

AUTONOMIA PRIVADA E PROCESSO CIVIL: OS ACORDOS PROCESSUAIS¹

Remo Caponi

Professor de Direito Processual Civil na Universidade de Florença,
Itália.

RESUMO: Comparando a experiência de vários países, o artigo trata da autonomia privada no Processo Civil e de institutos similares em processos administrativos e em tribunais arbitrais.

PALAVRAS-CHAVE: Acordos processuais. Processo civil.

ABSTRACT: Comparing the experience of several countries, the article deals with the private autonomy in civil procedure and similar institutes in administrative proceedings and arbitral courts.

KEYWORDS: Procedural agreements. Civil procedure.

SUMÁRIO: 1. Premissa. – 2. Tipologia de acordos das partes. – 3. Diminuição de eficiência da regulação unilateral estatal e difusão de estruturas normativas cooperativas e consensuais. – 4. Fatores históricos da tensão entre acordos de partes e processo. – 5. Tendência de extensão da autonomia privada. – 6. Experiência alemã. – 7. Experiência italiana: silêncio ocasionalmente rompido. – 8. Ausência de visão contrastante entre arbitragem e Justiça estatal. – 9. Código de Processo Civil de 1942. – 10. Saída do

¹ *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*. Publicado em Quaderni della Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile – vol. 11 – Accordi di Parti e Processo. Milão: Giuffrè, 2008; e em *Civil Procedure Review*, v.1, n.2: p.42-57, jul./set., 2010, disponível em: <www.civilprocedurereview.com>. Acesso em: 29 out. 2013. Traduzido para o português por Pedro Gomes de Queiroz. Mestrando em Direito Processual na UERJ, pós-graduando *lato sensu* em Direito Processual Civil na PUC - Rio e advogado no Rio de Janeiro. O texto constituiu a base da intervenção do Prof. Remo Caponi na jornada de estudo *Accordi di Parte e Processo*, por ocasião do sexagésimo aniversário da fundação da *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Bolonha, 1º dez. 2007, bem como da apresentação feita na convenção da *Università degli Studi di Siena, Poteri del giudice e diritti delle parti nel processo civile*, ocorrida em Siena a 23-24 nov. 2007, por ocasião da apresentação do livro de F. Cipriani, *Piero Calamandrei e la procedura civile*, Nápoles, 2007. Foi parcialmente mantida a forma de exposição oral, com a adição de um aparato essencial de notas.

estado de sítio com uma proposta radical. – 11. Desenvolvimentos. – 12. Exemplos. 13 – Observatórios sobre a Justiça Civil. – 14. Trauma da separação do Direito Processual do Direito substancial. – 15. Posição “especial” do Direito processual Civil no pensamento de Chiovenda. – 16. Confronto com a experiência do Direito Administrativo. – 17. Acordo de partes e princípio da legalidade na disciplina do processo.

1. – O seminário sobre “Acordos de partes e processo” se coloca na melhor tradição interdisciplinar da *Trimestrale*, que tanto fascina os estudiosos intolerantes com as barreiras mentais levantadas em defesa dos famigerados setores científico-disciplinares.

2. – O tema pode ser desenvolvido em ao menos duas direções fundamentais.

A primeira tem por objeto os acordos direcionados à composição das lides, em seus reflexos sobre o processo civil².

A segunda tem por objeto os acordos que, segundo uma primeira e genérica definição, incidem sobre o desenvolvimento do processo civil.

3. – Sigamos na segunda direção: os acordos processuais.

É este um ângulo visual privilegiado para observar como a tensão entre direito (e autonomia) das partes e poderes do juiz, isto é, autoridade do Estado, se perfila e se desenvolve na época moderna, no processo civil.

A reflexão, portanto, não é sobre este ou aquele acordo processual, mas sobre o problema mesmo da relação entre autonomia privada das partes e disciplina legislativa do processo civil estatal, com o objetivo de estender as margens da negociabilidade das regras processuais, para descobrir aquilo que efetivamente não é negociável.

Inserida no mais amplo contexto das relações entre a sociedade civil e o Estado³, esta perspectiva se propõe a colher os sinais do tempo: a diminuição da capacidade de regulação do Estado segundo o modelo tradicional, baseado na imposição unilateral da regra de conduta⁴; a difusão de estruturas cooperativas e consensuais de normatividade,

² Para um amplo panorama v. GABRIELLI, Luiso, *I contratti di composizione delle liti*, Turim, 2006. Para um ponto de vista limitado aos acordos entre os cônjuges, referentes à crise conjugal, v. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile (appunti sul possibile ruolo del notaio nella crisi coniugale)*, in *Foro it.*, 2008, V, no prelo.

³ Sociedade civil e Estado: um binômio de que não se pode renunciar totalmente, não obstante o difundido e incisivo multiplicar-se de níveis ultraestatais de formação do direito.

⁴ GRIMM (Coord.), *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts?*, Baden-Baden, 1990.

como tentativa de compensar a perda de poder de autoridade⁵, e de colocar o acordo (*Vertrag*) ao lado do comando (*Gebot*), como outra forma originária de formação do vínculo jurídico⁶.

4. – A relação de tensão entre acordos de partes e processo, entre autonomia privada e disciplina do instrumento institucional de composição das controvérsias, não é um dado inscrito na natureza das coisas, mas sim um fenômeno historicamente condicionado por dois fatores.

O primeiro fator se coloca no plano da história dos fatos: o desenho do Estado moderno entre o século XVII e o século XVIII, de se apropriar da função de fazer justiça e de reivindicar para si o monopólio da legislação em matéria processual, na tentativa de remediar a degeneração do processo romano-canônico. Este propósito marginaliza uma dimensão de Justiça não estatal, produzida em um processo – o *ordo iudiciarius* medieval –, cujos princípios provêm das regras da retórica e da ética, elaboradas, portanto, pela mesma comunidade a que pertencem os protagonistas do processo⁷.

