



Nº 11/12 Ano 3  
Julho - Dezembro  
1978

# REVISTA DE PROCESSO

# REVISTA DE PROCESSO

ANO III

JULHO-DEZEMBRO DE 1978

N.º 11-12

*Diretores Responsáveis:*

Nelson Palma Travassos  
Lauro Malheiros

*Revisão:*

Afro Marcondes dos Santos, Jorge Doce

*Diretor:*

Arruda Alvim

*Supervisão Gráfica:*

Bruno Di Tolla, Enyl Xavier de Mendonça

*Diretor Assistente:*

Clito Fornaciari Júnior

*Oficinas Gráficas:*

Empresa Gráfica da Revista dos Tribunais S.A.  
Rua Conde de Sarzedas, 38 — S. Paulo

*Editor:*

Álvaro Malheiros

**REPRESENTANTES:**

**RIO GRANDE DO SUL:** Callage & Marques Ltda., Rua dos Andradas, 533, Tel. 21-3758, Porto Alegre.  
**RS • SANTA CATARINA:** A. Marques & Filho Ltda., Rua Felipe Schmidt, 14, 1.º and., Tel. 22-6224, Florianópolis, SC • **PARANÁ:** Assis Marques & Cia. Ltda., Rua General Carneiro, 405, Tel. 24-0811, Curitiba, PR • **SÃO PAULO:** Capital (vendedores credenciados): Jayme Tripari, João Monduzzi, Octavio Galvão Correia e Raul Thomaz Rosa • ABCD e Baixada Santista (vendedor credenciado): Augusto Guimarães de Carvalho • Paulista (tronco) (vendedor credenciado): Álvaro Vulcano • Centro e Sul do Estado: Julex Livros Ltda., Rua Dr. Quirino, 1.551, Tel. 2-4191, Campinas, SP • Sorocabana: Empresa Editorial Liderança Ltda., Av. Sampaio Vidal, 457, 6.º and., Edif. Ouro Verde, Tel. 33-1300, Marília, SP • Alta Paulista, Alta Sorocabana e MATO GROSSO DO SUL: Planalto Distribuidora de Livros e Revistas Jurídicas, Rua Bernardino de Campos, 3.059, s/76/78, Tel. 32.4602, São José do Rio Preto, SP • RIO DE JANEIRO: RT-Rio Edições Ltda., Rua da Assembléia, 34, 5.º and., Tel. 221-7210, Rio de Janeiro, RJ • GOIAS (Sul do Estado): Telmo Maia — Comércio de Representações de Livros, Rua Bernardino de Campos, 3180, Galeria Bassit, Tel. 32-4533, São José do Rio Preto, SP • DISTRITO FEDERAL: Douglas Campos da Silveira (Editora Campos Ltda.), CLN 306, Bloco B, Loja 51, Tel. 273-6466, Brasília • MINAS GERAIS: Telmo Maia — Comércio de Representações de Livros, Rua Plínio de Moraes, 770, conj. 301, Cidade Nova, Belo Horizonte, MG • ESPIRITO SANTO: Livraria Capixaba Ltda., Rua Duque de Caxias, 115, Tels. 223-4301 e 223-5302, Vitória, ES • BAHIA: (todo o Estado) (vendedor credenciado): Antonio de Souza Figueiredo • Salvador: Distribuidora de Livros Salvador Ltda., Trav. da Ajuda, 2, Edif. Sul América, 5.º andar, s/512, Tel. 243-8363, Salvador, BA • NORTE E NORDESTE: RT-Nordeste Edições Ltda., Rua Riachuelo, 453, loja 1, Tel. 222-6861, Recife, PE • CEARÁ: Livraria Arlindo Ltda., Palácio do Comércio, Caixa Postal 692, Tel. 21-7415, Fortaleza, CE.

Assinatura: Cr\$ 1.300,00

EDITORA   
REVISTA DOS TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78 — 01501 — São Paulo, SP — Tels. (011) 37-8689 e 37-9772

INTEF

Adolfo  
Carlos  
Enrico  
Gutiérrez  
(Alema  
(México  
Humberto  
(Espanh  
Rodríguez  
manha),  
(Venezu  
Othmar  
Roger P  
tina), V  
(Aleman

DE ORI

A. F. Ce  
Amílcar  
Bruno A  
Neves, E  
do Carmo  
Barros, H  
de Araújo  
João Afonso  
José Carlos  
José de M  
Ignácio I  
Eulálio de  
da Costa,  
Mello, Por  
Nunes Le

EDITORIA

Ada Pelleg  
Cintra, Ath

## AS BASES DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

### Relatório geral apresentado ao Congresso Internacional de Direito Processual — Gand (Bélgica) 1977, pelo Prof. Dr. WALTHER J. HABSCHEID.

Professor ordinário nas Faculdades de Direito de Genebra (Suíça) e de Würzburg (República Federal da Alemanha — Alemanha Ocidental).

Espero que seja perdoado ao relator-geral, o que, desde o início, se sublinha, ou seja, sacrifício à tradição, e, ao mesmo tempo, o desejo legítimo de defesa, lembrando as dificuldades desta tarefa: o objeto de nossas considerações é tão vasto, que necessário seria escreverem-se vários volumes, para efetivamente ter-se um estudo exauriente do direito comparado. Por esta razão, colocou-se como inevitável fazer uma escolha, para o nosso relatório de síntese, escolha esta relativa aos sistemas jurídicos considerados, bem como tendo em vista os assuntos tratados.

Dezessete relatórios nacionais foram redigidos,\* e, na respectiva ordem em que foram recebidos, são os seguintes: Peter Arens (Alemanha Ocidental); José Carlos Barbosa Moreira (Brasil); Per Olof Bolding (Suécia); A. Kiralfy (Inglaterra); Nicolò Trocker (Itália); Georges Wiederkehr (França); P. Zonderland (Países Baixos); Adam Zielinsky (Polónia); H. Kellner

\* A citação dos relatórios nacionais diz respeito aos manuscritos entregues ao relator geral.

Tradução do Prof. Arruda Alvim.

(República Democrática da Alemanha — Alemanha Oriental); Laszlò Nevai (Hungria); D. Zeffert (África do Sul); A. Ligertwood (Austrália); Hideo Nakamura (Japão); Georges Rammos e Nikolaos Kan. Klamaris (Grécia); C. Ferreira da Silva (Portugal); Rainer Sprung (Áustria) e Miguel Angel Fernandez Lopes (Espanha).

Para aumentar nosso “horizonte comparativo” e para compensar, na medida do possível, a ausência de um relatório nacional suíço, permitir-me-ei inserir algumas referências relativas ao Direito suíço.

