

MODELOS E REFORMAS DO PROCESSO DE CONHECIMENTO NA EUROPA*

MODELLI E RIFORME DEL PROCESSO DI COGNIZIONE IN EUROPA

REMO CAPONI**

SUMÁRIO: 1. Panorama das reformas; 2. Papel ativo dos juízes em avanço; 3. Estado moderno e Administração da Justiça; 4. Crise da lei ordinária como fonte da disciplina do processo: constitucionalização das garantias processuais; 5. *Segue:* internacionalização das relações sociais e econômicas; 6. Crise da atuação do direito objetivo como escopo primário do processo: a justiça civil como serviço público de composição das controvérsias; 7. Métodos alternativos de composição das controvérsias; 8. Variantes do princípio dispositivo em sentido substancial; 9. Relevância característica da autonomia privada; 10. Técnica processual e reformas do processo de conhecimento; 11. *Segue:* comparação entre o processo civil italiano e o processo civil alemão; 12. Pluralidade dos modelos de tratamento; 13. Estruturas do processo de conhecimento; 14. Natureza residual do processo de conhecimento na estrutura trifásica.

1. PANORAMA DAS REFORMAS

O atual momento histórico é caracterizado pelas notáveis reformas do processo ordinário de conhecimento em muitos Estados europeus.

A mudança mais significativa constitui-se da adoção na Inglaterra do *Civil Procedure Rules* (CPR) no ano de 1998, por meio do impulso decisivo da obra do Lord Woolf.

Seguido da aprovação do novo Código de Processo Civil Espanhol (*Ley de Enjuiciamiento Civil* – LEC) no ano de 2000.

Incisivo também foi o impacto sobre a disciplina do juízo de primeiro grau da *Zivilverfahrens-Novelle* austríaca de 2002.

* Texto original – *Modelli e riforme del processo di cognizione in Europa* – refere-se ao relatório apresentado no Encontro Internacional de Estudos sobre “Recentes reformas e praxis judiciárias dos países integrantes da União Europeia” organizado pelo Conselho Superior da Magistratura – CSM ocorrido em Roma entre os dias 13 a 15 de junho de 2005. - Traduzido por MAIA, Renata C. Vieira Maia, professora adjunta de Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Email: rcvm@ufmg.br

** Professor catedrático de Processo Civil na Faculdade de Direito da Universidade de Florença desde 2001, Doutor pela Universidade de Bolonha.

Na Alemanha a virada fundamental na disciplina do processo ordinário de conhecimento ocorreu por meio da reforma em 1976 (*Vereinfachungsnovelle*), enquanto a reforma de 2001 (*Zivilprozessreformgesetz*) introduziu algumas inovações destinadas a reforçar o conhecimento da causa no juízo de primeiro grau, que se articulam com a contemporânea transformação do julgamento do recurso de apelo na instância de controle da sentença de primeiro grau.

Na França, um novo Código de Processo Civil já havia sido adotado ainda nos anos 70 do século XX (*Nouveau Code de procédure civile* de 1975), de modo que as mudanças legislativas das últimas décadas têm caráter setorial, embora tenham um impacto considerável na incidência prática, como a reforma de 1998 sobre *conclusions récapitulatives*.

Quanto à Itália, a *Novella* de 1990 retêm a comparação em grau de importância com as reformas mencionadas nos demais Estados Europeus.

2. PAPEL ATIVO DOS JUÍZES EM AVANÇO

Antes de recordar a base histórica em que se situam estes desenvolvimentos e avaliar como estas reformas afetam os modelos fundamentais do processo ordinário de conhecimento, convém acenar que só foi possível a poucos desenvolver um discurso sobre as reformas do processo de conhecimento na Europa, que abrange tendencialmente os sistemas processuais da Europa continental, e o processo civil inglês. Isso se deve à adoção na Inglaterra do *Civil Procedure Rules*.

Essa reforma histórica teve por escopo reduzir os altos custos, a complexidade e a longa duração do processo civil inglês. Para obter estes resultados, foi necessário afastar do tradicional modelo *adversary* e confiar ao juiz novos poderes de direção formal e substancial do processo.

A evolução da disciplina do processo civil inglês insere-se assim numa linha de desenvolvimento, que se originou modernamente da obra legislativa de Franz Klein (1901), a quem se devemos o Código de Processo Civil Austríaco de 1895. Esta obra encontrou um grande defensor na Alemanha pela mão de Fritz Baur (1966, 1970), em particular em seus impulsos dados primeiro à prática (o modelo de Stuttgart, posto em operação pelo gênio organizativo de Rolf Bender na vigésima seção civil do tribunal desta cidade) e depois, à legislação (o *Vereinfachungsnovelle* de 1976).

A ideia de um papel ativo do juiz encontrou assim uma grande força atrativa dentro da órbita do processo civil inglês. O que lhe conferiu um novo impulso, que lhe renderá provavelmente fecundos resultados nos próximos anos em comparação com os processos civis da Europa continental e o novo processo civil inglês, auxiliado pelo fato de que a disciplina processual deste último assumiu a forma de uma codificação legislativa, com uma própria parte geral

dedicada aos princípios¹, bem como com a liberação dos primeiros tratados de direito processual civil inglês².

3. ESTADO MODERNO E ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA

A base histórica a partir da qual se move a atual evolução reformadora é que o Estado moderno trouxe para si o compromisso de administrar a justiça civil. Particularmente significativa é a história da Europa continental.

O vínculo entre o Estado moderno e sua função jurisdicional é fruto de um desenho preciso, que amadureceu por meio de profundas mudanças no clima cultural e político que, entre os séculos XVII e XVIII, marcou o surgimento progressivo na Europa continental de modernos regulamentos processuais. Esse momento de virada relega, definitivamente, à margem de uma dimensão de justiça estatal, feita por um processo – a *ordo iudiciarius* medieval – cujos princípios advieram das regras da retórica e da ética, regras elaboradas, portanto, pela própria comunidade à qual pertencem os protagonistas do processo³.

O desenho político do Estado moderno é animado pela tensão em remediar a degeneração do processo romano-canônico e de preparar a segurança jurídica da disciplina do processo, confiando-o a uma autoridade superior e externa aos sujeitos do processo.