O segundo fator se coloca no plano da história do pensamento jurídico. A origem é um verdadeiro e próprio terremoto ideal, que teve seu epicentro na Alemanha na metade do século XIX e que conduz, em poucas décadas, a uma mudança de natureza da reflexão sobre a proteção judiciária dos direitos a respeito de sua fundação jusnaturalista: o abandono do leito do *ius privatum* e a clara escolha em favor da colocação do Direito Processual Civil no *ius publicum*.

5. – Porque todos os fenômenos históricos, como têm um início, têm também um fim e a sua evolução se torna uma – mais ou menos longa – história de seu fim, se pretende dar início à investigação se, no nosso presente, já se vislumbra algum sinal premonitório de modo a contribuir para seu amadurecimento ideológico, na esperança de que esta abordagem histórica não se revele de todo miserável à moda de Popper⁸.

⁵ BECKER, *Kooperative und konsensuale Strukturen in der Normsetzung*, Tübingen, 2005.

⁶ Cf. HOFMANN, *Gebot, Vertrag, Sitte*, Baden-Baden, 1993, que individua no comando, no acordo e no costume as três formas originárias da fundação do vínculo jurídico.

⁷ Cfr. GIULIANI, *Ordine isonomico ed ordine asimmetrico: 'nuova retorica' e teoria del processo*, in Soc. del dir. 1986, p.81 ss. Sobre as pesquisas de Giuliani e de Picardi, v. as observações de NÖRR, *Alcuni momenti della storiografia del diritto processuale*, in Riv. dir. proc., 2004, p. 1 ss.; sobre o tema v. CHIZZINI, *Anticam exquirite matrem - Romanesimo e germanesimo alle fonti del giusto processo civile*, in *Giusto processo civ.*, 2006, p. 131 ss.

⁸ POPPER, *Miseria dello storicismo*, Milão, 1975.

A direção de marcha é no sentido de uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo, nos limites em que isto não obstaculize a eficiência do processo em relação ao escopo da justa composição da controvérsia.

6. – Um, seja por um rápido olhar comparativo quanto às experiências alemã e italiana em tema de acordos processuais, descobre imediatamente que a primeira se encontra avante da segunda na direção de marcha acima indicada.

Isso vale não somente pelos pontos mais avançados da reflexão doutrinária.

Assim é pela obra de Peter Schlosser: ele pretende inspirar a avaliação da atividade consensual das partes no processo civil de acordo com o critério “*in dubio pro libertate*”⁹.

Assim é pela obra de Gerhard Wagner: ele pretende “revitalizar” a autonomia privada no processo civil, realizando uma distinção fundamental entre duas categorias de acordos processuais. A primeira concerne aos acordos com os quais as partes se empenham a exercitar ou, mais frequentemente, a não exercitar os poderes processuais (disposição de poder, *Befugnisdisposition*): v. g., *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo*, acordo de renunciar à ação. Esses não tocam ao âmbito de validade e vigência das normas processuais. Portanto a sua admissibilidade geralmente emana da “correlação de avaliações” entre Direito Privado e Direito Processual Civil¹⁰. A segunda categoria de acordos diz respeito aos atos de derrogação consensual a normas processuais (disposição da norma, *Normdisposition*): v. g., acordos de derrogação da competência, pactos relativos ao ônus da prova. Esses necessitam de uma previsão legislativa, mas a correlação de avaliações entre Direito Privado e Direito Processual Civil demanda a indicação de motivos concretos que impõem e legitimam uma limitação da autonomia privada processual das partes. Isso pode acontecer não só em

⁹ SCHLOSSER, *Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozeß*, Tübingen, 1968.

¹⁰ Há muitas décadas está aberta a perspectiva de recuperação de uma correlação de avaliações entre Direito Privado e Direito Processual Civil. Escreve Wolfram em 1970: “nós não podemos dizer que o Processo persegue o escopo de atuar o direito subjetivo ou de defendê-lo. Nós dizemos, de modo melhor, que o Direito pode e tem a permissão de ser exercitado no Processo e que o nosso Direito Processual fixa limites para este exercício, limites que, em seus efeitos, são comparáveis aos limites fixados pelo Direito substantivo. Se os efeitos são comparáveis e são reconduzíveis a condutas comparáveis, então mesmo as apreciações do Direito Processual devem estar de acordo com aquelas adotadas pelo Direito substancial em relação ao exercício extrajudicial do direito. A vantagem que uma parte consegue a cargo da outra no desenvolvimento do Processo não pode ser fundada sobre pontos de vista atinentes ao bem público. Tal vantagem deve fundar-se sobre avaliações adequadas ao direito subjetivo privado”. Assim, HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 62 s., com reenvio em nota ao pensamento de NEUNER, *Privatrecht und Prozeßrecht* (1925).

vista da tutela dos interesses públicos, mas também de interesses de uma das partes, como o interesse ao processo justo¹¹.

A posição avançada da experiência alemã na valorização da autonomia privada das partes no processo civil se colhe ainda no afresco pintado por Dieter Leipold sobre a posição tradicional nas páginas do comentário de Stein Jonas¹². Inicia Leipold: “enquanto a disciplina do Direito Civil é em grande parte dispositiva, para a qual a regra é a sua revogabilidade por contrato, isto não ocorre no Direito Processual Civil, que deixa um espaço exíguo e tipificado à autonomia negocial das partes, em razão do caráter de Direito Público da disciplina do processo civil”¹³. Ainda: “no Direito Processual Civil não vige o princípio da liberdade contratual. Em outros termos, não há espaço ali para um processo convencional, isto é, um processo cujas regras possam ser determinadas através do acordo das partes”¹⁴.