Os relatórios nacionais se constituem em verdadeiros “achados” para um estudo comparativo dos problemas de base do direito processual civil. Revelam eles as questões “quentes” relativas ao nosso assunto, que não se colocam de u’a mesma maneira, e, com a mesma importância em todos os países. Além disso, o “ângulo visual” de cada ordem jurídica nacional é diferente, e, por certo, os interesses científicos de cada relator não são idênticos. Por estas razões, e, para lograr obter um “volume manuseável”, no que se pretende se constitua este re-

latório geral, fomos forçados a fazer uma escolha, e, assim, escolhemos dois grandes grupos de problemas, comuns aos direitos nacionais estudados:

I — *Direito material, direito processual civil e ordem constitucional.*

II — *O princípio da justiça no processo ("Verfahrensgerechtigkeit"), como garantia de um julgamento justo e equitativo.*

Julgamos que esses dois assuntos estão em relação estreita com o grande tema do nosso congresso: a humanização do direito processual civil — que foi o escopo, com as características de sua época, de todas as legislações de nossa história, digna de tal nome, desde o Código de Hamurabi — e que, assim, não se constitui numa invenção contemporânea, e, isto se deve constatar e sublinhar, desde logo, de tal forma a que se evite uma pretensão não justificada.

*Primeira Parte: DIREITO MATERIAL, DIREITO PROCESSUAL CIVIL E ORDEM CONSTITUCIONAL*

**1. O processo civil enquanto instituição do Estado**

Para se realçarem as bases do direito processual civil, necessário é partir do fato de que o processo civil é — em nosso tempo — uma instituição do Estado. O Estado encarna a organização social, o direito processual reflete as idéias éticas, ideológicas e políticas que caracterizam uma dada sociedade. Conseqüentemente, o direito processual civil não pode e não deve ser considerado de forma isolada, mas, na verdade, englobado em tais ideais e concepções, que se expressam na ordem constitucional. Aproximarmos do direito processual, sem levarmos em consideração tais fundamentos, sig-

nificaria fechar os olhos diante do fato de que ele (o direito processual) é um dos domínios do direito, onde as bases do "sistema" se refletem mais claramente.

Sob este aspecto, parece ser necessário colocar, particularmente, em evidência — os relatórios nacionais o comprovam — e, então, distinguir dois grupos de direito processual civil: de um lado os sistemas de origem germânico-romana e anglo-saxônica, denominados de *sistemas liberais*; de outro lado os sistemas *socialistas*.

Nos Estados socialistas não é o indivíduo, enquanto tal (diversamente do que ocorre nos Estados liberais) que é o sujeito do processo, mas sim o particular, enquanto membro da sociedade, de uma classe (e, aqui, a classe operária coloca-se em primeiro plano). Por esta razão, os próprios deveres dos tribunais são concebidos de forma diversa daquela em que o são nos Estados liberais. Não mais se trata aí de impor um direito *subjetivo*, senão que se fazer respeitar a ordem do direito *objetivo*, como sobre realizar os conceitos socialistas regradores de tais sistemas políticos e econômicos, e, em tal contexto, proteger a propriedade socialista<sup>1</sup> (que tem qualidade diversa da propriedade privada). Além disso, a justiça socialista deve responder a outro escopo: educar o indivíduo. Efetivamente, em conformidade com a doutrina do marxismo-leninismo, a política e o direito poderão modificar a consciência dos homens e os educar numa direção do pensamento e da ação socialista.<sup>2</sup> Tal princípio está

1. Ver Kellner, relatório nacional RDA (Alemanha Oriental), p. 1 s., § 2 al. 1 CPC, RDA, art. 2.º, *Fundamentos do procedimento civil da URSS*.

2. Cf. Zweigert-Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung* (Introdução ao direito comparado), I (1971), p. 379 s.

claramente definido no art. 3.º dos fundamentos do processo civil da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (no mesmo sentido, art. 2.º, alínea 1, última frase, do Código de Processo Civil, da República Democrática Alemã — Alemanha Oriental).

Verifica-se, desde logo, em que medida tais escopos fundamentais agem sobre o desenvolvimento do processo civil nos países socialistas: é a máxima ou o princípio inquisitório que impera;<sup>3</sup> o Ministério Público tem grandes possibilidades de intervenção num processo; pode mesmo agir como autor, se os interesses do Estado ou da Sociedade o exigirem.<sup>4</sup> Encontramos, igualmente, uma participação no processo de representantes de organizações sociais e da coletividade de trabalhadores, os quais expõem ao tribunal seus pontos de vista, tendo em mira o assunto a decidir.<sup>5</sup>

São estes alguns exemplos que demonstram, desde logo que, não somente o escopo geral fixado, mas também a estrutura do processo civil, nos Estados socialistas difere daqueles dos direitos processuais civis dos Estados liberais.

Por certo, estas ordens jurídicas têm, também, uma ideologia básica. Mas tal ideologia é consistente num pluralismo de ideais éticos, políticos e sociais. Não há *uma* concepção diretiva, e, por este motivo, a função educativa do direito processual — se se admite um tal fim para a justiça — é bastante mais estreita, e tal se dá, também, porque é o homem adulto e educado, portador de

3. Ver Kellner, relatório nacional RDA, p. 6 s.; para o direito da URSS, Habscheid, *Introdução ao processo judiciário* (Barcelona, 1968) p. 4 s., e Habscheid, *Direito judiciário privado suíço*, Genebra 1975, p. 62.

4. Art. 7 CPC RDA, art. 29 al. 1, 44 al. 2, *Fundamentos do procedimento civil da URSS*.

5. Art. 4 CPC RDA, art. 147 al. I CPC, RSFSR, Kellner, relatório nacional RDA, pp. 7 e 15.

direitos fundamentais e de direitos subjetivos, que lhe são próprios (os quais não lhe foram atribuídos pelo Estado ou pela sociedade), homem esse que é o sujeito originário do processo.<sup>6</sup> Decorre disto, assim, que o processo civil é disciplinado pelo princípio do contraditório (*maxime des débats*),<sup>7</sup> que os direitos do Ministério Público, se existem, são bastante mais limitados,<sup>8</sup> e que não há participação dos representantes dos agrupamentos sociais, etc.

Observadas tais diferenças é frequentemente bastante difícil descobrir o *tertium comparationis* para esses dois grandes sistemas. Frequentemente a terminologia jurídica é a mesma, mas o significado dos termos idênticos é diverso.<sup>9</sup>

Todavia, uma conclusão se nos afigura segura: os sistemas políticos se refletem na norma constitucional e têm um efeito direto sobre as bases do direito processual civil, e, é precisamente em tal contexto, que se coloca nosso segundo problema.

## 2. Relação entre o direito material e o direito processual civil

### a) Algumas observações introdutórias

O esclarecimento da relação entre o direito material e o direito processual civil é, desde há muito tempo, “o objeto

6. Ver p. ex. Trocker, rel. nac., Itália, p. 34 s.

7. Ver Trocker, relatório nacional, Itália, p. 36 s.; Barbosa Moreira, relatório nacional Brasil, p. 15; Arens, rel. nac. RFA, p. 11; Rammos/Klamaris, relatório nacional Grécia, p. 3, ver também Kiralfy, relatório nacional Inglaterra, p. 9 s.

8. Ver o relatório geral de Cappelletti e os relatórios nacionais do IX Congresso Internacional de Direito Comparado, Teerã, 1974, sobre “O papel do Ministério Público no processo civil”.