Estes desenvolvimentos inserem-se posteriormente um ponto de virada ainda mais vasto, como aquela conhecida história jurídica da Europa continental ao fim do século XVIII com a transformação da dimensão jurídica, qual seja, a meticulosa realização do monopólio do direito por parte do Estado⁴.

Sobressaem dois resultados dessa evolução: a disciplina do processo é estatizada; a jurisdição é concebida como função do Estado moderno com o objetivo de realizar a vontade da lei no caso concreto.

4. CRISE DA LEI ORDINÁRIA COMO FONTE DA DISCIPLINA DO PROCESSO: CONSTITUCIONALIZAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

A partir da segunda metade do século XX, ambos os resultados são questionados.

Em primeiro lugar, após o fim da Segunda Guerra Mundial, na Europa continental, certas garantias relativas à função judicial e ao processo começam a ser percebidas como direitos humanos fundamentais e invioláveis e foram inseridas nas novas Constituições democráticas (e sucessivamente na Declaração

1 Cfr. M. STÜRNER, 2004, DONZELLI, 2005.

2 Cfr. ANDREWS, 2003; ZUCKERMAN, 2003.

3 Cfr. GIULIANI, 1986.

4 Cfr. GROSSI, 1997.

Internacional de Direitos Humanos). Graças à introdução de mecanismos de controle de constitucionalidade das leis, e seu respeito imposto aos legisladores ordinários.

A fonte de disciplina do processo já não é mais só a lei ordinária, mas em primeiro lugar a Constituição e, sobre sua base, a jurisprudência da Corte constitucional. Nem é preciso observar que as duas últimas fontes são radicalmente diversas da primeira, pois “a Constituição refuta a redução positivista da legitimidade (isto é, da justiça) à legalidade, mas converte o problema do fundamento ético da legitimidade em um problema jurídico e, portanto, na questão de julgamento de um órgão judicial, por meio da institucionalização dos valores morais, que constituem seu referente pré-jurídico, em opções internas ao direito positivo, expressas na forma dos enunciados normativos dos princípios, estruturados quer como cláusulas gerais (por exemplo, os princípios complementares de justiça e de solidariedade), quer como direitos subjetivos (direitos fundamentais)”⁵.

5. SEGUE: INTERNACIONALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E ECONÔMICAS

O domínio da lei estatal sobre o direito também é prejudicado pela crescente internacionalização das relações sociais e econômicas, pela inépcia fisiológica dos ordenamentos jurídicos nacionais para regulamentarem, de modo eficiente, as relações transnacionais, pela tendência correlata de sua disciplina de se afastar do plano da legislação estatal para as instâncias internacionais, em que um papel decisivo é desempenhado pela atividade dos próprios destinatários das regras (*lex mercatória*) ou fontes culturais, como a elaboração por comissões de juristas especializados na matéria (por exemplo, os princípios *Unidroit* dos contratos comerciais internacionais).

Neste ambiente prosperam os modos de resolução das controvérsias baseados nos costumes sem necessidade de intervenção do Estado, entre as quais se destaca a arbitragem comercial internacional, e percebe-se novamente o ressurgimento de uma concepção original da sociedade civil que é a de confiar a um terceiro imparcial e desinteressado a justa composição de uma controvérsia, mediante a declaração do direito preexistente ao término de um processo em que os destinatários dos efeitos da decisão participam em condições de igualdade, dizendo e contradizendo, na formação do provimento final.

5 Cfr. MENGONI, 1997, p. 117.

6. CRISE DA ATUAÇÃO DO DIREITO OBJETIVO COMO ESCOPO PRIMÁRIO DO PROCESSO: A JUSTIÇA CIVIL COMO SERVIÇO PÚBLICO DE COMPOSIÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

Para além da disciplina do processo como fenômeno legislativo do Estado, entra em crise também a concessão, própria especialmente dos sistemas dos estados europeus-continentais, do escopo primário do processo civil como atuação do direito objetivo em caso de controvérsia.

Essa concepção vê na administração da justiça uma função essencial do Estado moderno a serviço da realização do direito objetivo (com a consagração da autoridade da coisa julgada) e relega para segundo plano a utilidade que os indivíduos, enquanto partes do processo, usufruem do exercício da jurisdição. Essa ideia entra em tensão com a conexão entre a ética e a utilidade do indivíduo e a ética social, que vem despontando como uma característica no ambiente contemporâneo.

Atualmente, o escopo do processo civil é instruído, em primeira instância, na atuação dos direitos subjetivos dos indivíduos. Em primeiro plano, está a utilidade que os indivíduos pretendem alcançar no momento que iniciam (ou se defendem em) um processo civil.

Consequentemente, a jurisdição não é concebida tanto como uma função do Estado moderno voltada à atuação do direito objetivo no caso concreto e específico, mas principalmente e em primeiro lugar como um serviço público voltado para a composição das controvérsias com justiça (ou seja, com a aplicação de critérios de julgamentos objetivos e predeterminados).

Esta mudança de perspectiva faz com que os diversos sistemas políticos sejam atualmente chamados, com mais urgência do que no passado, a responder à demanda de eficiência advindas dos usuários do serviço da justiça civil e, por conseguinte, a medir e estimular sua qualidade, produtividade, etc.

Este desenvolvimento reage também sobre princípios do processo civil, que hoje tendem a acolherem também a perspectiva da eficiência, de uma alocação otimizada dos escassos recursos investidos à justiça civil.

Dois exemplos: na recente introdução na Itália da razoável duração do processo entre as garantias constitucionais (art. 111, parágrafo 2º da Constituição Italiana), alguns também vislumbraram a possibilidade de interpretar diretamente o valor constitucional da eficiência na disciplina do processo⁶.