Mas, a certo ponto, o discurso muda, quase subitamente, não tanto pelo reconhecimento da admissibilidade de contratos processuais, quando esses não colidem com disposições cogentes do Código de Processo Civil¹⁵, quanto pela explícita afirmação de que “as partes podem (sem necessidade de um particular fundamento legislativo) vincular-se contratualmente ao cumprimento ou à omissão de atos processuais, se isto não colide contra proibições legislativas, os bons costumes ou contra interesses da administração da Justiça subtraídos da disponibilidade das partes. Neste âmbito, a liberdade contratual corresponde ao princípio dispositivo (*Dispositionsmaxime*) e ao princípio de negociação (*Beibringungsgrundsatz*)”¹⁶.

7. Completamente diferente é o panorama que se abre ao se lançar um olhar sobre a experiência italiana. Sobre a categoria dos acordos processuais, em si e per si considerada, há um substancial esquecimento.

¹¹ WAGNER, *Prozeßverträge*, Tübingen, 1998.

¹² LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 22. ed., 3, Tübingen, 2005, premissa ao §128, p. 111 ss.

¹³ LEIPOLD, STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 111. No mesmo sentido, ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, in *Humane Justiz*, Peter Gilles (Coord.), Frankfurt, 1977, p. 1: “subsiste um interesse público à conformação do procedimento, pelo qual vastos setores do Direito Processual Civil têm um caráter cogente e não podem ser modificados através do acordo das partes”.

¹⁴ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 111.

¹⁵ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 111. No mesmo sentido, ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, cit., p. 1: “a opinião hoje dominante considera todavia que acordos processuais (contratos processuais) são possíveis, quando esses não colidem com disposições cogentes do Código de Processo civil. O problema da sua admissibilidade consiste na delimitação entre Direito Processual cogente e Direito Processual dispositivo. Tal delimitação emana da contraposição entre interesse privado e interesse público.

¹⁶ LEIPOLD, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, cit., p. 112.

Sobre o ponto, a doutrina italiana conserva atualmente, em regra, um silêncio, rompido, às vezes, por alguma breve voz enciclopédica, por alguma nota de sentença, bem como por alguma observação de rodapé nos estudos doutrinários dedicados a outros assuntos. O tema parece, ao invés, seco na reflexão italiana contemporânea, abandonado a episódios de intervenção jurisdicional condicionada, como é inevitável, à análise do caso concreto¹⁷, enquanto as energias dos estudiosos se concentram principalmente no estudo de singulares tipos de acordos processuais¹⁸.

8. – O primeiro fator é devido a uma concepção de molde classicamente liberal, que não conhece alternância ou via intermediária entre a Justiça arbitral, de um lado, e a Justiça estatal do lado oposto.

Expressão exemplar desta disposição mental é a crítica negativa da categoria dos acordos processuais desenvolvida por Salvatore Satta na sua contribuição à doutrina da arbitragem de 1931¹⁹.

No espaço intercorrente entre a arbitragem reconstruída em base integralmente privada e contratual, de um lado, e o processo civil estatal enrijecido na disciplina legislativa, do outro lado, para Satta ali há o vácuo: “o ponto de contraste sobre a admissão dos contratos processuais transcende a sua singular manifestação para tocar as raízes mais íntimas de todo o Direito Processual, isto é, a concepção do processo na sua estrutura e na sua função não só jurídica, mas talvez, ao mesmo tempo, social. Se trata, em suma, de decidir sobre a convencionalidade ou não do processo, isto é, de aceitar a ideia da relação pública que prevalece nas concepções e nas legislações modernas, ou de retornar ao antigo. Os contratos processuais representam uma nostalgia deste antigo”²⁰.

Este ponto de vista é muito mais comum do que se pensa, especialmente entre os estudiosos da arbitragem²¹.

¹⁷ Para um interessante caso concreto, Cass. 12 ago. 1991, n. 8774, com comentário de TOMBARI FABBRINI, *In tema di «pactum de non exequendo»*, in Foro it., 1992, I, 1846.

¹⁸ Também DE STEFANO, *Studi sugli accordi processuali*, Milão, 1959, reúne sobre este título reflexões não sobre a categoria em geral dos “atos e disposições com que as partes, na previsão de um juízo ou no curso deste, preveem de diversas formas a disciplina da sua relação processual”, mas sim sobre dois tipos particulares de acordos processuais: os pactos sobre provas e os acordos processuais executivos.

¹⁹ SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato* (1931), rist., Milão, 1969.

²⁰ Assim, SATTA, *Contributo alla dottrina dell'arbitrato* (1931), rist., Milão, 1969.

²¹ No passado recente, escrevi algumas frases que podem dar margem a equívocos: “a autonomia privada, ou melhor, o caráter normalmente disponível das relações jurídicas privadas incide unicamente sobre alguns aspectos típicos da disciplina do Processo civil estatal: o início, o fim, o objeto do Processo. Uma concepção que visse uma incidência atípica e difusa da autonomia das partes no Processo civil estatal constituiria uma manifestação da ideologia liberal antiga. No pluralismo cultural e ideológico que caracteriza as sociedades contemporâneas, a ideia de que o Processo civil seja somente um negócio privado das partes não pode ser banida. Todavia, essa encontra a própria realização não já no Processo

O segundo fator, de matriz oposta, é a virada publicista que se verifica com o Código de Processo Civil de 1942²². A barra aponta diretamente para o “reforço da autoridade do juiz”²³, no quadro da concepção do processo civil como meio de atuação do direito objetivo no caso concreto.