9. Ver p. ex. Habscheid, *Direito judiciário privado suíço*, p. 44 s., e Zielinski, relatório nacional, Polónia, p. 10 s.

litigioso”, por excelência da doutrina. Com efeito, um processo sem a presença do direito material, perde a sua razão de ser, e isto conduz à conclusão nítida de que uma grande parte das regras do processo reflete o direito material, pois aquele é função deste. Mas há de ser sublinhado um outro aspecto. Na hipótese de litígio, o direito material se realiza, e, se concretiza no julgamento, que é o resultado de um processo civil. Sob este aspecto, o Prof. *Gustav Walker*, colaborador do “pai” do Código de Processo Civil austriaco, *Franz Klein*, tinha, indubitavelmente razão, ao dizer: “O direito material e o processo relacionam-se entre si como o pensamento e a sua expressão, e, tão certo é que o melhor pensamento expressado através de uma exposição desajeitada, pode-se frustrar, também, a melhor Lei civil vale pouco, quando ao seu lado não estiver uma boa lei processual”.<sup>10\*</sup>

*Com efeito, o processo civil é a instituição que faz valer, na hipótese de litígio, as regras do direito material; terá ela, assim, por objeto, nem mais, nem menos, que a realização daquilo que a ordem jurídica garante através do direito material. E, assim, necessário é um bom direito de índole processual para colocar em prática o direito material.*

Pode-se dizer que todos os relatórios nacionais partem dessa concepção básica, que reconhecem uma interdependência entre o direito material e o direito

10. *Juristische Blätter* (JBL) — (Folhas Jurídicas) 1903; ver também Nowak, *Die Stellung des Zivilprozessrechts in unserer Gesamtrechtsordnung* — (“A posição do Direito processual civil em nossa ordem jurídica global”), JBI, (Folhas Jurídicas, 1961), p. 64 s.; cf. também Sprung, relatório nacional Áustria, p. 2 s. e Névai, relatório nacional Hungria, p. 4 s., que cita Karl Marx: “das materielle Recht hat seine notwendige eingeborene Prozessform... Es muss ein Geist sein, der den Prozess und die Gesetze beseelt, denn der

processual e aí se sublinha que o direito processual se encontra “ao serviço” do direito material para o realizar, se for possível<sup>11</sup> “mas sem ser absorvido por este”.<sup>12</sup>

Ora, com o processo civil, deve ser atingido — em última instância — aquilo que a ordem jurídica persegue através do direito material, direito material este que constitui uma ordem ideal, tendo em vista as relações entre os sujeitos de direito. Mas, é evidente que uma consideração metafísica, deste jaez, não tem, senão, uma dimensão limitada. Todavia, coloca ela em evidência que o escopo ou os escopos do processo civil é de se procurar nas relações entre o direito material e o direito processual.

A determinação do (dos) escopo (s) do processo civil tem, desde logo, uma importância prática. Pode ela contribuir para u’a melhor compreensão do direito processual, em si mesmo. Mas, pode também ela fornecer índices para mostrar como certas questões fundamentais do pro-

Prozess ist nur Lebensart des Gesetzes, also die Erscheinung seines inneren Lebens” (Marx-Engels, *Werke* (Trabalhos), I (Berlim, 1958), (p. 145) em vernáculo: “O direito material tem seu processo necessário de nascimento... Há que existir um espírito, que anima o processo e as leis, dado que o processo é u’a modalidade de vida da lei, como, ainda, a revelação de sua vida interna”.

\* *No original*: “Materielles Recht und Prozess verhalten sich zu einander wie der Gedanke zu seiner Ausführung, und so gewiss der beste Gedanke durch ungeschickte Ausführung vereitelt werden kann, so nützt auch das beste bürgerliche Gesetzbuch nicht viel, wenn ihm nicht ein gutes Prozessverfahren zur Seite steht”.

11. P. ex. Arens, rel. nac. RFA (Alemanha Ocidental), p. 1 s.; Wiederkehr, rel. nac. França, p. 2 s.; Trocker, rel. nac. Itália, p. 2 s.; Kiralfy, rel. nac. Grã-Bretanha, p. 3 s.; Fernandez Lopez, rel. nac. Espanha, p. 4 s..

12. Assim Wiederkehr, rel. nac. França, p. 4 (cf. também para os países baixos, Holanda, *Privaat rechtspreging in grondtrekken* (Zwolle, 1977), p. 6 s.).

cesso podem ser resolvidas, como p. ex. a natureza jurídica da coisa julgada, a extensão mesma do princípio dispositivo ou a questão do princípio do contraditório, de um lado e, do outro lado, o princípio inquisitório.<sup>13</sup> Mas, além disto, afigura-se-nos perigoso tentar tirar conclusões a respeito da formação legal do processo civil, ou, melhor ainda, a respeito do escopo e do valor das normas processuais. Em tal hipótese, seria de se temer que o escopo do processo civil seja avaliado num sentido de uma regra de interpretação vaga, dando lugar a conclusões diversas, e, freqüentemente, opostas. Um desenvolvimento deste porte pode ser observado na jurisprudência alemã, onde se forjou, através do meio da percepção do escopo definido do processo, um critério de interpretação apropriado a cada caso. Assim, deixam-se de lado normas processuais tidas como muito formais, afirmando-se que a realização do direito material e dos direitos subjetivos se constituem no escopo do processo, e isto, deveria fazer desaparecer os obstáculos, mais ou menos formalistas. E refere-se ela, assim, ao escopo mais elevado do direito processual civil (*das höhere Verfahrensziel*) como sendo a manutenção da paz social e da segurança jurídica, para defender outras regras do direito formal.<sup>14</sup>

Por certo, os resultados obtidos através dessa argumentação contraditória foram, até o presente, em grande parte aceitáveis. Mal, tal argumentação com o ou os escopos do processo, adaptado a cada necessidade, não pode ser aprova-

13. Assim Gaul, *Zur Frage nach dem Zweck des Zivilprozesses* (Em torno da questão do escopo do Direito processual civil), *Archiv für die Civilistische Praxis* 168 (1968) p. 34 s. (Arquivo para a praxe civilística); Jauernig, *Juristische Schulung* (JUS) (Ensinamento Jurídico) 1971, p. p. 329.