Este desenvolvimento pode ser visto mais claramente na disciplina da nova *Civil Procedure Rules* inglesa, em que o objetivo prioritário de tratar a causa segundo justiça significa, entre outras coisas, na medida do possível,

6 Cfr. PROTO PISANI, 2000.

tratar a causa de maneira proporcional ao seu valor, a sua importância, a complexidade das questões nelas suscitadas, a situação econômica de cada parte, bem como a atribuição de uma quota adequada dos recursos do juiz, tendo em vista a necessidade de reserva de recursos para os demais processos⁷. O novo CPR codifica assim em seu primeiro parágrafo o princípio da proporcionalidade no emprego dos recursos pelo juiz, sob um duplice perfil: no que diz respeito às características próprias de cada causa, bem como no que diz respeito à relação de resguardar a relação entre cada causa e as outras causas. Como aspecto do objetivo prioritário de tratar as causas segundo justiça, o juiz é obrigado a observar o princípio da proporcionalidade tanto na interpretação das normas, quanto no exercício de seu poder discricionário.

7. MÉTODOS ALTERNATIVOS DE COMPOSIÇÃO DAS CONTROVÉRSIAS

A perspectiva da eficiência também alimenta – mesmo no plano interno, não só transnacional – o impulso cultural em direção aos métodos de composição das controvérsias negociadas, que se apresentam como alternativas, mas que seriam melhores qualificadas como complementares, ao processo de conhecimento estatal (métodos de ADR). Em particular, nestes últimos anos, o legislador italiano tem visto com crescente preferência a conciliação e a arbitragem administradas por instituições públicas e privadas, que dão garantias de seriedade e eficiência.

Na verdade, e possível que, de fato, existam determinadas categorias de controvérsias que são mais adequadas para serem resolvidas através de tais métodos. Nas controvérsias de baixo valor patrimonial, como são muitas vezes aquelas na qual o protagonista é um consumidor, os tempos médios de tramitação do processo civil, combinados com os custos imediatos da defesa técnica, não são compensados pelos benefícios buscados por meio de um procedimento jurisdicional em favor ao consumidor que, por vezes, é até mesmo induzido a renunciar aos próprios direitos. Além disso, quando as partes em controvérsia são membros de um grupo ou têm uma relação social ou econômica duradoura, o processo civil, com a sua busca isolada por um erro e uma razão no passado, frequentemente acaba por determinar uma fratura irremediável, enquanto a conciliação se presta, possivelmente, de um modo melhor a preservar as relações futuras entre as partes (segundo a sugestiva perspectiva da justiça coexistencial).

Miope seria, contudo, reduzir a utilidade dos métodos alternativos de controvérsias a um remédio para a ineficiência da justiça civil estatal, uma ferramenta para reduzir a carga de trabalho dos juízes profissionais. Pelo

7 CPR 1.1.

contrário: para evitar a resolução de controvérsia injusta de conflitos, esses métodos pressupõem uma justiça civil estatal eficiente.

O impulso cultural em direção aos métodos de ADR, que tem sido registrado nas últimas décadas no Ocidente, pode receber as mais diversas acolhidas.

A atitude cética considera que as disfunções da justiça civil devem encontrar remédio essencialmente nas reformas internas do aparato estatal. Os métodos negociais de composição das controvérsias são vistos como um instrumento marginal (se não desviante) no que diz respeito a função do Estado de fazer justiça.

A atitude favorável não ignora a importância e o valor dos esforços voltados para a melhoria das condições em que se encontra a justiça estatal, mas pretende inseri-la em um panorama composto, no qual a solução das controvérsias a cabo das instituições (ou a tentativa de compô-la), quando não se realiza exclusivamente no âmbito da autonomia privada dos sujeitos de que se inserem (ou dos respectivos órgãos exponenciais), é a prestação de um serviço público, que pode ser confiada aos órgãos da jurisdição estatal, mas também, na presença da vontade acordada das partes, a instituições distintas do Estado, desde que seja assegurada a resolução por meio de terceiros e com observância da imparcialidade.

Mais urgente ainda é a perspectiva de quem acredita que a difusão dos métodos de ADR, na multiplicidade de formas na qual estas se manifestam, conduzirá a uma combinação entre processo jurisdicional e acordos que visam a solução da controvérsia, e acreditam que o processo está aberto tanto para as convenções das partes, como para a negociação de interesses e que as variantes da decisão judicial final se moverão em um arco que vai desde a decisão clássica dada no processo contencioso, até a sentença com conteúdo acordado entre as partes⁸.

8. VARIANTES DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO EM SENTIDO SUBSTANCIAL

Tendo delineado sumariamente alguns elementos do quadro em que se inserem as atuais reformas, deve-se observar que elas deixaram intacto o traço fundamental da disciplina do processo civil na Europa ocidental de hoje: o papel instrumental do processo civil na atuação das situações jurídicas subjetivas deduzidas em juízo pelas partes e o consequente domínio de sua autonomia privada na determinação do início, objeto e do fim do processo (*Dispositionsmaxime*, princípio dispositivo em sentido substancial).

8 Cfr. CADIET, 2005, p. 22 del dattiloscritto.

No panorama europeu, porém, a incidência do princípio dispositivo não é idêntica nos diversos ordenamentos jurídicos europeus e nem mesmo permaneceu imóvel no curso dos últimos vinte anos.

A sua incidência não permaneceu imóvel, visto que o princípio dispositivo foi adotado precisamente pelos ordenamentos processuais dos países do leste europeu, em consequência da queda dos regimes socialistas.

A sua incidência nem sempre é idêntica a si própria, uma vez que diferem os aspectos no qual o princípio dispositivo se manifesta nos diversos ordenamentos jurídicos europeus. O elemento em que há mais facetas é, provavelmente, aquele relativo à delimitação do objeto do processo e da coisa julgada. Passamos da solução restrita alemã, em que o objeto do processo e da coisa julgada é delimitada pelo pedido da parte, identificada pelos fatos alegados (art. 253, inciso II, n. 2, art. 322, inciso I, ZPO), para a intermediária solução italiana, na qual a lei e não apenas a vontade das partes pode contribuir para a delimitação objetiva da coisa julgada (art. 34 c.p.c.), para chegar à ampla solução inglesa, que pode impedir qualquer nova consideração dos fatos objeto da decisão judicial.

De maneira mais geral, há ordenamentos processuais que protegeram mais zelosamente do que outros a incidência da autonomia privada das partes.