Relega-se, ao invés, ao fundo as utilidades que os indivíduos se prometem conseguir no momento em que iniciam um processo e a reflexão sobre a possibilidade destas utilidades serem obtidas também por outros instrumentos diversos do desenvolvimento de um processo judicial ou de seu êxito que se condensa na sentença que estabelece a vontade da lei no caso concreto.

Esta reviravolta pode ser colhida de modo emblemático na degradação da disciplina dos métodos alternativos de composição das controvérsias, como a conciliação e a arbitragem, em relação à sua posição privilegiada, ao início do Código de Processo Civil de 1845.

Sintomática é ainda a não previsão expressa de instrumentos negociais de composição da controvérsia no curso do processo, como o reconhecimento da demanda ou a sua renúncia.

10. – À presença do estado de assédio promovido pelas frentes opostas, se quer evitar ser definitivamente sufocada, a teoria dos contratos processuais deve tentar uma saída enérgica, quase jogando por tudo ou nada.

Encontramos, nos dias de hoje, uma obra de vasto fôlego que tem a sensibilidade, a coragem e a paciência de discutir *ab imis* o fundamento do cânone da tipificação dos acordos processuais e de propor a indagação radical: porque o princípio da autonomia contratual *ex art. 1322 c.c.*²⁴ não tem espaço para se explicar no processo civil?

civil estatal, mas sim na arbitragem” (assim, CAPONI, *In tema di autonomia e certezza nella disciplina del processo civile*, in Foro it., 2006, I, 136).

Hoje, continuo a compartilhar o senso fundamental daquela passagem: o Processo civil não pode ser de algum modo reconstruído como um negócio privado das partes. Serei somente mais cauteloso em restringir dentro de uma tipificação legal a incidência da autonomia privada das partes na conformação do processo, mas sobre este ponto reenvio aos sucessivos desenvolvimentos no texto.

²² São vistas sobre o ponto as reflexões de CIPRIANI, *Ideologie e modelli del processo civile*, Nápoles, 1997.

²³ V. a *Relazione al Re* para a aprovação do texto do Código de Processo civil, in *Codice di procedura civile*, CIPRIANI, D’ELIA, IMPAGNATIELLO (Coord.), Bari, 1997, p. 209.

²⁴ Nota do tradutor (N. T.): O art. 1.322 do *Codice Civile* italiano dispõe: “*Autonomia contrattuale. Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge (e dalle norme corporative).*”

Le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento

Caso se saia do ponto fechado do caráter instrumental do processo e da autonomia dos privados, se pode derrubar a formulação tradicional e considerar que a disciplina do processo e dos seus resultados possa se abrir a uma fonte de regulamentação negocial, também em via atípica, *ex art. 1322, parágrafo 2º, c.c.*, dentro dos limites do respeito das normas imperativas, da ordem pública e do bom costume, limites que são postos em defesa de uma alocação proporcional dos recursos estatais, de modo a assegurar à coletividade um serviço eficiente de Justiça civil.

Dentro destes limites, cujo respeito compete ao juiz verificar, o contrato processual se impõe a este como se lhe imporia um contrato substancial entre as partes.

11. – Por que a solução deveria ser negativa se aquela condição de proporcionalidade e de eficiência na alocação dos recursos públicos é respeitada?

Por que a solução deveria ser negativa se a autonomia privada permanece sempre a fonte principal da regulamentação dos interesses dos particulares deduzidos em juízo?

Se for verdade que o processo é dirigido a assegurar que os interesses protegidos pelas normas de direito substancial sejam realizados, mesmo nas hipóteses de falta de cooperação espontânea entre os sujeitos do processo, porque não recuperar todos os espaços de utilidade para esta última, ali onde a cooperação não falhou totalmente, mas se dirige a uma convergente disciplina negocial de algumas das relações processuais das partes?

Trata-se certamente de uma mudança da formulação atual (pela verdade submersa e implícita, ao invés de enunciada expressamente).

Isso, todavia: a) poderia promover uma interpretação extensiva do campo de aplicação das figuras dos acordos processuais atualmente previstas pela lei; b) ofereceria uma base normativa sólida a figuras de acordos processuais, como o *pactum de non petendo*, ou o *pactum de non exequendo* que têm uma tipicidade histórica e social, mas não legal (ao menos não em via geral)²⁵; c) faria sim com que o acordo

giuridico.”. ITÁLIA. *Codice Civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36451>>. Acesso em: 03 nov. 2013. Tradução: Autonomia contratual. As partes podem livremente determinar o conteúdo do contrato nos limites impostos pela lei (e pelas normas corporativas).

As partes podem ainda celebrar contratos que não pertençam aos tipos que têm uma disciplina particular, desde que sejam destinados a realizar interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.

²⁵ São proibidos os acordos de reestruturação dos débitos na recente lei de reforma do Direito Falimentar, sobre os quais v. M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, in Foro it., 2006, I, c. 263, bem como GABRIELLI, Luiso, *I contratti di composizione delle liti*, Torino, 2006.

constituísse um limite ao exercício dos poderes de ofício do juiz, prévio juízo em concreto a cargo deste último acerca do mérito *ex art.* 1322, parágrafo 2º, c.c., do interesse perseguido pelas partes com o acordo processual, à luz do mencionado cânone de eficiência da justiça civil estatal; d) promoveria uma sucessiva tipificação legal dos acordos processuais, que faça própria, em via geral e abstrata, de uma vez por todas, a avaliação jurisprudencial de admissibilidade.