14. Cf. Gaul, ob. cit., p. 37 s.

da, nem defendida. Ou, como diz o Prof. Gaul, “es erweist sich die vermeintliche Teleologie als eine recht weiterwendige Ideologie” (“a pretendida teleologia se verificará ser uma ideologia muito versátil”).<sup>15</sup> O grande teórico do processo civil alemão, o Prof. Fritz v. Hippel, também, nos coloca de sobre-aviso contra o fato de se desenvolver o escopo do processo civil no sentido de “eine zivilprozessuale Rechtstheorie im Westentaschenformat, eine Einheitslösung zwecks einfacher und discherer Orientierung im Zivilprozessualen Urwald”<sup>16</sup> (“uma filosofia do direito processual civil em formato de livro de bolso, uma solução unitária no escopo de uma orientação simples e segura na selva do direito processual”).

b) *Orientação do escopo do processo para um significado material ou processual?*

Os relatórios nacionais dos países liberais e dos países socialistas<sup>17</sup> revelam que três caminhos principais podem ser distinguidos:

O primeiro caminho colima separar, radicalmente, o direito processual do di-

15. Gaul, ob. cit., p. 39.

16. *Wahrheitspflicht und Aufklärungspflicht der Parteien im Zivilprozess* (Obrigação das partes de esclarecer a verdade no processo civil) (1939), p. 171, n. 13 e *Zur modernen Konstruktiven Epoche der deutschen Prozessrechtswissenschaft* (Em torno da época moderna de construção do processo alemão comparado), *Zeitschrift für Zivilprozess* (Revista de Direito Processual civil) (alemã), 65, 424 s.

17. Para a primeira, v. p. ex. Arens, rel. nac. RFA p. 3 s.; para a segunda, v. Nakamura, rel. nac. Japão, p. 5 s.; v. também Arens, rel. nac. RFA, p. 5 s.; para a terceira, v. Sprung, rel. nac. Áustria, p. 2 s.; Rammos Klamaris, rel. nac. Grécia, p. 3; Trocker, rel. nac. Itália, p. 5 s.; Wiederkehr, rel. nac. França, p. 1; Barbosa Moreira, rel. nac. Brasil, p. 7; Arens, rel. nac., RFA, p. 7 s.; Zielinski, rel. nac. Polônia, p. 6; Ligertwood, rel. nac. Austrália, p. 2.

reito material e define o escopo do processo civil como puramente processual;

A segunda sublinha a preponderância nítida do direito material. O direito processual civil tem o escopo de realizar o direito material.

A terceira se orienta para uma correlação dúplice, entre o direito processual civil e o direito material, e vê o escopo do processo na realização dos direitos subjetivos e (ou) a confirmação da ordem jurídica, objetivo cuja tarefa importante é a da manutenção da paz social e da garantia da segurança jurídica.

Pode-se dizer que a terceira teoria é hodiernamente a dominante. Reconhecemos os méritos científicos das outras doutrinas, antes de tudo, da teoria publicística, mas, reconhecemos que somente o escopo "misto", propugnado pela terceira teoria responde às necessidades da prática.

Se bem que diversos relatórios nacionais façam referência a esse problema, somente o relatório do Dr. Arens (Alemanha Ocidental) o considera de maneira exaustiva, e isto porque, nesse país, depois do célebre livro de James Goldschmidt *Der Prozess als Rechtslage*,<sup>18</sup> tal questão é muito discutida. Permite-se-me, então, gizar o estado da discussão.

James Goldschmidt definiu o processo civil como "uma instância destinada a conduzir à autoridade da coisa julgada".<sup>19</sup> Deduzir-se a função do processo civil tem a vantagem de permitir que se determine, de uma forma unitária, o escopo de cada processo, e não somente do processo civil. Mas como o Prof. Arens observa, o perigo de uma tal fixação de escopo ficar sem substância, dado que não se pode, por seu intermédio expli-

car as diferentes formas e desenvolvimentos do processo.<sup>20</sup> Ademais, a autoridade da coisa julgada não pode ser considerada como o fim último do processo civil. A autoridade da coisa julgada não é senão o fim natural de um processo, jamais o seu fim último.

A autoridade da coisa julgada significa, como alguns relatórios nacionais o põem em evidência,<sup>21</sup> a validade do dispositivo em cada processo que perseguem as partes, ou, outras pessoas submetidas a essa autoridade. Não representa ela, senão que, o meio técnico-jurídico através do qual o direito, ou, melhor dizendo a pretensão, uma vez estabelecida, ou então negada, será respeitada em cada processo, no futuro. Assim, não há relação de fins para meios, entre a autoridade da coisa julgada e o processo. Por esta razão, o processo civil não pode emprestar no fundo tal autoridade (processual) ao dispositivo, mas sim, não se objetiva senão que a decisão a respeito dos direitos subjetivos em questão. A autoridade de coisa julgada não é, então, senão, que o meio técnico de fazer respeitar tal decisão em outro processo. A concepção de Goldschmidt aparece, em certa medida, paralela à concepção sociológica de Luhman. Segundo esta última, a função e o escopo do processo civil destinam-se a garantir a possibilidade de que uma decisão, respeitante a todos os problemas colocados, mas não a exatidão dessas decisões.<sup>22-23</sup>

Se bem compreendemos Luhman — cuja linguagem "sociológica" não é fácil

20. Arens, rel. nac. RFA, p. 4.

21. Ver p. ex. Rammos/Klamaris, rel. nac. Grécia, p. 13 s.; diversamente, Névai, rel. nac. Hungria, p. 5.

22. Arens, rel. nac. RFA, p. 3 s.

23. Luhman, *Legitimation durch Verfahren* — (Legitimação através do Processo), 1969, p. 21, 130 s.

18. Aparecido em 1925 (reimpressão 1962).

19. Ob. cit., (n. 18) p. 150 s.

de ser compreendida —, necessário é ter-se presente que ele considera a tarefa dos juizes como um “amontoado de fatos”, e os resultados como sendo indicações acumuladas em um ordenador imaginário, programado desde logo pela lei, o que torna a decisão — abstratamente já fixada — para cada concreto.<sup>24</sup> Todavia, uma tal compreensão da tarefa dos juizes e da jurisprudência, em geral, não se traduz por certo, pela jurisprudência atual. Não é ela possível — em nosso sentir — senão por desconhecimento dos defensores da prática. Se, jamais, o juiz foi um autômato dedutivo e analítico, o juiz de nossos dias, é, na realidade, um juiz “autêntico”, o qual, não somente expressa as decisões da lei, mas coopera, também, ao respectivo desenvolvimento; este fato é sublinhado por diversos relatórios nacionais:<sup>25</sup> a atividade judiciária não se resume na exclusiva aplicação do direito, vale dizer, a uma simples subsunção dos fatos constatados, tendo em vista uma dada regra jurídica, mas, na realidade, supõe, a descoberta prévia, antes de poder proceder à “subsunção”, a saber, à qualificação jurídica dos fatos, deve o juiz, em grande medida, “encontrar” e formar a norma jurídica indispensável para o seu silogismo.<sup>26</sup>

24. Assim também Eike Schmidt, *Der Zweck des Zivilprozesses* (O escopo do Processo Civil), 1973, p. 18.

25. Ver para os sistemas liberais p. ex. Trocker, rel. nac. Itália, p. 41; Barbosa Moreira, rel. nac. Brasil, p. 11; de forma diversa evidentemente, os sistemas socialistas, ver p. ex. Zielinski, rel. nac. Polônia, p. 19. Ver também Habscheid, *Über das Verhältnis Richter und Recht* — (Sobre a relação do Juiz e Direito), in Habscheid-Potter, *Beiträge zum Richterrecht*, (Contribuições para o direito dos juizes), Paderborn, 1968.

