

CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO

**FUNDAMENTOS
DO PROCESSO CIVIL
MODERNO**

TOMO I

6ª edição

 **MALHEIROS
EDITORES**

59. *síntese e conclusões*

O advento do *Código de Processo Civil Modelo para a América Latina* constitui poderoso fator de integração latino-americana que, com os descontos das tradições regionais e da necessidade de harmonia da lei processual no contexto do modelo jurídico de cada país, abre caminho para a adoção de soluções comuns na medida do possível e para a *homogeneização* dos sistemas. Essa integração é uma tendência tanto mais forte quanto mais se integrem os países em organizações supranacionais de inspiração econômica mas de crescentes reflexos políticos (Mercosul). Tal caminhada lado a lado tende a receber influxos do direito da *common law*, especialmente pela via dos institutos voltados à coletivização da tutela jurisdicional, estranha ao pensamento romano-germânico mas inerente ao direito de uma sociedade de massa. Onde avultam as relações supra-individuais é indispensável buscar soluções em escala supra-individual para os conflitos inerentes às relações humanas.

Essa evolução toda, guiada pela visão supranacional de que é capaz a doutrina e por adequados estudos de direito comparado, aponta de modo mais ou menos uniforme para a adoção de medidas e posturas de caráter político, sistemático e técnico-processual, com a crescente consciência da necessidade de uma tutela jurisdicional mais rápida e com melhores condições para ser justa e efetiva. Não há prognósticos precisos a fazer, mas uma visão de conjunto mostra as linhas fundamentais de um processo civil desejável e factível em futuro relativamente próximo. A pior das tendências reveladas nos últimos tempos, que faz temer por desdobramentos ainda mais perversos, é a de privilegiar cada vez mais o Estado no processo civil do país, sem que o Poder Judiciário se anime a coibir abusos e, assim, restabelecer o primado da garantia constitucional da isonomia.

V – PROCESSO CIVIL COMPARADO¹

60. novas realidades e o objeto do interesse pela comparação jurídica – 61. entre a moral e o direito – 62. convivência internacional, diferenças nacionais ou regionais e objetivos comuns – 63. direito processual – 64. direito comparado – 65. direito processual comparado – 66. cautelas nas comparações processuais – 67. diversidade das fontes formais do direito processual – 68. diferentes regras sobre as fontes substanciais de direito processual – 69. organização judiciária – 70. a índole do direito processual brasileiro – 71. diversidade de conceitos – 72. objetivo do presente estudo

60. *novas realidades e o objeto do interesse pela comparação jurídica*

A ciência processual civil brasileira vive, em tempos presentes mais que nunca, uma grande necessidade de tomar consciência das realidades circundantes representadas pelos institutos e conceitos dos sistemas processuais de outros países, para a busca de soluções adequadas aos problemas da nossa Justiça. Isso é consequência natural de *quatro ordens de fatores*, identificados (a) na necessidade de coletivização da tutela jurisdicional em uma sociedade de massa, (b) na crise de legitimidade pela qual passa o Poder Judiciário e conseqüente instituição de um Conselho Nacional de Justiça encarregado de lhe ditar ou retificar rumos, com poder censório sobre os juízes de todos os graus, (c) na assimilação de institutos novos pela própria lei do processo (especialmente, as técnicas da tutela coletiva, o processo monitorio e as medidas urgentes de antecipação de tutela) e (d) na crescente aproximação entre culturas e nações soberanas. Tais fatores de pressão tornam imperiosas as comparações jurídicas, que sempre foram úteis ao

1. Conferência realizada nas II Jornadas Brasileiras de Direito Processual Civil (Brasília, 11.8.97). Texto revisto e acrescido de notas. O título da conferência foi: "Métodos comparativos nos estudos de direito processual".

aprimoramento institucional do direito de um país e agora revelam-se como verdadeira *necessidade*, sendo elas imprescindíveis para que não se caminhe às cegas nem se corram desnecessários riscos de fracasso e de injustiças.

Tome-se por ponto de partida que a *regra de ouro* de toda comparação jurídica é a utilidade que ela possa ter para a melhor compreensão e operacionalização de pelo menos um dos sistemas jurídicos comparados. A partir daí chega-se à percepção de que os estudos de direito comparado, necessários de modo assim urgente no processo civil brasileiro, devem endereçar-se aos ordenamentos jurídicos em que as novas realidades de interesse atual já tenham sido mais vivenciadas e àqueles com cujos países o Brasil vai estreitando relações comerciais e com os quais é indispensável incrementar meios de cooperação jurisdicional. Daí o interesse por certos institutos da *common law*, especialmente as suas *class actions* no contexto da ordem jurídico-processual norte-americana; pela estrutura e mecanismos judiciários e processuais dos países da América Latina, máxime daqueles integrantes do Mercosul; e pela ordem processual dos países europeus dos quais nos vêm alguns institutos aqui assimilados ou cogitados em tempos recentes.