12. – Proponhamos algum exemplo de acordo processual, cuja admissibilidade deveria ser prevista de uma vez por todas pela lei, para subtraí-la de uma avaliação em concreto por parte do juiz.

A) Proposição de uma demanda nova no juízo de primeiro grau (já admitida pela jurisprudência no rito ordinário, como “aceitação do contraditório”).

B) Superação das preclusões²⁶.

C) Escolha de um modelo de tratamento entre uma pluralidade de modelos predeterminados pela lei, dentro de uma sequência procedimental unitária.

A perspectiva é *de iure codendo*: muitos sistemas processuais europeus tendem a articular a disciplina do processo ordinário de cognição em uma multiplicidade de modelos de tratamento da causa, calibrado pela tipologia do valor, da matéria ou, mais frequentemente, da complexidade da controvérsia deduzida em juízo²⁷. É o que acontece no novo Código de 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 através da escolha de fazer preceder a audiência principal de uma primeira audiência imediata ou de um procedimento preliminar escrito²⁸.

A escolha entre um modelo de tratamento e outro é confiada ao juiz, em colaboração com as partes e está incluída entre os seus deveres de direção formal do processo, mas se poderia prever que o acordo entre as partes vinculasse o juiz.

D) Acordo sobre processo modelo. A prática e a reflexão científica na experiência alemã reconhecem às partes, em hipóteses em que pendem causas repetitivas, que pressupõem o exame de questões idênticas ou análogas, a possibilidade

²⁶ Neste sentido, v. PROTO PISANI, *La nuova disciplina del processo civile*, Nápoles, 1991, p. 232, que requer o respeito às formas indicadas pelo art. 306, parágrafo 2º, c.p.c.

²⁷ Cf. TROCKER, *Il processo civile in prospettiva comparatistica: recenti tendenze evolutive*, in *Rass. forense*, 2006, p. 1465 ss.

²⁸ Cf. CAPONI, *Modelli europei del processo di cognizione: l'esempio tedesco*, in *Questione giustizia*, 2006, p. 163 ss.

de estipular um acordo (*Musterprozessabrede*, *Musterprozessvertrag*), submetido a princípio à disciplina do Código Civil, com base no qual são tratadas apenas algumas causas, é suspenso o termo de prescrição dos direitos, objetos das causas que suportam uma detenção provisória²⁹, e se convêm que o conteúdo da decisão produzida no processo modelo, na parte em que este importa também nas causas suspensas, vincula o juiz na definição destas últimas. Sob este aspecto, o acordo é equiparado a uma transação ocorrida entre as partes. A nova disciplina das impugnações facilita o acesso à Corte Suprema das causas modelo de modesto valor econômico, mas de significado fundamental³⁰.

Entram no contexto da valorização da autonomia privada no processo civil, se bem que atos unilaterais, o reconhecimento da demanda e a renúncia à ação, nos processos relativos a direitos disponíveis.

No ordenamento alemão, se uma das partes reconhece em tudo ou em parte a pretensão feita valer contra ela, é emanada uma sentença condenatória conforme o conteúdo da declaração de reconhecimento³¹. Isso importa que o juiz a princípio não tem de verificar os fatos alegados pelo autor, nem verificar se estes fundam *in iure* a pretensão feita valer³², mas deve se limitar a verificar a subsistência dos pressupostos processuais. Diferentemente da tese prevalente no ordenamento francês, no ordenamento alemão se tende a ver no reconhecimento um ato puramente processual³³. A sentença dada sobre o reconhecimento é impugnável pelos meios ordinários³⁴.

²⁹ O poder das partes de estipular um acordo de moratória relativo à decorrência do termo de prescrição se funda no § 205 BGB (“o termo de prescrição é suspenso quando o devedor é legitimado a recusar a prestação com base em um acordo com o credor”).

³⁰ Sobre o tema se pode ver, entre outras, a recente monografia de JACOBY, *Der Musterprozessvertrag*, Tübingen, 2000. Em 2005 foi aprovada a lei sobre processos modelos nas controvérsias dos mercados financeiros *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz (KapMuG)*. Cf. CAPONI, *Modelli europei di tutela collettiva nel processo civile: esperienze tedesca e italiana a confronto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007. Vê-se, agora, na Itália, a imperfeita realização de uma forma de tutela coletiva através do art. 140-bis do Código de Consumo, introduzido pela lei n.º 244 de 2007 (financeira 2008).

³¹ Cf. o § 307 ZPO, onde se prevê que o reconhecimento possa ocorrer em audiência ou no procedimento preliminar escrito. A reforma de 2002 aboliu a necessidade de uma oportuna petição do autor para o fim da emanação de uma sentença sobre o reconhecimento (acolhendo, assim, uma solução a qual a jurisprudência já havia chegado). Uma disposição análoga é prevista pelo § 395 ZPO austríaca.

³² Cf. LEIPOLD, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, 20. ed., 4/1, Tübingen, 1998, p. 74 ss., onde são recordadas as limitações (pretensão contrária às normas imperativas, à ordem pública, ao bom costume, matéria subtraída a disposição das partes, etc.); ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozeßrecht*, 16 ed., Munique, 2004, p. 920 ss.

³³ LEIPOLD, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 72. Para indicações sobre a tese minoritária que vê no reconhecimento uma dúlice natureza (processual e substancial), v. CARRATTA, *Il principio della non contestazione nel processo civile*, Milão, 1995, p. 525 ss.

³⁴ Cf. LEIPOLD, in STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, cit., p. 80.

F) acordo sobre a qualificação jurídica aplicável para resolver a controvérsia, seguindo o modelo do art. 12, parágrafo único, do Código de Processo Civil francês³⁵.