26. Cf. em detalhes Habscheid, ob. cit., (n. 25), p. 9 s.

Reduzir a função do processo civil à “produção” de decisões, conforme a opinião de Goldschmidt, não tem, por certo, a vantagem de proteger o direito processual civil contra a invasão de elementos ideológicos, e, além disso, contra um abuso político.

Já sublinhamos que o direito processual civil não deve ser considerado de forma isolada, mas, antes disso, englobado nas idéias e concepções que se expressam na ordem constitucional.

Sob este aspecto, um abuso político do direito processual civil não poderá, certamente, ser evitado pela determinação formalística do escopo do processo civil. A experiência alemã confere, a esse respeito, vários exemplos, da época do nacional-socialismo. Refiro-me aqui, exclusivamente, à “Gesetz über die Mitwirkung des Staatsanwalts in bürgerlichen Rechtssachen” (lei sobre a participação do Ministério Público em assuntos de direito civil) de 15.7.1941.<sup>27</sup>

O escopo do processo civil liberto de toda ideologia, no sentido de sua determinação formalista, ou, então, empírica, não oferece, assim, proteção alguma contra um abuso político do direito processual civil. Os representantes de uma determinação formal da função do processo civil, estão, portanto, justificadamente, em minoria, como decorre claramente dos relatórios nacionais. *Destacando-se a função do processo civil do direito material, abandona-se não somente a idéia de que o processo civil é a instituição que faz valer, em caso de litígio, as regras de direito material,*<sup>28</sup> mas também que não mais é possível explicar como certas questões fundamentais de processo podem ser resolvidas.

27. RGBL (Jornal Oficial do Reich) I, p. 383.

28. Arens, rel. nac. RFA, p. 4.

c) *Orientação do escopo do processo num sentido material*

Já sublinhamos que entre o direito material e o direito processual civil existe uma correlação bilateral. Efetivamente, um processo sem a existência do direito material perde a sua razão de ser. De outra parte, o direito material se realiza e se concretiza, na hipótese de litígio, pelo julgamento, resultado de um processo civil. Os esforços fornecidos para determinar o escopo do processo civil orientado para o sentido material ligam-se, a um, ou a outro aspecto, de tal correlação. A esse respeito, as opiniões de Pawlowski (Alemanha Ocidental)<sup>29</sup> e de Kaneko (Japão)<sup>30</sup> são típicas, pois partem elas da hipótese de que o direito material manifestado não é estabelecido de forma definitiva antes do processo. O direito material modifica-se continuamente, e, é por essa razão, que é ele indefinível.<sup>31</sup> A partir de tal concepção, não há direito material "determinado aprioristicamente". O processo civil cria o direito material para cada caso concreto, e, assim, o fixa para um certo período.<sup>32</sup>

Não é fácil rejeitar esta concepção. Pode-se-lhe recusar, talvez, justificadamente, um acabamento minucioso melhor, mas remanesce, em todo o caso, uma idéia essencial, que, como cremos, deve ser tomada em consideração. Efetivamente, em caso de litígio, o direito material, para poder se realizar e se concretizar necessita de um julgamento, como resultado de um processo civil. O Estado de direito moderno veda justiça privada, e tem, desta forma, por tal

razão, um dever de garantir a proteção jurídica dos seus cidadãos.<sup>33</sup> Sem tribunais que devam fornecer tal proteção jurídica, as regras de direito material seriam fórmulas vazias de conteúdo. A norma jurídica geral, aplicável a vários casos, não poderia determinar o "direito" em cada caso concreto. Ademais disso, se se tem presente que no processo civil, não se trata somente de uma cognição de fatos reais e jurídicos, preexistentes e evidentes, mas, que na aplicação do direito material, que incumbe aos tribunais, podemos encontrar também elementos de formação e de desenvolvimento do direito,<sup>34</sup> torna-se, então claro que o processo civil é, não somente um processo de cognição, *porém, mais ainda um processo de concretização do direito*. Em outros termos, o juiz deve freqüentemente encontrar ou descobrir o direito. *O processo civil, é, conseqüentemente, um processo no qual o direito material preexistente se concretiza em cada caso determinado, ou, talvez, se "fixe"*. Não queremos dizer, com isto, que o processo civil crie o direito, originariamente. Esta não pode e não deve ser sua função. Na verdade, a competência legislativa é confiada nos Estados de Direito ao legislador, mesmo que num Estado se tenha repudiado a separação de poderes, como nos Estados dos sistemas socialistas.<sup>35</sup>

No que concerne, igualmente, ao Direito inglês, o direito tradicional desenvolvido pelos juizes, está sublinhado no relatório nacional do Prof. Kiralfy, da seguinte forma: "No Direito inglês a tradição da lei não escrita significa que os juizes são mais criativos e estabelecem

29. *Aufgabe des Zivilprozesses* (Escopo do Direito processual civil); ZZP 80 *Revista de direito processual civil (alemã)*, p. 363; ver também Arens, rel. nac. RFA, p. 5 s.

30. Ver Nakamura, rel. nac. Japão, p. 6.

31. Pawlowski, ob. cit., (n. 29), p. 365.

32. Ver Nakamura, rel. nac. Japão, p. 6.

33. Cf. Habscheid, *Direito judiciário privado suíço*, p. 4 s.

34. Cf. minuciosamente Habscheid, ob. cit. (n. 25) p. 9 s.

35. Ver p. ex. Zielinski, rel. nac. Polónia, p. 10.

os *case law* (precedentes) que são seguidos por outros juizes".<sup>36</sup>

Esta concretização do direito material, tal como a descrevemos nesta oportunidade, não deve ser considerada, todavia, como o escopo último do processo civil. Efetivamente, não somente o processo civil, mas, na verdade, cada processo, revela-se como um procedimento de concretização do direito, tanto que, ou, em decorrência desse critério, o processo civil não se distingue das outras espécies de processo. É por esta razão, então, que é necessário tentar encontrar outro critério, que possa definir de u'a maneira mais concreta e segura o escopo final do processo civil.

A maior parte dos relatórios nacionais considera que o processo civil tem por escopo, seja a realização dos direitos privados subjetivos, seja a confirmação da ordem jurídica objetiva.<sup>37</sup> De acordo com a definição mais corrente, *o processo civil serve à realização ou ao exercício dos direitos privados subjetivos*.<sup>38</sup> Tal definição parece estar exata e correta. No processo civil, trata-se, evidentemente — e, na maioria dos casos — da realização dos direitos privados subjetivos, mas, tão-somente, na maioria dos casos.