61. *entre a moral e o direito*

Há valores que sobrepairam a todas as leis – de todos os tempos e lugares – e os povos todos buscam sua realização plena, embora conscientes de que essa utopia jamais será alcançada e embora sejam extremamente vagas as palavras com que tais valores se expressam em tempos e em lugares diferentes. No dizer de Roscoe Pound, “as quatro palavras mais usadas na ciência do direito, isto é, *justiça, direitos, lei e moral* – palavras empregadas para expressar as idéias dos próprios fundamentos dessa ciência – são aquelas sobre cujo significado os juristas não chegaram a acordo e ainda hoje não foram capazes de concordar”.²

2. Cfr. *Justiça conforme a lei*, parte I, esp. p. 2.

Porque variam os modos como são interpretados os valores eternos e transnacionais e porque falta imperatividade aos preceitos da moral ou do direito natural, enquanto ditos valores permanecem nesses planos eles não são aptos a gerar condutas uniformes em uma sociedade e muito menos no contexto das nações. Sua positivação é feita na lei de cada país e, variando as interpretações e opções de país para país, as discrepâncias entre os diversos ordenamentos jurídicos resolvem-se em diferenças no modo pelo qual a população de cada um deles encara e aceita aqueles valores elevados e que só na abstração de suas generalidades poder-se-iam dizer *universais*.

Há situações em que a ética ou os preceitos do direito natural são insuficientes para a determinação da regra a prevalecer no caso concreto. Um caso interessante, que desafia os exercícios de valoração ética do observador, foi proposto em uma divertida comédia do cinema norte-americano (*Deu a louca no mundo*). Um ladrão sofreu sério acidente rodoviário, estando à morte e portando consigo uma valise com enorme valor em dólares furtados. Chegam três pessoas em um automóvel, depois duas em outro e finalmente uma só em seu veículo. Antes de morrer, o ladrão doa o dinheiro àqueles que tentaram socorrê-lo, para que o dividissem por igual. A comédia desenrola-se em torno das disputas entre todos sobre o critério para dividir: uma terça-parte para os ocupantes de cada veículo, subdividindo-se depois cada parcela entre os ocupantes, ou simplesmente uma sexta-parte para cada pessoa? A matemática desse legado conduziria a resultados muito benéficos a uns e menos a outros, ou vice-versa, conforme a premissa que fosse assumida. A doutrina refere também o caso de um alfaiate que, de absoluta boa-fé, usou para fazer o terno encomendado por um cliente o corte de tecido deixado por outro cliente. A qual dos dois pertencerá o terno, segundo os preceitos exclusivamente morais? Nos países de direito escrito a solução que a lei ditar prevalecerá, deixando-se de lado qualquer consideração de ordem ética ou jusnaturalística – porque a moral e o direito natural não oferecem solução para esses problemas aparentemente tão banais.

Na realidade, os preceitos contidos na lei acabam por penetrar tanto na consciência popular, que as pessoas condicionam sua conduta e seus juízos ao que as disposições legais estabelecem,

como se tais preceitos fossem, eles próprios, os valores a que se referem – e não o resultado de escolhas feitas pelo legislador de cada país. “Raramente o homem age de modo improvisado e inteiramente espontâneo. Ao contrário, na maior parte dos casos os nossos comportamentos se manifestam não apenas de modo consciente e deliberado, mas também à base de um projeto ou modelo do qual resulta, de modo mais ou menos pormenorizado e completo, a predeterminação dos próprios comportamentos e de seus possíveis efeitos jurídicos e práticos” (Alessandro Pizzorosso³).

Esse condicionamento envolve não somente as pessoas em seu operar ordinário em sociedade, mas também os juízes – e a estes compete julgar o comportamento de cada um à luz dos valores segundo os expressa a lei, e não segundo algum modelo universal e eterno haurido diretamente da moral ou do direito natural. Daí a diversidade dos comportamentos e das valorações feitas em cada país, alimentada pelas não-coincidentes escolhas do legislador de cada um.

62. *convivência internacional, diferenças nacionais ou regionais e objetivos comuns*

Variam ao longo do tempo a intensidade e os pontos em que se localizam as discrepâncias entre as opções contidas na lei dos diversos países. Um fator aglutinante de grande poder são as relações internacionais, que, oferecendo ao legislador de cada país o espelho dos sucessos ou dos fracassos da lei de outro ordenamento jurídico, sugerem-lhe novas opções e novas tomadas de posição valorativas da conduta humana; e que, pela própria necessidade de sobrevivência, podem às vezes chegar a impor soluções jurídicas diferentes daquelas que vinham sendo praticadas. Por isso, sabe-se que já na antiguidade surgiram os primeiros albos das comparações jurídicas, que foram objeto das preocupações de Aristóteles e de Sólon.