Ainda no ordenamento alemão, a ausência de poder do juiz de avaliar *in iure* a pretensão feita valer pelo autor em hipóteses de reconhecimento da demanda abriu a porta à ideia de que o acordo das partes possa vincular o juiz a certa qualificação jurídica do caso deduzido em juízo ou a certo conjunto de normas³⁶.

No ordenamento italiano esta perspectiva é muito problemática, para a formulação atual do art. 113 c.p.c.³⁷, que prevê como alternativa à pronúncia segundo direito somente a pronúncia segundo equidade. Uma evolução nesta direção poderia iniciar-se somente com uma correção da formulação do art. 113 c.p.c. que ressaltasse a pronúncia segundo direito, “salvo se a lei dispuser de outra forma”, no quadro de uma concepção do processo civil que acentue a sua função de composição das controvérsias.

13. – Um discurso à parte, como explicação de uma forma de autonomia coletiva que envolve não somente as partes, mas também os ofícios judiciais, merece a praxe do “contrato de procedimento” (*contrat de procédure*), iniciada no ordenamento francês.

Com tais acordos, juízes e advogados decidem juntos sobre a tabela temporal de desenvolvimento das atividades processuais, sobre termos para o cumprimento dos atos

³⁵ Texto do art. 12: «Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables. Il doit donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée. Toutefois, il ne peut changer la dénomination ou le fondement juridique lorsque les parties, en vertu d'un accord exprès et pour les droits dont elles ont la libre disposition, l'ont lié par les qualifications et points de droit auxquels elles entendent limiter le débat.

Le litige né, les parties peuvent aussi, dans les mêmes matières et sous la même condition, conférer au juge mission de statuer comme amiable compositeur, sous réserve d'appel si elles n'y ont pas spécialement renoncé». Tradução: O juiz deve decidir a disputa de acordo com as regras de direito que se aplicam.

Ele deve dar ou restituir a sua exata qualificação aos atos ou fatos litigiosos, sem se prender à denominação que as partes houverem proposto.

Entretanto, ele não pode alterar a denominação ou a fundamentação jurídica quando as partes, em virtude de um acordo expresso e para os direitos dos quais tenham a livre disposição, as tenham vinculado quanto às qualificações e questões jurídicas a que tenham querido limitar o debate.

Nascido o litígio, as partes podem também, dentro das mesmas matérias e sobre a mesma condição, conferir ao juiz a missão de estatuir como compositor amigável, sob reserva de apelo, se elas não tiverem especialmente renunciado a esta. (Tradução nossa).

Sobre o ponto, v. CADIET, *Le conventions relatives au procès en droit français*, II, 2, B, para trás.

³⁶ Cf. BAUR, *Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß*, in *Festschrift für Bötticher*, Berlin, 1969, p. 1 ss.

³⁷ N. T.: O art. 113, §1º, do *Codice di Procedura Civile* italiano dispõe: “Art. 113. (*Pronuncia secondo diritto*) Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità.”. Tradução: (Pronuncia segundo direito) Ao decidir sobre a causa o juiz deve seguir as normas de direito, salvo se a lei lhe atribuir o poder de decidir segundo equidade. (Tradução nossa).

introdutórios e para a troca de documentos. Quem analisou esta experiência constata que o conteúdo destes acordos é muito variado de uma sede judiciária para outra, mas geralmente apresenta muitas vantagens, sobretudo para os advogados, que conhecem precisamente quando a causa será tratada e não são expostos a surpresas, com notável economia de tempo e um melhor emprego de energias³⁸.

Nesta direção se move no ordenamento italiano a experiência dos observatórios sobre a Justiça Civil: um grupo de magistrados, advogados, pessoal judiciário e docentes universitários assume livremente o empenho de operar, com iniciativas conjuntas ou coordenadas, para tentar abrandar nos limites do possível a ineficiência da Justiça Civil em um âmbito local. Entre as principais atividades dos observadores está a “codificação” de práticas autorregulamentadas e compartilhadas, orientadas em seu complexo à consequência de promover eficiência na gestão do processo (os “protocolos”).

Os protocolos têm um conteúdo composto, que vai da concretização de normas processuais elásticas, como o art. 175, §1º, c.p.c.³⁹ e o art. 121 c.p.c.⁴⁰, à fixação de variantes interpretativas ou aplicativas de normas processuais rígidas, como aquela que disciplina o conteúdo da primeira audiência do processo (art. 183 c.p.c.), à codificação de oportunas regras de costume judiciário, como aquelas que obrigam os defensores a comunicar tempestivamente ao juiz a ocorrida transação extrajudicial da controvérsia, a entregar ao juiz cópia da jurisprudência de mérito citada nos escritos defensivos ou na discussão oral, a entregar ao juiz de primeiro grau cópia da sentença proferida pelo juiz de apelo e da Corte de Cassação.

Quanto à eficácia das normas contidas nos protocolos, essa não tem caráter vinculante, mas sim meramente persuasivo. Entretanto, isso não exclui a possibilidade de qualificá-las como normas jurídicas, desde que se aceite a formulação segundo a qual

³⁸ Assim, FARRAND, in TROCKER-VARANO, *The reforms of civil procedure in comparative perspective*, Turim, 2005.

³⁹ O art. 175, §1º, do CPC italiano dispõe: “(*Direzione del procedimento*) Il giudice istruttore esercita tutti i poteri intesi al più sollecito e leale svolgimento del procedimento.”. ITÁLIA. *Codice Civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36451>>. Acesso em: 11 nov. 2013. Tradução: (Direção do procedimento) O juiz instrutor exercita todos os poderes destinados ao mais rápido e leal desenvolvimento do procedimento. (Tradução nossa).

