org. de Flávio Yarshell e Maurício Z. de Moraes, pág. 684-690, São Paulo: DPJ Editora, 2005.

_____. “Acesso à Justiça e Sociedade Moderna”. *Participação e Processo*, coord. de Ada Pellegrini Grinover *et alli*, pág. 128-135. São Paulo: RT, 1988.

_____. “O ‘ius postulandi’ perante o estatuto da OAB”, *Trabalho e Processo*, n. 3. São Paulo: Saraiva, dez/1994.

_____. *Princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional no sistema jurídico brasileiro*. Dissertação de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da USP. São Paulo: 1978.

ZANOBINI, Guido. *Corso di diritto amministrativo*, Milão: Giuffrè, 1936.

ZANZUCCHI, Marco Tullio. *Diritto Processuale Civile*. 6ª ed., Milão: Giuffrè, 1964.

ZULIANI, Ênio Santarelli. Responsabilidade Civil do Advogado. *Revista Síntese de Direito Civil e Processo Civil*, n. 21, pág. 127-161, Porto Alegre, jan-fev.2003.