Efetivamente, a noção de direito privado subjetivo é insuficiente, ou melhor, não é viável, nos casos em que, através do processo civil, não se trata de proteger interesses privados, mas, *em primeira linha* de proteger as instituições judiciárias,<sup>39</sup> e bem assim, os interesses

públicos. A ação de nulidade, que diga respeito a uma hipótese de bigamia, ou a ação para se constatar a filiação natural, não servem, exclusivamente, à proteção de interesses individuais das partes, seja na hipótese da instituição do casamento, seja na de filiação. A proteção de tais instituições é, assim, de interesse público, e vem em primeiro plano, mesmo que o autor faça valer através de ação um direito subjetivo.<sup>40</sup> Hipóteses há, ainda, em que somente o interesse público é protegido no processo civil.<sup>41</sup>

São estas as hipóteses que conduziram a doutrina e a maior parte dos relatórios nacionais a determinar como o escopo do processo civil, ao lado da proteção dos direitos privados subjetivos, igualmente, a confirmação da ordem jurídica objetiva (ou a proteção das instituições do direito).<sup>42</sup> Mas, segundo esta concepção, seguramente remanesce que seja determinado se o processo persegue esses dois caminhos no sentido de um "não somente . . . mas ainda" ou no sentido de um "seja (este) . . . ou então (aquele)".<sup>43</sup> Como quer que seja, tiraram-se conclusões concretas tendo em vista o escopo do processo civil, em vista do desenvolvimento do processo, e da maneira seguinte: quando o escopo do processo civil é a proteção dos direitos privados subjetivos, deve-se fazer preva-

40. Cf. Jauernig, JuS 1971, p. 331.

41. Ver p. ex. o procedimento de interdição no direito alemão, em particular § 641 I CPC, RFA.

42. Gaul, AcP 168, p. 46 s.; Jauernig, JuS 1971 p. 331 s.; Arens, rel. nac. RFA, p. 7 s.; Wiederkehr, rel. nac. França, p. 1; Sprung, rel. nac. Áustria, p. 3; Rammos/Klamaris, rel. nac. Grécia, p. 3; Trocker, rel. nac. Itália, p. 5 s.; Barbosa Moreira, rel. nac. Brasil, p. 7; Zielinski, rel. nac. Polônia, p. 6; Ligertwood, rel. nac. Austrália, p. 2.

43. Ver de uma parte Gaul, AcP 168, p. 46 s., e de outra, Jauernig, JuS 1971, p. 331.

36. Kiralfy, rel. nac. Inglaterra, p. 10.

37. Cf. supra n. 17.

38. Assim Arens, rel. nac. RFA, p. 7 s.; Ligertwood, rel. nac. Austrália, p. 2; Barbosa Moreira, rel. nac. Brasil, p. 8.

39. Para esta noção, v. Raiser, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht* (Defesa do direito e defesa das instituições no direito), in *Summum ius summa iniuria*, 1963, p. 1.451.

lecer o princípio dispositivo. Mas se, ao reverso, estão no processo interesses públicos, o Estado deve tomar a iniciativa diretamente, preordenadamente à abertura e ao impulso do processo, fazendo-se aplicação aqui do princípio inquisitório.<sup>44</sup> Creio, todavia, que esta relação não pode ter validade de maneira absoluta.

Desde logo, uma ou outra máxima não correspondem, necessariamente, a um ou a outro escopo do processo, mas, na realidade, pertinem ao objeto do processo. Se o processo é abandonado, tal como o direito material, à livre disposição das partes, aplicar-se-á ao processo o contraditório e o princípio dispositivo. Se, ao contrário, em conformidade com o direito material, o objeto (do processo) se situa, mais ou menos fora, da livre disposição das partes, o princípio inquisitório será aplicado, e o princípio dispositivo será reduzido, senão efetivamente excluído. Esta constatação é válida para os países liberais.<sup>45</sup> Reportar este ou aquele princípio, a este ou àquele escopo do processo, significaria preferir a via indireta à via direta. Efetivamente, a determinação do escopo do processo civil é influenciada por cada um dos objetos do processo, resultando dele mesmo; na verdade, podemos nos perguntar porque não se extraem diretamente as conclusões concretas para o desenvolvimento do processo, não a partir do objeto do processo, mas a partir do próprio escopo do processo (em si mesmo). Ainda mais, o escopo do processo civil é sempre determinado de u'a maneira concreta, e, chego a duvidar que possa ser útil para tirar conclusões concretas sobre o desenvolvimento do próprio evolver processual.

44. Assim Jauernig, JuS 1971, p. 331 s.

45. Ver p. ex. Trocker, rel. nac. Itália, p. 22 s.; Rammos/Klamaris, rel. nac. Grécia, p. 14; Barbosa Moreira, rel. nac. Brasil, p. 14 s.

Se se quer, portanto, provar a relação citada logo a seguir (proteção dos direitos privados subjetivos = princípio dispositivo; proteção dos interesses públicos = princípio inquisitório), corre-se também o risco de se chegar a conclusões não mais correspondentes ao direito material. A instituição da *Verbandsklage*, ou seja, a ação das associações profissionais e das associações dos consumidores, em matéria de concorrência desleal, objetiva, em conformidade com uma perspectiva mais larga,<sup>46</sup> a proteção da concorrência leal e, assim, a proteção do interesse público.<sup>47-48</sup>

Assim sendo, não se pode explicar porque essa ação das associações constituem objeto de um processo submetido ao princípio dispositivo e não ao princípio inquisitório. Efetivamente, nos casos onde a proteção do interesse público é colocada na primeira linha e segundo a concepção citada, dever-se-ia — quando mais não fosse — aplicar-se-lhe o princípio inquisitório.

*Em suma, pode-se dizer que essa noção dual "proteção dos direitos privados subjetivos e (ou) dos interesses pú-*

46. Como p. ex. o § 13 UWG (lei contra a concorrência desleal) e § 13, ns. 1, 2 e 3 AGBG (lei sobre as condições gerais da RFA); para o Direito francês, v. Solus/Perrot, *Direito judiciário privado*, t. I, Paris, 1961, p. 239 s.

47. Ver sobretudo Cappelletti, "A proteção dos interesses coletivos e de grupo no processo civil", *Revista internacional de direito comparado*, 1975, p. 571; Homburg/Kötz, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse* (Ações privadas de interesse público), 1975 e evidentemente Arens, rel. nac. RFA, p. 8; cf. também Raiser, op. cit. (n. 39), p. 156.

48. Pessoalmente é meu pensamento que a ação dos sindicatos profissionais protege, primordialmente, os interesses individuais, e, somente em segundo plano, o interesse público; v. Habscheid, *Zur Problematik der Verbandsklage im deutschen Recht* (Em torno da problemática das ações de sindicatos no Direito alemão), in *Estudos em Honra do Prof. Ramos* (Atenas), proximamente.