O ordenamento jurídico alemão é exemplar, como se pode depreender de uma série de circunstâncias, cujo significado é melhor apreciado no contexto de uma comparação com as soluções adotadas no processo civil italiano. Em primeiro lugar, o Ministério Público desempenha um papel completamente marginal não só na prática, mas também na disciplina legislativa. Já mencionamos a delimitação rigorosa do objeto do processo e da coisa julgada. Além disso, o juiz alemão não pode ordenar de ofício a participação de terceiros no processo. Isto também se aplica para o caso de litisconsórcio necessário: se não atuarem ou não vierem como réus em juízo todos os litisconsortes necessários, o juiz pode fazer uso do seu poder de direção substancial do processo (*materielle Prozessleitung*: art. 139 ZPO), para sugerir a parte que é necessário integrar o contraditório e para adverti-la que, de outra forma, poderá ser proferida uma declaração de inadmissibilidade da sua demanda, mas a ele não pode, em caso algum, agir de ofício para integrar o contraditório.

9. RELEVÂNCIA CARACTERÍSTICA DA AUTONOMIA PRIVADA

Uma concepção que vê uma incidência atípica e penetrante da autonomia das partes no processo civil estatal, entretanto, constituiria uma manifestação da velha ideologia liberal. No pluralismo cultural e ideológico que caracteriza as sociedades contemporâneas, não se pode banir a ideia de que o processo é apenas uma questão privada das partes. Porém, essa ideia encontra seu cumprimento não no processo civil estatal, mas na arbitragem, em que a mesma disciplina do

desenvolvimento do processo é confiada à autonomia privada, que sabe como atuar e desenvolver corretamente sobre a questão do contraditório entre as partes, em condição de paridade, perante um árbitro, terceiro e imparcial, que resolve a disputa dentro de um prazo estabelecido.

Em todo o caso, na conexão entre os métodos de ADR e o processo civil estatal, a autonomia privada encontra os limites precisos. A título de exemplo, a cláusula contratual no qual as partes se comprometem a realizar uma sessão para tentativa de conciliação antes de recorrerem ao judiciário e ainda que, na hipótese, o autor proponha a demanda judicial sem ter passado pela tentativa de conciliação, tal cláusula não vincula o juiz a suspender o processo para determinar que as partes realizem a sessão de conciliação, por ausência de uma norma legal que determine e lhe atribua este poder⁹. Mais uma vez, o acordo conciliatório não conduz a um título executório, sem uma disposição legislativa que o preveja explicitamente.

A autonomia privada, ou melhor, o caráter normalmente disponível das relações jurídicas privadas, incide só sobre alguns aspectos típicos da disciplina do processo civil estatal: o início, o fim, o objeto do processo.

Isso é verdade tanto nos sistemas processuais da Europa continental, quanto no processo civil inglês.

A título de exemplo, destaca-se algumas das *dispositions liminaires* da *nouveau code de procédure civile*¹⁰ assim como alguns aspectos extraídos da experiência processual italiana, entre as quais as seguintes. O fundamento do princípio da demanda não é extraído da autonomia privada, mas na necessidade da *terzietà* e imparcialidade do órgão judicial. A autonomia privada, reflete sobre a disponibilidade das partes no início do processo, constitui a base da correlação normal entre a afirmação da titularidade do direito substancial e a titularidade do direito de ação. Esta correlação é distinta do princípio da demanda, tanto que as suas exceções (os casos no qual o juiz determina providência a requerimento do Ministério Público ou de um substituto processual) são hipóteses paradigmáticas de aplicação do princípio da demanda.

Além disso, o princípio segundo o qual o juiz deve proferir a decisão com base apenas nos fatos alegados pelas partes, como expressão de um pretenso poder dispositivo sobre os fatos relevantes na controvérsia, não tem fundamento – ao menos no ordenamento processual italiano. Em vez disto, o que existe no

9 Per un opposto orientamento, si veda però Cour de cassation, 14 feb- braio 2003, in *Revue des Contrats*, 2003, p. 182 ss., con osservazioni di Cadet.

10 Art. 1: Seules les parties introduisent l'instance, hors les cas où la loi en dispose autrement. Elles ont la liberté d'y mettre fin avant qu'elle ne s'éteigne par l'effet du jugement ou en vertu de la loi. Art. 4 : L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant.

sistema italiano, é o princípio da proibição do uso do conhecimento privado pelo juiz, segundo o qual ele não pode, de ofício, ter por fundamento de sua decisão, os fatos juridicamente relevantes (e fonte materiais de prova) que não constem nos autos, ou fatos que não sejam notórios. Caso contrário, não seria possível explicar por que o juiz pode basear sua decisão sobre fatos principais que simplesmente emergem dos documentos trazidos pelas partes no processo (desde que se trate de fatos que não sejam indispensáveis para a identificação do direito deduzido em juízo ou que não se fundam em exceções detectáveis a pedido da parte)¹¹.

Mais uma vez, o princípio da não contestação não se funda na natureza normalmente disponível dos direitos deduzidos em juízo, mas provavelmente na necessidade da economia processual. Implicando dizer que a não contestação deve funcionar da mesma forma, tanto no que diz respeito aos fatos principais, tanto no que diz respeito aos fatos secundários¹².

Mais uma vez, o princípio da disponibilidade das provas não é de forma alguma uma “consequência necessária e inderrogável da natureza do objeto (privado) deduzido em juízo: tanto que em muitos outros ordenamentos processuais mais avançados [as manifestações deste princípio] desapareceram total ou parcialmente, sem a consequente violação do caráter privado da disponibilidade da *res in iudicium deducta*”¹³. O princípio da disponibilidade das provas visa antes salvaguardar ao máximo a imparcialidade psicológica do juiz.

Finalmente, a alternativa entre impulso das partes e impulso oficial na instrução do processo não tende a envolver a autonomia privada das partes. Quando previsto, o impulso oficial é obrigado a ceder apenas diante da vontade das partes de encerrar o processo, como reflexo da disponibilidade das partes sobre este aspecto (como ocorre no juízo de cassação na hipótese de renúncia ao recurso: art. 390 e 391 c.p.c.).