3. Cfr. *Corso di diritto comparato*, n. 1, p. 4.

O tratado da *Política*, do primeiro, tem por ponto de partida o estudo de cento-e-cinquenta-e-três constituições de cidades gregas ou bárbaras. Sólon também estudou leis de muitas cidades ao elaborar as leis atenienses. Segundo a lenda, a Lei das Doze Tábuas foi elaborada após haverem os decênviros romanos realizado uma pesquisa (*enquête*) nas cidades da Grande Grécia (René David⁴).

O sentimento da necessidade de lançar olhares além-fronteiras para descobrir novas perspectivas para o direito nacional cresce na medida em que se intensifica a convivência internacional e é limitado pelas diferenças regionais ou locais. Essas diferenças, inerentes à história e à cultura de cada povo, constituem uma força centrífuga que impede a realização de uma utópica equiparação ou nivelamento dos ordenamentos jurídicos mas não é capaz de impedir as trocas de influências sugeridas ou determinadas pelo convívio internacional. Um terceiro fator influente nesse equilíbrio entre forças divergentes e convergentes é a existência de certos *objetivos comuns* – alguns permanentes, e outros ocasionais – que pressionam no sentido da aproximação dos ordenamentos jurídicos na medida em que os povos sentem a necessidade ou conveniência de afeiçoar suas leis à busca de resultados que não são desejados exclusivamente no âmbito de um país.

63. *direito processual*

Esses elementos marcadamente culturais – que são as diferenças regionais e os *objetivos comuns* – atuam com muito maior intensidade sobre as Constituições políticas e o direito substancial, sendo menor sua influência nas ordens processuais. Pode-se mesmo dizer que o direito processual é o ramo jurídico em que com *menor* intensidade se projetam os elementos culturais aqui considerados, justamente porque o processo não é algo inerente à vida comum das pessoas em suas relações com outras e com os bens: ele se resolve em *técnicas* instituídas pelo legislador a partir da experiência dos que operam nos juízos e tribunais, e não a partir dos anseios do cidadão comum. Seus institutos são mode-

4. Cfr. *Les grands systèmes de droit contemporains*, n. 2, p. 1.

lados segundo conveniências do exercício de funções e atividades muito específicas e reservadas aos profissionais especializados – e que são a *jurisdição* exercida pelos juízes do Estado e a *ação* e a *defesa*, praticadas por advogados.

Isso não significa que o processo seja destituído de conotações éticas, deontológicas ou políticas – sendo crescente a pressão que da sociedade vem para o bojo de seu arcabouço em uma sociedade cada vez mais consciente de seus direitos inerentes à cidadania. O que digo é que as técnicas do processo, posto que recebam influências dessa ordem e dessa origem, não são, elas próprias, diretamente ligadas à vida comum das pessoas.

Não é o que sucede com os institutos do direito substancial, que aglutinam normas referentes a fenômenos da vida ordinária de todo dia, como a união de homem e mulher para a vida em comum e constituição de família (matrimônio ou união estável); como o crédito, os atos ilícitos causadores de dano a outrem, as prestações de serviços, os cheques, as sociedades em geral, a relação do homem com o meio-ambiente, as relações econômicas de consumo; ou como os próprios atos mercedores de sanções punitivas mais enérgicas – o *matar alguém*, o *furtar*, o *defraudar etc.* (crimes). Ao valorar esses fatos, a lei presumivelmente está positivando juízos de valor que vêm do sentimento popular e assim determinando ou sancionando condutas conhecidas do homem comum – o que não sucede com as leis do processo, que não apontam diretamente à conduta do homem comum e em pequena medida brotam dos sentimentos correntes entre os membros da população.

O que acaba de ser dito é ilustrado pela observação de que um viajante comporta-se em terras estrangeiras, ordinariamente, segundo as leis materiais do país, as quais provavelmente serão iguais ou parecidas com as do seu – observa as leis de trânsito, paga pelo que compra ou consome, respeita a vida e a honra alheias *etc.*, mas não é comum que tenha noções sobre o processo do país que visita ou sua organização judiciária. Por quê? Porque as normas de direito material de cá e de lá são ditadas por sentimentos comuns aos povos dos países em geral – enquanto as processuais nem sempre o são.

Afirma-se com isso a relativa *artificialidade* das leis processuais. Sendo criação do legislador com vista à atuação dos profissionais do foro e só indiretamente atingindo o homem comum, elas são instituídas mediante fórmulas preponderantemente técnicas – o que significa, como dito, que em relação às leis do processo atuam com menor intensidade aqueles fatores convergentes e divergentes representados pelos *objetivos comuns* e pelas diferenças regionais.