*blicos*” não determina de u’a maneira satisfatória a função do processo civil, e, isto não somente nos sistemas dos países liberais, mas também, e, antes de tudo, nos países de sistemas socialistas, onde se defende o ponto de vista que as partes podem ser livres — no que concerne ao direito material — fora do tribunal, mas não podem ser num processo.<sup>49</sup> Esta divisão do escopo do processo civil, tendo em vista o desenvolvimento do processo, deixa fora de consideração o fato de que procuramos determinar a função do processo civil, *in toto*, ou seja, como instituição no sistema jurídico global. Supõe, ademais, a existência dessas duas máximas ou princípios (princípio dispositivo e princípio inquisitório) e isto seguindo o esquema do princípio dispositivo para o processo usual / princípio inquisitório para os processos de tipo especial, particularmente nos assuntos de estado civil. Mas, se se toma em consideração que existem Códigos de Processo Civil que prevêem o princípio dispositivo (e não o princípio inquisitório) para tais procedimentos de tipo especial<sup>50</sup> chegamos, então, próximos à conclusão de que a concepção, aqui discutida não pode ter validade para todos os sistemas.

d) *Tentativa de uma síntese*

Nosso esboço demonstrou que há três possibilidades de determinar a função do processo civil. Uma delas é adotada nos países de sistema socialista, e parte da hipótese de que as relações de direito, dos particulares, gozam de uma proteção jurídica, enquanto “parte ou célula

de um todo”.<sup>51</sup> A segunda é aceita por alguns relatores nacionais de países liberais, como, p. ex. pelos juristas Arens (RFA — Alemanha Ocidental),<sup>52</sup> Barbosa Moreira (Brasil),<sup>53</sup> Nakamura (Japão)<sup>54</sup> e vê a função do processo civil — somente, ou, ao menos também — na confirmação da ordem jurídica objetiva. A terceira é seguida pelos juristas Trocker (Itália),<sup>55</sup> Ligertwood (Austrália)<sup>56</sup> e vê o escopo do processo civil na realização dos direitos subjetivos. A contradição entre a primeira e as duas outras concepções, não é, todavia, insuperável. Na verdade, segundo a doutrina do marxismo-leninismo, o processo civil persegue fins que exorbitam mesmo da ordem jurídica, propriamente dita, ou seja, tem por tarefa contribuir à realização de um sistema da sociedade, à formação do socialismo e à educação do indivíduo socialista.

As duas outras concepções ficam, ao contrário, nos limites da ordem jurídica, seja no caso de se confirmar o direito subjetivo, seja na hipótese em que se confirme o direito objetivo, não, porém, como “um interesse superior ao direito”.

Isto leva à questão de saber se uma síntese das duas concepções liberais pode ser atingida. Uma síntese assim, é, desde logo, perfeitamente possível, dado que as bases ideológicas são mais ou menos homogêneas. E repito-o: o pluralismo é, também uma ética, uma idéia. Se se parte da hipótese de que a função primária do processo civil é a realização dos direitos subjetivos privados, po-

49. Cf. Jodlowski, *Rev. int. dir. comparado*, 1960, p. 377.

50. Ver p. ex. os arts. 630 e 635 al. 4 (versão antiga), do CPC Grécia, que previa o princípio inquisitório, foi suprimido pela Lei 958/1971.

51. Ver § 2 I, IV CPC, RDA e Kellner, *rel. nac. RDA* p. 6; Zielinski, *rel. nac. Polônia*, p. 1 s. e *supra*, n. 1-5.

52. Arens, *rel. nac. RFA*, p. 8.

53. Barbosa Moreira, *rel. nac. Brasil*, p. 7.

54. Nakamura, *rel. nac. Japão*, p. 7.

55. Trocker, *rel. nac. Itália*, p. 2.

56. Ligertwood, *rel. nac. Austrália*, p. 2.

de-se compreender o termo “direito subjetivo privado”, no sentido o mais amplo possível, ou seja, de uma tal forma que englobe não somente os direitos subjetivos, em sentido estrito, mas, igualmente cada poder jurídico realizável, que o direito privado tenha conferido ao particular, ou a um grupo de particulares com interesses (individuais) idênticos.<sup>57</sup> Esta determinação do escopo do processo civil tem, desde logo, a vantagem de tomar em consideração equilibrada a correlação dúplice que subsiste entre o direito material e o direito processual civil. Com esta determinação do escopo do processo, uma ordem assim será restabelecida, na fixação dos escopos do processo civil, a qual virá confirmar a prioridade devida à proteção de um interesse individual e, assim, ao comando de justiça substancial e individual. A proteção de um interesse público e a realização do direito objetivo não serão, todavia, completamente eliminados das atribuições do processo civil, mas, simplesmente colocados num segundo plano. *A proteção de um interesse público e a realização do direito objetivo privado são, por consequência, os escopos indiretos do processo civil, atingidos por uma ação reflexa do processo.*

Para a realização concreta do direito, o processo civil protege, também, o direito objetivo privado em sua totalidade. A confirmação da ordem jurídica objetiva não deve ser considerada como uma função específica do processo civil. É isto porque, o direito objetivo, como tal, não tem um escopo que pudesse fazer pensar que sua realização seja uma função primária de uma instituição do Estado, como o processo civil. O direito objetivo é o meio, pro-

57. Assim Barbosa Moreira, rel. nac. Brasil, p. 7.

priamente dito de índole técnica, através do qual um poder é conferido ao indivíduo, para que ele possa se encarregar de seus (próprios) interesses. A concepção que se tem desse “poder”, entendido como categoria, tal como o direito subjetivo, competência ou outro, é irrelevante. E a determinação proposta do escopo do processo civil tem, finalmente, a vantagem de cobrir, através de um sentido largo do termo “direito subjetivo” cada instituto de direito material, como, por exemplo, a *Verbandsklage* do Direito alemão a ação do sistema do sindicato profissional do Direito francês ou a *class action* do Direito americano, cujas construções jurídicas, de índole dogmática não poderiam ser esclarecidas numa perspectiva de direito subjetivo *stricto sensu*.<sup>58</sup>

### 3. Autonomia do direito processual civil

Já sublinhamos que entre o direito processual e o direito material privado existe uma correlação dúplice. Com efeito, um processo sem a presença de um direito material, perde sua razão de ser, e, de outra parte, o direito material no caso de litígio, se realiza e se concretiza através do julgamento destinado à obtenção, como resultado de um processo civil.

Abstração feita desta correção dúplice, de índole funcional, entre o direito processual e o direito material, deve-se reconhecer claramente, sob todos os ângulos, a existência de um direito autônomo.<sup>59</sup> A independência do direito pro-

58. Ver minuciosamente Habscheid, ob. cit. (n. 48).

59. Ver a maior parte dos relatores nacionais: Arens, rel. nac. RFA, p. 8 s.; Barbosa Moreira, rel. nac. Brasil, p. 6 s.; Bolding, rel. nac. p. 8 s.; Kiralfy, rel. nac. Inglaterra, p. 1 s.; Nakamura, rel. nac. Japão, p. 2 s.;

cessual privado, com referência ao direito material resulta, desde logo, do facto de que o primeiro dispõe, desde há muito tempo, de uma *teoria geral* completamente independente dos conceitos de direito material. E, aí, onde o desenvolvimento fundamental para a aquisição ou a parte do direito litigioso (*materielle Rechtskraftlehre*) não estava de acordo com a função do processo civil, enquanto instituição preordenada a instrumentar as partes na defesa dos seus direitos (existentes).<sup>60</sup>

O relator geral inglês, o jurista M. Kiralfy, sublinha, de outra parte, a conexão estreita entre o direito do processo e o direito material, devida a razões históricas, ou seja, ao sistema dos *writs*, onde cada um está submetido a um outro tipo de processo, e ao formalismo (*forms of action*) do século dezanove.<sup>61</sup>

A independência da teoria geral do direito processual civil, com relação à concepção do direito material é, todavia, necessária para os países da Europa continental, tendo sido abandonado o sistema romano das ações. Nesses países, a especificidade do processo civil não pode ser entendida de conformidade com concepções materiais. Assim, por exemplo, a autoridade do julgamento errôneo, quer dizer, de um julgamento desconforme com a situação jurídica material, é, exclusivamente, tendo em vista o aspecto de uma função pacificadora do direito, uma tarefa atribuída à autoridade da coisa julgada.<sup>62</sup> Se se quer ex-

Névai, rel. nac. Hungria, p. 2 s.; Rammos/Klamaris, rel. nac. Grécia, p. 2 s.; Trocker, rel. nac. Itália, p. 1 s.; Wiederkehr, rel. nac. França, p. 1 s. e Zielinski, rel. nac. Polónia, p. 17.