Outro exemplo da relevância típica da autonomia privada pode ser extraído da reforma do processo civil inglês. É significativo que a transferência de responsabilidade das partes para o juiz no *management of civil litigation* tenha deixado intacto às partes apenas: a iniciativa processual, a escolha do meio, a renúncia a um meio de ataque ou de defesa, a transação, o pedido de execução da decisão judicial, a escolha para interpor o recurso¹⁴.

A relevância típica da autonomia privada não significa que, nos aspectos da disciplina do processo civil estatal que não o início, o fim, o objeto, a

11 Per l’affermazione di un rigoroso onere dell’allegazione nell’ordinamento italiano, v. tuttavia TARZIA, 1996, p. 470 s.

12 Cfr. PROTO PISANI, 2003, c. 604.

13 Cfr. CAPPELLETTI, 1962, p. 372.

14 Cfr. ANDREWS, 1999, p. 9.

liberdade da determinação das partes deva, em princípio, sucumbir ao exercício do poder do juiz.

A relevância típica da autonomia privada, por outro lado, significa, recordando as palavras do processualista liberal da índole de Adolf Wach: “que deve haver normas que estabeleçam o que as partes podem ou não fazer, bem como o que não lhes é permitido fazer, embora se disponham a reciprocamente a conceder um ao outro”¹⁵.

Numa perspectiva contemporânea, a relevância típica da autonomia privada significa que, nos aspectos não abrangidos por esta, o legislador é livre para identificar a repartição de forma mais adequada e eficiente entre os poderes das partes e o poder do juiz do ponto de vista técnico-processual, tendo como único limite o respeito às garantias constitucionais do processo civil.

10. TÉCNICA PROCESSUAL E REFORMAS DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Para além dos aspectos típicos em que se reflete o carácter normalmente disponível dos direitos de fazer valer em juízo, abre-se o vasto espaço das escolhas da técnica processual, respeitando-se as garantias constitucionais do processo civil, presentes nos diversos ordenamentos (hoje, em certa medida, também na Inglaterra, depois da *Human Rights Act* de 1998).

Dentro deste amplo espaço se movimentam as tendências contemporâneas de reforma do processo de conhecimento nos diversos países europeus. Mudar a disciplina do processo é a resposta mais simples, mais imediata e econômica em termos do emprego de recursos. Portanto, é particularmente é bem-vindo aos detentores do poder político.

Pelas mesmas razões, mudar a disciplina do processo pode ser uma resposta suficiente para fazer frente às emergências, apenas se intervém em um sistema em que as outras condições (legais e organizacionais) de administração da justiça civil sejam eficientes.

A comparação entre o processo civil italiano e o processo civil alemão se revela útil deste ponto de vista.

11. SEGUE: COMPARAÇÃO ENTRE O PROCESSO CIVIL ITALIANO E O PROCESSO CIVIL ALEMÃO

As modificações da fase preparatória da *Novella* de 1990 caminharam na mesma direção fundamental as da lei *Vereinfachungsnovelle* alemã de 1976: a concentração das atividades processuais em função da aceleração no julgamento da causa. A uma distância de dez anos e de quase trinta da entrada em vigor das duas reformas, respectivamente, é possível tentar fazer um rápido balanço

15 Cfr. WACH, 1896, p. 53.

comparativo. A reforma italiana não conseguiu determinar uma significativa inversão na tendência na duração média dos processos de conhecimento em primeiro grau. A *Vereinfachungsnovelle*, ao contrário, consolidou o processo civil alemão como um dos mais eficientes entre aqueles que são, na maioria, objeto de comparação em nível internacional.

As estatísticas judiciais atestam que a duração média de um processo ordinário de conhecimento perante os tribunais alemão tem sido, há anos, constantemente inferior a um ano. Para confirmar a impressão de eficiência obtida com leitura dos dados estatísticos, basta comparecer a dois, três ou mais tribunais, casualmente, no sul, no centro e no norte da Alemanha, para falar com juízes e advogados sobre suas experiências profissionais, verificar como são realizadas as audiências e como funcionam as secretarias do juízo, etc.¹⁶

Quais são as razões para a eficiência da justiça civil alemã?

Em uma primeira aproximação, como a ineficiência da justiça civil italiana é, afinal, apenas um caso particularmente sério da ineficiência média mais geral da nossa administração pública, a eficiência da justiça civil alemã é apenas um caso particularmente emblemático da eficiência média mais geral da administração pública alemã.

Existem também razões para a eficiência que se relacionam mais especificamente com o modo e as condições de trabalho dos juízes.

Os processos cíveis têm uma duração média menor na Alemanha, porque o juiz alemão (dos tribunais) em via de princípio estuda bem o caso desde o início, isto é, desde o depósito dos atos introdutórios da demanda.

Os juízes alemães são, portanto, profissionalmente mais capazes do que os juízes italianos? Certamente é invejável o cuidado e a atenção que há muito tempo é dispensado na Alemanha na formação dos juristas¹⁷. No entanto, a razão da eficiência não reside em uma hipotética excelência profissional dos juízes alemães, mas em uma razão mais prosaica: o juiz alemão estuda a causa com prontidão, pois tem ele, para análise, um número de causas muito menor em comparação ao seu colega italiano.

Por exemplo, em uma cidade de médio porte como Bielefeld (Vestfália), os juízes cíveis têm em torno de duzentos processos, cada um, para julgar (pelas informações que consegui reunir, este é de um dado comum a muitos tribunais da Alemanha).

Os fatores sob os quais o sistema judiciário alemão se encontra em um estado semelhante de graça comparado com o italiano não são difíceis de detectar.

16 Su questi aspetti, v. il contributo di PATTI, in questo fascicolo.

17 Come è stato incisivamente notato a suo tempo da CAPPELLETTI, 1957.

A alternativa é: menor taxa de litigiosidade ou maior número de juízes em vista do número da população residente?

Num cálculo que fiz há alguns anos atrás comparando os dados obtidos nas publicações dos respectivos institutos de estatística ⁽¹⁸⁾, cheguei ao resultado que, em relação à população residente, os juízes alemães (ordinários, trabalhistas, previdenciários) são cerca de cinquenta por cento a mais do que os juízes ordinários italianos (juízes profissionais e juízes de paz). A relação pode ter mudado com o aumento do número de juízes de paz em serviço, ao fim da década de 90 na Itália.