Obviamente, não é absoluta essa distinção quanto à formação das leis materiais e das processuais. Há institutos do processo e da organização judiciária que, por estarem mais próximos da vivência geral do homem comum, são sentidos por este e sobre eles a opinião pública se manifesta. Tal é o júri, tais são os juizados especiais, a oferta de tutela coletiva referente a direitos e interesses transindividuais, as súmulas vinculantes, o controle da Magistratura, a atuação do Ministério Público *etc.* Isso não desautoriza a observação central quanto à distância entre o processo e o homem comum, mas significa que certos institutos do direito processual estão mais próximos a ele que os demais. E o homem comum não conhece as técnicas do processo, sendo até, em boa medida, desinformado mediante o linguajar impróprio contido nas páginas da mídia.

De todo modo, as grandes e disseminadas diferenças existentes entre os sistemas processuais – mesmo dentro de regiões culturalmente mais ou menos homogêneas – têm gerado no processualista moderno uma boa dose de ceticismo quanto à clássica divisão dos ordenamentos jurídicos do planeta em *famílias* (René Dávid). Tome-se o exemplo da América Latina e ver-se-ão as discrepâncias existentes entre o processo civil de cada um dos países – os hispano-americanos mantendo laços ibéricos que no Brasil já não existem, e mesmo entre aqueles sentindo-se diferenças muito grandes.

64. *direito comparado*

Da existência de ordenamentos jurídicos diversos, da convivência entre nações soberanas e das razões para mirar os bons

e maus exemplos colhidos além-fronteiras decorre o interesse pela comparação jurídica. Como ciência e não ramo do direito positivo, o direito comparado tem por objeto “uma pluralidade de ordenamentos jurídicos atualmente em vigor” e por finalidade “não tanto os ordenamentos tomados para exame em todos os seus detalhes, quanto o confronto entre eles e a conseqüente análise das diferenças e das analogias de estrutura e de disciplina perceptíveis”.⁵ Não-obstante suas raízes muito antigas, a *reflexão sistemática* sobre a comparação jurídica só surgiu em tempos relativamente recentes, a saber, quando no século XIX os pensadores passaram a reagir contra os ímpetus nacionalistas em suas projeções sobre o direito, então em voga e revelados na edição das grandes codificações. São marcos significativos desse movimento a instituição da disciplina *direito comparado* no *Collège de France* (ano de 1831) e a fundação da *Société de Législation Comparée* em Paris, em 1869. Mas, segundo uma voz muito autorizada na doutrina contemporânea, o século XX foi o que, “pelos crescentes repercussões de todos os acontecimentos em nível internacional, tornou-se o *século da comparação jurídica*” (Walter J. Habscheid⁶).

Ao método que se denomina *direito comparado* reconhecem-se três utilidades fundamentais, a saber: a) enriquece as pesquisas históricas e sociológicas relativas ao direito (embora seja ele próprio uma disciplina jurídica e não histórica, sociológica, filosófica, antropológica *etc.*); b) contribui para o melhor conhecimento e aprimoramento do direito nacional; c) facilita a compreensão dos povos estrangeiros e melhor regime das relações internacionais.⁷ O direito comparado não pretende a universalização do direito positivo, mas o conhecimento do que se passa alhures, para a escolha de caminhos convenientes e seguros na produção e interpretação do direito local.

5. Cfr. Alessandro Pizzorusso, *Corso di diritto comparato*, n. 19, esp. p. 101.

6. Cfr. *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, p. 15.

7. Cfr. René David, *Les grands systèmes de droit contemporains*, n. 3, esp. p. 3.

65. *direito processual comparado*

A intensa troca de informações que na atualidade a doutrina do direito processual civil vem proporcionando aos estudiosos é um fator de muita valorização das comparações jurídicas nessa área. Na palavra de Enrico Tullio Liebman, a doutrina atua além-fronteiras e interliga culturas, como uma *multinacional do processo*, “que em cada país tem suas características próprias mas tem também, no conjunto, uma profunda unidade de inspiração sobre o que devem ser o processo e os princípios fundamentais que o governam”.⁸ São congressos, colóquios, *jornadas*, visitas, conferências cá e lá, que se repetem com extrema freqüência, pondo em contato processualistas europeus, orientais, africanos, latino-americanos ou oriundos de países da *common law* – todos em busca de elementos para o aprimoramento de seu próprio processo civil. Enorme mérito têm nesse labor a Associação Internacional de Direito Processual, de âmbito mundial, o Instituto Ibero-americano de Direito Processual e muitas outras entidades de nível nacional, que também promovem encontros de processualistas de países diferentes – como os muitos que o Instituto Brasileiro de Direito Processual vem realizando a cada dois anos em variadas cidades do país.