⁴⁰ O art. 121 do CPC italiano dispõe: “Art. 121. (*Libertà di forme*) Gli atti del processo, per i quali la legge non richiede forme determinate, possono essere compiuti nella forma più idonea al raggiungimento del loro scopo.”. ITÁLIA. *Codice Civile*. Disponível em: <<http://www.altalex.com/index.php?idnot=36451>>. Acesso em: 11 nov. 2013. Tradução: (Liberdade de formas) Os atos do processo, para os quais a lei não exige forma determinada, podem ser cumpridos da forma mais idônea ao alcance do seu escopo. (Tradução nossa).

o direito se caracteriza pelo fato de “consistir na criação de um complexo de ‘normas’ destinadas a operar no âmbito da estrutura social de uma comunidade e em conferir aos preceitos que essas exprimem uma particular ‘eficácia’, a qual lhe faz mais ou menos estritamente ‘vinculante’ (quando o vínculo é mais tênue se fala de eficácia ‘persuasiva’ das normas)”⁴¹.

14. – A perspectiva delineada neste estudo se coloca em um contexto mais amplo, que aspira a suavizar as sequelas do trauma que a reflexão sobre a proteção judiciária dos direitos suportou em meados do século XIX na Alemanha.

Não por acaso, ao indicar a histórica separação do Direito Processual do Direito substancial, a experiência jurídica alemã emprega frequentemente o termo *Trennung*: o mesmo substantivo que significa, em outros contextos e acompanhado de diversos adjetivos, a separação dos cônjuges, a secessão de uma ligação química, a segregação racial.

A separação do Direito Processual do Direito substancial constitui nos dias de hoje, especialmente, nos ordenamentos jurídicos da Europa continental, um instrumento de que dificilmente se pode renunciar na construção e compreensão do sistema⁴².

Todavia, o emprego do termo *Trennung* constitui o sinal de uma originária separação traumática, de que ainda hoje são visíveis as sequelas, não somente pela viscosidade da evolução da experiência jurídica.

Em que consiste este trauma?

Não já, por si só, no fato de que o Direito Processual começa a sair do leito do Direito privado substancial e se afirma como autônoma parte do Direito.

Não já, por si só, no fato de que, liberado da correspondência com o direito subjetivo, o direito de ação se define agora como uma situação jurídica subjetiva pertencente ao campo do processo, independentemente do direito substancial.

O trauma consiste, como parcialmente antecipado ao início do nosso discurso, em um tipo de mutação genética que o Direito Processual sofre ao construir a própria autonomia disciplinar: “com a separação entre Direito substancial e processo se abre a perspectiva da qualificação do Direito Processual como Direito Público: no processo as

⁴¹ Assim, PIZZORUSSO, *Sistemi giuridici comparati*, 2. ed., Milão, 1998, p. 6.

Para um discurso mais amplo sobre o tema, se remete a CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in *Foro it.*, 2007, V, c. 7.

⁴² Cf. HENCKEL, *Prozessrecht und materielles Recht*, cit., p. 5.

partes comparecem diante do juiz, que exercita o poder estatal; não se pode mais falar de uma ordem paritária como no Direito Privado”⁴³.

Estamos na segunda metade do século XIX. Certamente não são os tempos em que uma especialidade recém-nascida do Direito, se quer crescer bem, possa favorecer a própria natureza hermafrodita e intersticial e possa cultivar uma visão intermediária do próprio posicionamento no interior da experiência jurídica. É este o tempo da grande dicotomia, da grande contraposição entre Direito Privado e Direito Público.

Branco ou preto: a nova ciência do Direito Processual não pode permanecer indecisa no meio entre os dois polos, como o sugeriria o modo de ser dos fenômenos estudados, mas deve violentar estes últimos, deve tomar partido resolutamente: abandonar o velho berço do Direito Privado e correr para os braços possantes da ciência do Direito Público.

15. – A necessidade do Direito Processual de escolher o setor do *ius publicum*, para não ser despedaçado no campo de tensão provocado pelos dois polos conceituais contrapostos, não é uma operação indolor, como podemos ver entre as linhas do discurso de Chiovenda: “querendo reconduzir a lei processual civil em uma das duas grandes partições do direito, pode-se dizer que essa pertence ao Direito Público, porque regula mais ou menos imediatamente uma atividade pública. Mas se deve reconhecer que esta é autônoma, isto é, tem uma posição especial, que deriva do entrelaçamento contínuo dos interesses gerais e dos interesses individuais no processo civil. Se a atuação das leis em si é uma função do Estado, o qual é sumamente interessado no modo e nos efeitos do seu exercício, na adequação da própria atividade ao seu escopo, é certo que no andamento do processo e no resultado do caso concreto são principalmente interessadas as partes que aspiram a um bem da vida através da atuação da lei”⁴⁴.

Este passo de Chiovenda é muito significativo: ele admite (é forçado a admitir) que o Direito Processual Civil pertence ao Direito Público, mas depois desenvolve efetivamente sua argumentação em outra direção totalmente diferente, sondando a possibilidade de colocar o Direito Processual em um território intermédio entre Direito Público e Privado. Uma possibilidade então ainda difícil, mas hoje concretamente praticável, uma vez que nos encontramos no definitivo ocaso da grande dicotomia.

⁴³ Assim, ARENS, *Die Grundprinzipien des Zivilprozeßrechts*, cit., p. 1, o qual prossegue sustentando que esta qualificação do direito processual como direito público, hoje, não pode mais ser posta em dúvida.

⁴⁴ CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1935, I, p. 102.

Certamente a reflexão sobre o Direito Processual Civil como um tipo de Direito intermediário entre Direito Privado e Direito Público viveu uma vida dura, mas sempre houve algumas ideias neste sentido, que na experiência alemã têm sido valorizadas de modo mais incisivo, ainda em razão de uma maior fertilidade da teoria do processo como relação jurídica processual, em comparação com a teoria do processo como procedimento.