No entanto, a diferença numérica entre os juízes italianos e os juízes alemães permanece considerável.

A isto acrescenta-se a existência na República Federal Alemã da figura do *Rechtspfleger*, funcionário da administração da justiça que, no âmbito da jurisdição contenciosa, é competente para expedir medidas cautelares, além de ter amplas atribuições em matéria de liquidação das despesas judiciais, execução forçada e jurisdição voluntária.

Esta diferença numérica certamente afeta na menor duração média dos processos civis de conhecimento na Alemanha, em comparação com o processo civil na Itália, mesmo que a sua concreta incidência fosse valorizada a luz de toda uma série de outros fatores possíveis de serem comparativamente considerados entre os dois países¹⁹.

Quanto aos advogados, o brocardo *dum pendet rendet* é conhecido na Alemanha apenas nos livros de história do direito, uma vez que os honorários do advogado não são proporcionais aos atos singulares realizados, mas, em princípio, remunera toda a atividade realizada, e são devidos ao final da resolução do processo, quando são retribuídos após a inteira atividade desenvolvida²⁰. Segundo este sistema, o advogado percebe os mesmos honorários, independentemente, pouco importando, se a controvérsia tenha se encerrado imediatamente pela conciliação ou extinta por meio de uma sentença emanada ao fim do processo²¹.

Por fim, há infinitas razões de eficiência que dependem da disciplina processual, para as quais já chamei atenção em outras ocasiões²².

18 Cfr. CAPONI, 1998.

19 Tra questi fattori: il numero delle cause civili pendenti; il rapporto numerico tra giudici addetti al civile e giudici addetti al penale; il personale di cancelleria; le infrastrutture dell'amministrazione della giustizia.

20 Cfr. § 15 del Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, RVG.

21 Per una valutazione negativa dell'impatto dell'attuale formula per la determinazione dell'onorario degli avvocati sull'efficienza della giustizia civile italiana, v. MARCHESI, 2003, p. 100 ss.

22 CAPONI, 1998 e 2005.

12. PLURALIDADE DOS MODELOS DE TRATAMENTO

Em que direção estão avançando as reformas do processo civil na Europa?

A tendência principal encontra expressão na codificação da proporcionalidade entre os princípios do novo processo civil inglês e é encontrada em muitos sistemas europeus. A partir desse princípio, segue-se que a disciplina do processo ordinário de conhecimento é frequentemente articulado por meio de uma multiplicidade de modelos de tratamento da causa, calibrados nas características da simples controvérsia deduzida em juízo²³. Há uma pluralidade de modelos de tratamento da causa dentro de uma sequência procedimental unitária. A escolha entre um modelo de tratamento e outro é confiada ao juiz, em colaboração com as partes, e decorre do seu dever de direção formal do processo. É o que acontece no novo processo civil inglês, através da escolha entre *small claim track*, *fast track*, *multi track*; no processo civil francês, através da escolha entre *circuit court*, *circuit moyen* e *circuit long*; no processo civil alemão, por meio da escolha que ocorre precedentemente a audiência principal, por uma primeira audiência imediata ou mesmo por uma fase preliminar escrita²⁴.

A flexibilidade com que os vários modelos de tratamento podem se adaptar às características das demandas individuais aumenta se considerarmos que o andamento da sequência procedimental é marcado pelos termos previsto na lei, cuja duração é, porém, fixada concretamente pelo juiz, ou por determinações temporais de todo elásticas: exemplar o art. 764 do novo código de processo civil francês, segundo o qual o juiz da *mise en état* fixa sob medida e gradualmente os prazos necessários para a instrução e julgamento do processo, observada a natureza, urgência e complexidade deste, ouvidos os advogados. Assim como algumas previsões do código de processo civil alemão, segundo as quais “a audiência deve ocorrer o mais rápido possível” (art. 272, inc. III, ZPO), ou: a parte deve ‘prontamente’ dar a conhecer à outra parte, antes da audiência, os seus meios de ataque e defesa (art. 282, inc. I, ZPO), bem como comunicar prontamente à parte contrária, antes da audiência os meios de ataque e de defesa sobre os quais é previsível que esta não possa tomar posição sem que tenha obtido previamente estas informação (art. 282, inc. II, ZPO)²⁵.

Portanto, a tendência que vem ganhando aceitação em nível europeu é a de uma disciplina do processo de conhecimento completamente elástico,

23 TROCKER-VARANO, 2004, p. 247 ss., senza riferirsi esplicitamente al principio di proporzionalità

24 Per questo profilo, v. già CAPONI, 1998.

25 Così, testualmente, CAPONI, 1998.

que confia o desenvolvimento preferível no caso concreto às determinações discricionárias do juiz²⁶.

Neste contexto, a maior rigidez da disciplina do processo civil italiano se destaca em vários aspectos.

Em primeiro lugar, a técnica seguida na Itália para lidar com os diferentes tipos de controvérsias não é a multiplicidade dos modelos de tratamento dentro de uma sequência procedimental unitária, mas tendencialmente a pluralidade de procedimentos autônomos (ritos especiais a cognição plena ou sumária) que se põe ao lado ao processo ordinário de conhecimento. Por outro lado, o legislador italiano desenhou uma sequência procedimental para todos os tipos de litígios, o rito ordinário com uma idêntica sequência processual, que conhece apenas variantes decisórios (ver, por exemplo, o art. 281-*sexies* c.p.c.), bem como os provimentos antecipatórios de condenação (art. 186-*bis* e 186-*ter*, c.p.c.). As fases da sequência procedimental são rigorosamente previstas da lei, até mesmo os detalhes.

Em segundo lugar as margens para as decisões discricionárias do juiz quanto ao desenvolvimento formal do processo são ainda muito restritas, considerando que o juiz não pode atribuir prazos para a prática do ato sob pena de decadência ou preclusão, salvo nos casos expressamente previstos na lei (art. 152, c.p.c.).

Na doutrina italiana há um debate aceso, recentemente reativado pela explícita introdução na Constituição da garantia do “justo processo regido pela lei” (art. 111, par. 1º, Constituição Italiana), sobre os limites em que a disciplina do procedimento do processo ordinário de conhecimento pode ser confiada ao poder discricionário do juiz.