A maior tendência do direito processual à desagregação e às diversidades – conseqüência de seu maior distanciamento dos sentimentos populares, em relação aos diversos ramos do direito material – é compensada pelo enorme interesse de seus doutrinadores em conhecer o que se passa em outros países e em outras regiões do planeta, pelas necessidades emergentes das relações internacionais que se intensificam e pela crescente valorização dos grandes *princípios* do processo civil. Notadamente aqueles de raízes constitucionais – que tendem à universalidade e sobreporam às discrepâncias regionais do direito positivo – têm sido os grandes responsáveis pela intensificação do método comparativo em processo civil, o que autoriza fazer eco às palavras de Walter

8. Cfr. “Ai lettori brasiliani” – Prefácio à 1ª ed. da tradução brasileira de seu *Manual de direito processual civil*, I, p. VII.

Habscheid e afirmar que este século se notabiliza como o século da comparação jurídica *processual*.

66. cautelas nas comparações processuais

Os entusiasmos do comparativista precisam sempre, no entanto, ser refreados por uma série de cautelas impostas pela observação de alguns fatores que, quando não levados na devida conta, poderiam conduzir à inutilidade das comparações ou a distorções indesejáveis. Quando se diz que *a comparação jurídica só se legitima na medida da utilidade que tiver pelo menos para um dos ordenamentos comparados*, é preciso extrair dessa máxima todo seu conteúdo sistemático, para entender que uma comparação jurídica, para ser realmente útil, precisa ser autêntica (fiel) e boa (produtora de resultados úteis e corretos). Não têm razão de ser as comparações que não partam do correto entendimento do significado das leis comparadas no contexto jurídico, cultural, político e econômico de seu próprio país; é indispensável captá-las em seu conteúdo substancial na ordem jurídica a que pertencem e não meramente nas locuções verbais em que se expressam. Não são boas — e podem até ser prejudiciais — as comparações que, partindo de enganos quanto ao significado que uma lei tem em seu sistema, conduzam a importar soluções que não se compatibilizem com o contexto sistemático da ordem jurídica nacional.

Para evitar essas distorções, quatro ordens de fatores precisam ser considerados, a saber: a) a diversidade das fontes do direito processual, (b) a estrutura do Poder Judiciário de cada país, (c) a índole do direito nacional e (d) a diversidade de conceitos presentes nos ordenamentos jurídicos comparados.

67. diversidade das fontes formais do direito processual

O direito brasileiro é extremamente pródigo em normas e princípios do processo residentes em sede constitucional, o que não sucede com a mesma intensidade ou explicitude na generalidade dos países. A Constituição Federal de 1988 enuncia de modo ex-

presso e direto os princípios da inafastabilidade do controle jurisdicional, do devido processo legal, do contraditório e ampla defesa, do juiz natural, da publicidade. Dita ainda a exigência de motivação das decisões judiciais e a regra da singularidade (e não colegialidade) dos órgãos judiciários civis em primeiro grau de jurisdição. Traça normas até minuciosas a serem observadas na organização e na divisão judiciais e na organização do Ministério Público. Proclama a indispensabilidade do advogado nos litígios postos em juízo. Institucionaliza o mandado de segurança (individual e coletivo), o *habeas data*, o mandado de injunção, a ação civil pública, as súmulas vinculantes e os juizados especiais cíveis competentes para causas de menor complexidade (as chamadas *pequenas causas*), além de condicionar o recurso extraordinário ao requisito da *repercussão geral*. Ao disciplinar a ação direta de constitucionalidade e a de inconstitucionalidade (controle concentrado da constitucionalidade de leis e atos normativos), chega ao ponto de especificar as entidades e os sujeitos legitimados ativamente a elas. Dificilmente encontrar-se-á uma outra Constituição portadora de tantas regras de direito processual ou de tamanha explicitude no acatamento dos grandes princípios caracterizadores da *tutela constitucional do processo civil*.

A Constituição Federal desce a pormenores de pura técnica ao instituir a proibição de férias coletivas nas diversas Justças, proclamar a dispensa de despacho judicial para atos de rotina (automatismo judiciário) e determinar a distribuição imediata dos recursos nos tribunais.

Por outro lado, podem variar de país para país — sempre segundo o disposto na Constituição de cada um — certos pormenores quanto às legítimas sedes infraconstitucionais das normas de direito processual. Aqui legisla-se ordinariamente mediante *leis* e não por decreto, mas aí estão as absurdas *medidas provisórias*, constitucionalmente dotadas de força de lei, com que o Presidente da República vem invadindo o espaço que, por natureza e para a plenitude da democracia processual, pertence ao Congresso Nacional — fazendo-o sempre para conceder ilegítimos *privilégios*

processuais ao erário público na sua voracidade tributária em face dos contribuintes.⁹ Além disso, em certa medida os tribunais são autorizados a instituir normas que às vezes vão além do campo da organização judiciária e passam a disciplinar procedimentos e incidentes que perante eles têm cabimento – fazendo-o através de seus *regimentos internos*.