16. – Até os dias de hoje, a teoria e a prática da proteção judiciária dos direitos são obrigadas a se mover no campo de tensão provocado por dois polos conceituais contrapostos (Direito Público, Direito Privado).

Hoje se deve abertamente reconhecer – para usar uma bela imagem de Michael Stolleis⁴⁵ - que esta polaridade é como a luz de uma estrela que ainda irradia, muito tempo depois que a sua nascente se exauriu.

É chegado o momento de nos libertarmos dos reflexos mentais dessa dicotomia para trabalhar na construção de um Direito intermédio e intersticial. Uma construção da qual encontramos traços no passado, se bem que estes permanecem submersos pela definição então dominante.

Sobre este ponto de vista é importante o confronto com a experiência do Direito Administrativo. Uma matéria que completou a construção da própria autonomia disciplinar sucessivamente ao Direito Processual Civil, observando ainda este último (a célebre definição de Otto Mayer de ato administrativo toma como modelo a sentença). Uma matéria que superou o Direito Processual Civil na percepção do novo, mesmo porque essa tem maior contato com a realidade social e econômica, um contato não filtrado pela necessidade que encontramos diante de uma controvérsia e de uma abordagem de advogados e juízes, por vezes marcada por velhos esquemas dicotômicos.

Exemplar é o art. 54 da lei alemã sobre procedimento administrativo⁴⁶, que introduziu o acordo substitutivo de ato administrativo, depois adotado também no ordenamento italiano.

⁴⁵ STOLLEIS, *Öffentliches Recht und Privatrecht im Prozeß der Entstehung des modernen Staates*, in HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ASSMANN, in *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, 1996, p. 59.

⁴⁶ N. T.: O art. 54 da lei alemã de processo administrativo dispõe: “§ 54 *Zulässigkeit des öffentlich-rechtlichen Vertrags. Ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts kann durch Vertrag begründet, geändert oder aufgehoben werden (öffentlich-rechtlicher Vertrag), soweit Rechtsvorschriften nicht entgegenstehen. Insbesondere kann die Behörde, anstatt einen Verwaltungsakt zu erlassen, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag mit demjenigen schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.*”. ALEMANHA. *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*. Disponível em: <<http://www.gesetze-im-internet.de/vwvfg/>>. Acesso em: 11 nov. 2013. Tradução: § 54 Admissibilidade do contrato de Direito

17. – Uma última conclusão: da previsão constitucional do justo processo “regulado pela lei” (art. 111 da Constituição) não se pode deduzir *in apicibus* uma indicação contrária a uma equilibrada extensão da incidência da autonomia privada na conformação do processo, nos limites em que isso não obstaculize a eficiência do processo no que diz respeito ao escopo da justa composição da controvérsia.

Útil se revela a este propósito o paralelo com a experiência dos observatórios sobre a Justiça Civil.

Comum às pessoas que participam dos observatórios é certamente a reafirmação do valor das garantias constitucionais e do princípio da legalidade na disciplina processual. Os observatórios valorizam as práticas virtuosas, evidentemente não contra a lei e contra as garantias constitucionais, mas sim nos espaços que a lei processual reconhece ou deixa fisiologicamente à disposição.

Este último ponto de vista colhe ainda o sentido da valorização dos acordos de partes.

Os espaços que a lei deixa à disposição podem ser compreendidos e aproveitados com grande precisão e consciência teórica, além da abordagem hermenêutica, com técnicas interpretativas relativamente recentes como a interpretação orientada às consequências, referida, isto é, às implicações práticas que a interpretação conjecturada presumivelmente produziria no exterior do sistema jurídico, na realidade social⁴⁷.

Não se pretende corroer, portanto, o enorme mérito que historicamente teve na disciplina do processo a afirmação do princípio da legalidade, a fixação de uma regulamentação por obra de uma fonte superior e externa em relação aos protagonistas do processo, como instrumento principal para combater a ineficiência do processo e para aspirar a conferir certeza às garantias das partes.

Ao invés, se deve reconhecer que o sistema normativo processual não é fechado na própria autorreferência normativa, mas está disposto a aprender com o ambiente circunstante. E caso se trate de um ambiente rico de boas razões potencialmente universalizáveis, como aquele que pode derivar de um exercício equilibrado do poder de

Público. Uma relação jurídica no âmbito do Direito Público pode ser estabelecida, modificada ou anulada por contrato (contrato de Direito Público), salvo se a lei dispuser em sentido contrário. Em particular, a autoridade administrativa pode, em lugar de ditar um ato administrativo, celebrar um contrato de Direito Público com aquele que de outra forma seria o destinatário do ato administrativo. (Tradução nossa).

⁴⁷ Cf. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milão, 1996, p. 91 ss.

autonomia (individual ou coletiva), o enriquecimento do sistema processual não pode deixar de ser notável.

Em síntese, o princípio de legalidade da disciplina processual é reafirmado em um contexto cultural profundamente mudado em relação ao oitocentista. Um contexto no qual o intérprete teórico e o operador prático do Direito são definitivamente liberados do papel insuficiente de exegeta, para assumir aquele de coprodutor e intermediador de sentido das normas processuais, dentro de um sistema legal que é como “um pulmão aberto à experiência” ⁴⁸.

⁴⁸ No mesmo sentido, com referência à atividade dos observatórios sobre a Justiça Civil, CAPONI, *L'attività degli osservatori sulla giustizia civile nel sistema delle fonti del diritto*, in Foro it., 2007, V, cit.