Resumindo para um hipotético jurista estrangeiro os termos de um debate muito conhecido na Itália, como uma primeira concepção, a reserva da lei não exclui que a determinação da disciplina processual possa ser confiada ao arbítrio do juiz. O legislador poderia adotar um esquema formal “caracterizado pela flexibilidade, privado de uma ordem procedimental rigidamente prefixada e com juiz dotado de (uma certa) liberdade na escolha das formas de atuação mais adequadas para a busca do resultado”, respeitando os limites inderrogáveis do contraditório entre as partes, em igualdade de condições, perante um juiz terceiro e imparcial⁽²⁷⁾. Como uma segunda concepção, a reserva legal requer, em vez disso, que a disciplina dos processos a cognição plena seja tendencialmente predeterminada pela lei²⁸. A essência destes processos consiste justamente nessa predeterminação legal, a única capaz de afastar a titularidade e exercício dos poderes das partes da sujeição ao arbítrio do juiz.

26 Cfr. R. STÜRNER, 2003, p. 159.

27 Così, TROCKER, 2000.

28 Così, PROTO PISANI, 2002.

13. ESTRUTURAS DO PROCESSO DE CONHECIMENTO

Acabou de se considerar que, em alguns dos mais importantes ordenamentos processuais europeus (inglês, francês, alemão), que a disciplina do processo ordinário de conhecimento se articula por meio de uma multiplicidade de modelos de tratamento da causa, dentro de uma sequência procedimental unitária.

Por sua vez, esta última sequência pode responder a um dos três modelos fundamentais do processo de conhecimento²⁹.

O primeiro modelo é aquele que se aplica na Itália, na França, na América do Sul (e que se aplicava na Espanha, antes da entrada em vigor do novo código de processo civil em 2000). Encontra sua origem remota no processo romano canônico e se divide em três fases: uma fase preparatória que se inicia com as trocas dos atos introdutórios e termina tendencialmente com a determinação do *thema decidendum* e do *thema probandum*; uma fase instrutória ou de investigação que é destinada a apurar os fatos a serem provados sob o controle do juiz instrutor, caracterizada de uma ou mais audiências sequenciadas; uma fase final que em seus traços tradicionais se encerra com a decisão da controvérsia por um colégio de juízes precedida por uma discussão da causa perante este.

O segundo modelo é aquele da estrutura bifásica, típico do clássico processo anglo-americano. Depois da troca dos atos introdutórios, há uma primeira fase, *pre-trial*, que serve para a colheita dos fatos e dos meios de prova necessários para a discussão da causa na sucessiva fase do *trial*. A primeira fase não visa a informar o juiz com a apresentação de provas, mas é apenas para informar exclusivamente as partes. Na segunda fase, totalmente oral, as partes apresentam ao juiz os fatos, os meios de prova e sua perspectiva jurídica da demanda³⁰.

O terceiro modelo, que nasceu e se desenvolveu na Alemanha em um período de tempo muito curto (o impulso determinante vem do discurso de Fritz Baur em Berlim em 1965), está centrado na “audiência principal” na qual a disputa deve encontrar (e geralmente encontra) a própria resolução. Esse modelo tem em comum com a segunda estrutura bifásica e reflete uma tendência dos sistemas processuais contemporâneos nesta direção³¹, mas se distingue do modelo de *trial*, porque a fase preparatória não serve apenas para informar as partes e permitir que elas se preparem para a audiência, mas também é útil para informar o juiz e a colocá-lo em grau de exercer ele próprio os poderes diretivos e probatórios no processo, bem como a antecipar parcialmente a instrução probatória.

29 STÜRNER, 2005, p. 223.

30 STÜRNER, 2005, p. 224.

31 TROCKER-VARANO, 2005, p. 252.

A este respeito, o artigo 273 ZPO é particularmente significativo no processo civil alemão, segundo o qual o juiz pode impor e ordenar a realização de uma série de atividades preparatórias para a audiência principal. Dentre estas atividades podemos citar: a integração ou o esclarecimento das alegações contidas nos atos introdutórios (com a atribuição, se necessário, de prazo para tal fim), a exibição de documentos e o depósito dos objetos a serem inspecionados, o comparecimento pessoal das partes, bem como o comparecimento das testemunhas a quem as partes se referirem, como também dos consulentes técnicos, a apresentação de documentos e de informações oficiais pela da Administração Pública. Apenas os aspectos relevantes da controvérsia não esclarecidos nesta fase preparatória são objeto de análise e discussão na audiência principal.

Este modelo, que requer *case management* por parte de um juiz profissional desde o início do processo, foi adotado não só no processo civil alemão, mas também, mais recentemente, no novo processo civil inglês, bem como pelo novo processo civil espanhol³².

Um dos maiores resultados que podem derivar de um olhar sobre as reformas do processo de conhecimento na Europa é próprio aquele de analisar plenamente o fruto do entendimento da pluralidade dos modelos de processo ordinário de conhecimento, na reflexão sobre o equilíbrio entre poderes das partes e poderes do juiz, sobre a existência e o modo de ser das preclusões, etc. O estudo desses aspectos não pode ser conduzido sem a constante consideração do modelo processual (assim como o modelo do gabinete do juiz e da profissão de advogado), no qual se inserem.

Esta observação é evidente no que diz respeito à alternativa entre o modelo do *trial* e o modelo trifásico de origem romano-canônica, mas não é menos evidente no que diz respeito à alternativa entre este último modelo e aquele que se funda sobre a audiência principal.

Em suma, uma coisa é o exercício dos poderes (das partes, do juiz) funcionais à preparação da audiência principal, em que a controvérsia tende a encontrar a própria resolução. Outra coisa é o exercício dos poderes dentro de um modelo em que tem uma fase instrutória formalizada em seguida a fase preparatória, como sempre acontece na Itália e na Alemanha apenas nos casos excepcionais em que a causa não encontra a própria definição na audiência principal. Neste contexto teórico, caracterizado por três modelos fundamentais do processo de conhecimento, deve-se aprofundar sobre a colocação dos ritos especiais a cognição plena, como o rito das causas trabalhistas e societárias na Itália.