Essas características da ordem jurídica de um país, que jamais serão inteiramente coincidentes em todos os demais, constituem motivo para certas cautelas do comparativista, sem as quais poderia seu trabalho chegar a resultados distorcidos ou inadequados quando quisesse importar dispositivos vigentes alhures.

68. diferentes regras sobre as fontes substanciais de direito processual

Na ordem jurídica brasileira em princípio é a *lei federal* que dita normas de direito processual – não a estadual e *jamais* as dos Municípios. A Constituição Federal de 1988 instituiu uma *competência concorrente* da União e Estados para legislar sobre os juizados especiais e sobre *procedimentos em matéria processual* – competência essa de duvidosas legitimidade federativa e viabilidade prática. Descontadas essa crítica e as dificuldades teóricas e conceituais para chegar à compreensão do que seja *procedimento em matéria processual*, tal é um elemento constante do direito positivo brasileiro que muito dificilmente será encontrado em algum Estado não-federativo e torna até perigosas as comparações que não o levem em conta.

69. organização judiciária

A Justiça brasileira estrutura-se em organismos independentes, que constituem verdadeiros *microsistemas* integrantes do sistema judiciário nacional – e que são as diversas *Justiças*. Há

9. A emenda constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2002, vedou a edição de medidas provisórias em matéria processual, mas não foi suficiente para debelar de todo esse mal (Const., art. 62, inc. I, letra b).

as que pertencem à União e por ela são geridas (Federal, do Trabalho, Militar e Eleitoral) e há as dos Estados (comuns e militares). Sobre todas elas paira o Supremo Tribunal Federal, como *órgão judiciário de superposição*, constitucionalmente dotado de competência originária e recursal – esta, em matéria constitucional. Sobre os organismos caracterizados como *Justiça comum* (Justiça Federal e Justiça dos Estados) é *órgão de superposição* o Superior Tribunal de Justiça, sendo também este, em alguma medida, sujeito à revisão de seus julgados pelo Supremo Tribunal Federal.

Essa complexa estrutura, que em suas linhas gerais é tradicional na Justiça brasileira, liga-se com muita estreiteza ao sistema político do país, que é federativo e discrepa do que muitos outros países praticam. Pela maneira como se dispõem os *órgãos de superposição*, as diversas *Justiças* e os órgãos que as compõem, e pelas competências que de modo expresso a Constituição Federal lhes outorga, a organização judiciária brasileira diverge tanto das demais, que se torna profundamente difícil e problemática qualquer comparação envolvendo esses temas. Notadamente no trato da *competência*, que depende umbilicalmente da estrutura judiciária de cada país, as peculiaridades brasileiras têm fadado ao insucesso as tentativas de transplantar para cá as conhecidas *divisões da competência em espécies* – como aquela caracterizada como *divisão tripartida*, originária da Alemanha e Itália (Wach e Chiovenda). Esse critério está presente no Código de Processo Civil mas experimenta notáveis dificuldades de assimilação, sendo em boa medida rejeitado pelo nosso sistema de organização judiciária.

O *Conselho Nacional de Justiça*, instituído em meio a demagógicos clamores pelo controle externo do Poder Judiciário, é incluído entre os órgãos desse Poder (Const., art. 92, inc. I) e, de seus quinze integrantes, nove são magistrados, sob a Presidência de um Ministro do Supremo Tribunal Federal (art. 103-B). Não chega a ser, pois, um órgão de controle externo, mas, mais propriamente, de *controle misto da Magistratura* – no que não coincide com outros modelos existentes em outros países.

70. *a índole do direito processual brasileiro*

Como todos os modelos processuais, o brasileiro apresenta características próprias e por elas se distingue dos demais em muitos aspectos de central importância e projeção sobre toda a ordem processual. Tem-se por *sistema* um conjunto de elementos integrados e interagentes, coordenados segundo os objetivos preestabelecidos.¹⁰ E *modelo jurídico é determinado sistema, identificado segundo suas características fundamentais* (Tércio Sampaio Ferraz Jr.). Pois o modelo jurídico-processual brasileiro é um sistema portador de características bem identificadas, que o isolam e o identificam perante os outros que existem na face do planeta.