60. Cf. Wiederkehr, rel. nac. França, p. 2 s.; Fernandez Lopez, rel. nac. Espanha, p. 5.

61. Kiralfy, rel. nac. Inglaterra, p. 1 s.

62. Ver Habscheid, *Rechtsvergleichende Bemerkungen zum Problem der materiellen*

plicar essa realidade também (ou somente) de uma forma material, seríamos constrangidos — como, aliás, o é a doutrina material da coisa julgada — a concluir que o julgamento errôneo dá lugar a um direito material que não existia, até então, ou, implica, então, na extensão de um direito já existente. Desta forma, pode-se definir a implicação de um julgamento errôneo desde logo, mas tal concepção da autoridade da coisa julgada não se afinará, então, com o escopo do processo civil, que, em todos os casos não deve ser considerado como a formação de relações materiais existentes entre as partes. Efetivamente, no processo civil, o juiz, com efeito, tem de identificar o efeito pretendido, e, em seguida, constatar se a consequência jurídica pretendida por uma parte é ou não relevante. Se o efeito colimado não corresponde à realidade histórica, ou, então, se o juiz não puder ficar convencido pela prova, tendo em vista as prescrições da lei, isto não quer dizer, também, que o juiz decidiu de forma “errada”; o juiz terá decidido, na hipótese, de uma forma justa, mas, simplesmente a base dos fatos do julgamento não estava em conformidade com a verdadeira situação material. Sob este aspecto, a frase criada pela doutrina material da autoridade da coisa julgada: “O julgamento errôneo dá lugar a um direito não existente ou leva um direito presente à extinção” significa, então, que pela autoridade da coisa julgada, uma consequência jurídica sobrevém mesmo se os elementos constitutivos da regra de direito respectiva não tenham comparecido, ou, então, que uma consequência jurídica não comparece, mesmo que os elemen-

*Rechtskraft des Zivilurteils* (Observações com fulcro no direito comparado tendo em vista a coisa julgada material da sentença civil), Homenagem em honra de Fragistas, t. I, 1966, p. 529 s.

tos constitutivos da regra de direito estejam efetivamente presentes.<sup>63</sup> É evidente que uma consequência assim, e, de tal porte, não pode ser aceita. Deste exemplo, poder-se-ia tirar a conclusão de que uma teoria geral autônoma do direito processual civil é necessária para os países já referidos, a fim de se colocar um foco de luz sobre o caráter específico do direito processual civil.

Porém, mesmo nesses países, a teoria do direito processual civil, deve evitar, com a ajuda de construção jurídica, a que se chegue a resultados longínquos das concepções do direito material, o que colocaria em cheque os escopos colimados pela norma jurídica. Não é necessário, todavia, deixar de lado o fato de que as instituições de direito processual civil, em regra geral, pelo menos, são os complementos procedimentais das regulamentações do direito material, ou, então, deveriam ser.<sup>64</sup> Não é senão assim que pode subsistir o equilíbrio entre o direito material e o direito judiciário privado. Assim, é necessário que as duas teorias se influenciem mutuamente. Certamente, a teoria material é a mais antiga, a mais venerável. Todavia, pode ela “apreender” bastante da teoria “nova” de índole processualística. Um belo exemplo é a influência da teoria processualística alemã do objeto do litígio sobre a concepção material da *Anspruchskonkurrenz*, ou seja, a concorrência de diversos direitos subjetivos.<sup>65</sup>

63. Ver também Michelakis, *Rechtsnorm und Rechtskraft* (Norma jurídica e coisa julgada), Homenagem em honra de Schima, Viena, 1969, p. 309 s.

64. Ver minuciosamente Calavros, *Urteilswirkungen zu Lasten Dritter* (Efeitos da sentença em relação a terceiros), § 5 II 3.º e § 7.

65. Ver Habscheid, *Die Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozess* (Estudo sobre o objeto litigioso no direito processual). “Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger

## Segunda parte: O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA ATRAVÉS DO PROCESSO (“VERFAHRENSGERECHTIGKEIT”) COMO GARANTIA DE UM JULGAMENTO JUSTO E EQUITATIVO

O mundo em que vivemos é imperfeito e assim permanecerá. Por essa razão, jamais chegaremos a uma justiça em que as decisões sejam sempre conformes à verdade material. Mas, o que nos é possível é garantir a cada cidadão um tratamento digno e justo, diante dos tribunais, e a igualdade de tratamento às partes. É necessário que tenham elas as mesmas possibilidades, as mesmas chances, que reine o princípio da *Waffengleichheit*, da igualdade de armas! Um processo orientado nesse sentido viabilizará, na medida do possível, não somente uma decisão justa e conforme a equidade, mas, também, um processo com “fisionomia humana”.

Nesse contexto, diversos subproblemas se colocam, os quais foram considerados nos relatórios nacionais. Cito, antes de tudo: a questão (velha e nova), da independência dos tribunais, o *Contempt of Court*, o direito de acesso à justiça, o direito de ser ouvido, a autoridade do juiz e a liberdade das partes, os princípios do processo. Permitimo-nos esboçar, nas páginas seguintes, a nova evolução que pertine a tais questões fundamentais.

### 1. A independência funcional dos juízes

A maior parte das Constituições europeias mencionam expressamente a independência do juiz; p. ex. Constituição

Stand, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 75” (1976) — *Revista de direito comparado (alemã)*, p. 210-238.

alemã (art. 97; 64, 1; Constituição; tituição; tituição; como ex — art. Soviética; situação; nais dos Trocker, maris,<sup>70</sup> Lopez.<sup>72</sup>

“A i; termo, a mente d; cional, c; pessoal, i; jurisdiçã; cutivo. C; lam, tam; ra, que; à lei.<sup>73</sup> i; por sua; venções”

Com e; princípio; terar a; juiz deva; (i. é, na; tentação; Estado,; pótese na; versus I

66. Rel  
67. Rel  
68. Rel  
69. Rel  
70. Rel  
71. Rel  
72. Par  
*Judiciário*  
72-a. R  
73. Ver  
2 da Rep  
74. Cf.  
*in civil li*