32 STÜRNER, 2005, p. 224 s.

Se aprofundarmos sobre esta perspectiva, talvez pudesse se dissolver um pouco a carga ideológica com que as vezes nos deparamos sobre o tema relacionado entre os poderes das partes e os poderes do juiz.

Um ensaio sobre este assunto foi desenvolvido com relação a disciplina das provas em outro lugar, no qual se remete a leitura³³.

14. NATUREZA RESIDUAL DO PROCESSO DE CONHECIMENTO NA ESTRUTURA TRIFÁSICA.

Neste contexto, a recente observação segundo o qual “o século XX ficará para a história como o período em que a legislação e a doutrina processual desenvolveram toda uma série de instrumentos (muitas vezes de origem muito antiga, que remonta o direito comum da Idade Média) com o objetivo de tornar residual o processo a cognição plena do sistema da tutela jurisdicional dos direitos como um todo”, embora reconheça que ele “permanece sempre como baluarte inexpugnável de garantia” no sistema da tutela jurisdicional dos direitos³⁴.

Sem dúvida, o processo a cognição plena, nos diversos ordenamentos europeus (como também nos Estados Unidos), nunca foi a via necessária para a proteção da tutela de qualquer direito. A existência ou não da tendência verso à residualidade do processo a cognição plena depende, no entanto, da sua estrutura e do seu grau de eficiência em cada ordenamento jurídico.

No atual quadro evolutivo dos modelos do processo de conhecimento, não tanto o processo de cognição plena, mas o processo de cognição com estrutura trifásica de origem romano-canônica está emergindo cada vez mais como residual. No plano interno italiano, o recurso a ele é comprimido no empenho pelo uso dos títulos executivos de formação extrajudicial, dos procedimentos monitórios, da flexibilização da instrumentalidade dos provimentos cautelares antecipatórios, etc. No plano europeu, a difusão deste modelo com estrutura bifásica, típico do clássico processo anglo-americano, no qual prevê o completo desenvolvimento do processo a cognição plena tem sido sempre exceção: só um percentual de causa muito baixa segue para a fase *trial*, enquanto uma esmagadora maioria encontra sua definição na fase *pre-trial*³⁵.

33 CAPONI, 2005.

34 Così, PROTO PISANI, 2005.

35 Cfr. STÜRNER, 2001, p. 17.

BIBLIOGRAFIA:

ANDREWS, *A new Civil Procedural Code for England: Party- Control “Going, Going, Gone”*, in ZZPInt 4, 1999, p. 3 ss.

ANDREWS, *English civil procedure: fundamentals of the new civil justice system*, Oxford, 2003.

BAUR, *Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozeß* (1965), Berlin, 1966.

BAUR, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozeß*, in *Juristische Blätter*, 1970, p. 445 ss.

BENDER, *Die „Hauptverhandlung“ in Zivilsachen*, in *DriZ*, 1968, p. 163 ss.

CADIET, *Le modes alternatifs de reglement des conflits en France, entre tradition et modernité*, Firenze, 24 ottobre 2005, Seminario di dottorato.

CAPONI, *Le riforme della giustizia civile italiana degli anni novanta sullo sfondo della giustizia civile tedesca*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 563 ss.

CAPONI, *I poteri probatori delle parti e del giudice nel processo civile tedesco dopo la riforma del 2001*, in *Atti del XXV Convegno nazionale fra gli studiosi del processo civile, Le prove nel processo civile*, Cagliari 7-8 ottobre 2005.

CAPPELLETTI, *Studio del diritto e tirocinio professionale in Italia e in Germania*, Milano, 1957.

CAPPELLETTI, *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milano, 1962.

DONZELLI, *La fase preliminare del nuovo processo civile inglese e l'attività di case management giudiziale*, in *Davanti al giudice. Studi sul processo civile societario*, a cura di L. Lanfranchi e A. Carratta, Torino, 2005.

GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: «nuova retorica» e teoria del processo*, in *Sociologia del diritto*, 1986, p. 81 ss.

GROSSI, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1997, p. 175 ss.

HESS, *Effektiver Rechtsschutz vor staatlichen Gerichten aus deutscher und vergleichender Sicht*, relazione tenuta il 7 aprile 2005 a Varsavia, al convegno della *Wissenschaftliche Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht*, in corso di stampa.

KLEIN, *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse* (1901), seconda ed., Frankfurt, 1958.

MARCHESI, *Litiganti, avvocati e magistrati*, Bologna, 2003. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1997. PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 cost. e il giusto processo civile*,

in *Foro it.*, 2000, V, 241.

PROTO PISANI, *Appunti sul valore della cognizione piena*, *Foro it.*, 2002, V, c. 65 ss.

PROTO PISANI, *Allegazione dei fatti e principio di non contestazione nel processo civile*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 604 ss.

PROTO PISANI, *Verso la residualità del processo a cognizione piena*, in *Foro it.*, 2005, V.

M. STÜRNER, *The Search for Principles: Paradigmenwechsel im englischen Zivilprozessrecht*, in *ZVglRWiss* 103 (2004), p. 349 ss.

R. STÜRNER, *Why Are Europeans Afraid to Litigate in the United States?*, in *Saggi, conferenze e seminari del Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Roma, 2001.

R. STÜRNER, *Einstweiliger Rechtsschutz, General Bericht*, in STORME (ed.), *Procedural Laws in Europe – Towards Harmonisation*, Antwerpen/Apeldoorn, 2003, p. 143 ss.

R. STÜRNER, *The Principles of Transnational Civil Procedure*, in *RabelsZ*, 2005, p. 201 ss.

TARZIA, *Les pouvoirs d'office du juge civil en matière de preuves*, in *Mélanges Perrot*, Paris, 1996, p. 469 ss.

TROCKER, *Il valore costituzionale del «giusto processo»*, in *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile*, a cura di M. G. Civinini e C. M. Verardi, Milano, 2000, p. 41 ss.

TROCKER -VARANO, *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Torino, 2005.

WACH, *Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung* (1879), seconda ed., Bonn, 1896.

ZUCKERMAN, *Civil procedure*, London, 2003.