Constituem *traços permanentes* do modelo processual civil brasileiro, aos quais os estudos de direito comparado precisam estar sempre atentos para evitar enganos e distorções, entre outros: a) a *unidade da jurisdição*, em confronto com os sistemas da chamada jurisdição dúplice, vigentes nos países que têm sua justiça administrativa (contencioso administrativo); b) o *controle da constitucionalidade* de leis e atos normativos, que no Brasil tanto se faz pelo método difuso quanto pelo concentrado – este, da competência privativa do Supremo Tribunal Federal quando se trata de confronto com a Constituição do país; c) a presença de *princípios e garantias do processo*, presentes na Constituição de modo explícito (tutela constitucional do processo); d) a oferta constitucional de meios processuais específicos, qualificados como *jurisdição constitucional das liberdades* e destinados à tutela jurisdicional diferenciada para certas situações que a Constituição indica; e) a própria estrutura judiciária nacional, com reflexos nas regras sobre competência; f) a *singularidade* do juízo de primeiro grau de jurisdição; g) certas características internas do processo, ditadas pela lei processual infraconstitucional – sistema fortemente preclusivo, procedimentos especiais muito numero-

10. *Sistema*: “conjunto de elementos vinculados em todas as suas partes e em todos os sentidos a um especial postulado ordenante, no qual tudo está em tudo e no qual de qualquer ponto se pode caminhar ou retroceder a qualquer ponto” (cfr. Orestano, “Azione: storia del problema”, n. 3, esp. p. 19).

sos, valorização da revelia como fator que autoriza presumir a veracidade dos fatos alegados pelo autor, número muito grande de títulos executivos, o poder cautelar geral do juiz, a antecipação da tutela no curso da fase cognitiva do processo, significativos poderes do relator nos processos perante os tribunais, grandes poderes do juiz para impelir o réu ao cumprimento de obrigações de fazer, não-fazer ou entregar coisa certa (CPC, arts. 461 e 461-A) etc.¹¹

Esses e outros elementos centrais que caracterizam o modelo brasileiro de processo civil não podem ser desconsiderados pelo analista comparador quando, no exame de algum instituto em particular, pretenda importar lições ou normas acatadas em outro país. Os riscos de incompatibilidade sistemática são muito grandes e uma comparação jurídica que não leve em conta as divergências estruturais entre sistemas pode conduzir a erros muito graves.

71. *diversidade de conceitos*

Em parte como consequência mesmo das discrepâncias apontadas e notadamente das diversas *índoles* de que são portadores os modelos processuais encontrados por todo o mundo, existe uma relativa desigualdade na *linguagem* adotada por eles. Nem seria imaginável uma rigorosa uniformidade terminológica entre todas ordens as jurídicas do globo, de todas as regiões, em todas as línguas. Isso significa que não só o tradutor mas principalmente o comparativista precisam manter-se atento e evitar erros decorrentes dos chamados *falsos cognatos (pitfalls)* – palavras de duas línguas, formalmente iguais entre si ou muito parecidas mas portadoras de significados diferentes em uma e em outra.

O caso mais atual é a grotesca tradução da palavra inglesa *evidence* por *evidência*, quando em seu sistema de origem ela significa *prova*. Em português, *evidência* é palavra que designa uma situação de extrema clareza (*evidente* é algo que se vê com niti-

11. Cfr. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, I, nn. 67-73, pp. 175 ss.

dez, que salta aos olhos), a qual pode ser obtida mediante a prova mas não se confunde com ela.¹² Grottesca também foi a tradução de uma obra de Salvatore Satta no Brasil, em que o *traduttore traditore* verteu a palavra italiana *procedimento*, ao português, como *comportamento*. Para não errar, teria bastado deixar a palavra como estava na Itália e somente alterar-lhe a pronúncia. Outro caso é o do vocábulo inglês *agreement*, que significa *contrato*, mas os mais tradutores vertem ao vernáculo como *acordo* – transmitindo ao leitor a falsa idéia de um ajuste celebrado em meio a uma divergência, ou litígio (transação *etc.*), o que não corresponde ao verdadeiro significado de *agreement*.

Além desses casos que tocam as raias do absurdo e do ridículo, existem outros exemplos de significativas diferenças semânticas que devem inspirar cuidados ao tradutor e ao comparativista, dos quais vai a seguir alguma ilustração:

a) no direito brasileiro, *insolvência* é o estado de desequilíbrio patrimonial do devedor, em que o passivo supera o ativo; na Itália, *insolvenza* tem significado diferente e está mais próximo daquilo que nós entendemos por *falta de liquidez* (ou de recursos financeiros para saldar um débito exigível);

b) no direito dos povos de língua espanhola, *embargo* não é o ato de resistência do devedor à execução que se lhe move, mas a própria medida de constrição judicial (penhora). O que nós designamos por *embargos à execução* (ou impugnação) lá se chama *oposición*. E a nossa *oposição*, que é a pretensão de um terceiro, incompatível com a do autor e a do réu de um processo pendente, em língua espanhola é *intervención excluyente*. Em italiano diz-se *intervento principale*;

c) os correspondentes verbais italianos de *residência* e *domicílio* (*residenza* e *domicilio*) não designam precisamente o que nós entendemos por essas palavras;

d) por *denuncia della lite* os italianos não designam precisamente o que denominamos *denúnciação da lide*, que no Brasil não é mera *denúncia* (inclui a ação regressiva movida ao terceiro);

e) *provvedimento* é palavra italiana que se traduz por *providimento*, mas não para designar o provimento dado aos recursos. *Provve-*

12. Cfr. Dinamarco, *Vocabulário do processo civil*, n. 131, pp. 227-229.

dimento é todo ato estatal imperativo, como os atos do juiz e, particularmente, suas sentenças, decisões, despachos ou acórdãos;

f) os adjetivos *procedente* e *improcedente*, que se agregam aos vocábulos *ação* ou *demanda* quando se quer dizer que estas foram acolhidas ou que foram rejeitadas pelo juiz, têm por correspondente em língua italiana os adjetivos *fondato* e *infondato* (*domanda fondata*, *domanda infondata*). Julgar procedente é *accogliere la domanda*. Julgá-la improcedente, *rigettare la domanda*;

g) recurso *procedente*, em língua espanhola, é recurso admissível e, portanto, conhecido (esse adjetivo não significa o que nós entendemos por *recurso provido*);

h) *citazione* não é *citação*, ato de comunicação processual, mas o ato com que o autor dá início ao processo (na prática, equivale à nossa *petição inicial*);

i) *ricorso* não é necessariamente um *recurso*, que em italiano se diz *impugnazione*;

j) *tutela*, em língua espanhola, pode designar uma espécie de processo instituído para a defesa de liberdades públicas – como é a *acción de tutela* do direito colombiano, que nada tem a ver com o instituto de direito de família;

k) a *ingiunzione italiana* é o modelo de nosso processo monitorio e não tem qualquer semelhança com o *writ*, que no Brasil se denomina *mandado de injunção*;

l) a palavra alemã *Rechtswirkung*, que literalmente se traduziria por *força de lei*, significa especificamente *coisa julgada*;

m) em italiano, *comparsa* é um ato de impulso processual de parte e nada tem a ver com o que em português poderia parecer.

A mais abrangente das diversidades verbais que se podem encontrar nessa pesquisa reside precisamente na conceituação de *direito processual civil*, que tem dimensão maior onde não há o contencioso administrativo, e menor onde o haja. Por isso, a locução *matéria civil*, contida na conhecidíssima definição proposta por Liebman – “processo civil é aquele que se realiza para o desempenho da função jurisdicional em matéria civil”¹³ –, no Brasil inclui todos os litígios que não sejam fundados em direito

13. Cfr. *Manual de direito processual civil*, I, n. 18, p. 55 trad.

penal, a saber: matéria civil, comercial, tributária, administrativa, constitucional e, de certo modo, também a trabalhista (porque o processo do trabalho é um processo civil *lato sensu*, especialíssimo). Inclui também litígios envolvendo pessoas jurídicas de toda categoria ou nível. Onde há o contencioso administrativo, no conceito de *matéria civil* não se incluem os litígios de direito público indicados na lei de cada país, a qual os remete à chamada *justiça administrativa*.

Graves dificuldades para a comparação jurídica foram trazidas pela lei n. 11.232, de 22 de dezembro de 2005 (Lei do Cumprimento de Sentença), a qual, ao eliminar a tradicional separação entre o processo de conhecimento e o de execução, limita o valor das lições tradicionais da doutrina de origem romano-germânica, na qual essa separação é um dogma zelosamente cuidado por todos. Já é difícil falar em um *processo de conhecimento*, como no seio dessa família todos falam, porque dificilmente o processo que nasce para o julgamento da causa será apenas *de conhecimento* (ele é um processo sincrético).¹⁴ A *extinção do processo de conhecimento* será somente extinção de uma fase, não de um processo. Estamos a falar sozinhos, no universo da doutrina internacional.

No Brasil, quando se diz *justiça administrativa* (locução não muito usual) ou *processo administrativo*, está-se a pensar em órgãos e atividades da Administração Pública, absolutamente desprovidos de caráter jurisdicional. As *justiças administrativas* existentes na Europa e em alguns países latino-americanos integram a Administração e não o Poder Judiciário (ou a Justiça), mas exercem *jurisdição*.

Existem ainda certas dificuldades decorrentes das semelhanças entre palavras do vocabulário comum de duas línguas (vocabulário não-jurídico) que expressam, em uma e na outra, idéias diferentes. É preciso tomar cuidado, por exemplo, com a conjunção francesa *pourtant*, que significa *no entanto* e não *portanto*; ou com o *todavía*, do espanhol, que vale por *ainda*. Por outro lado, às vezes vê-se

14. Cfr. Dinamarco, *Instituições de direito processual civil*, III, nn. 771 e 771-A, pp. 27 ss.

o comparativista-intérprete na necessidade de propor neologismos em sua língua, mutuados da língua de origem dos textos que examina, como *fattispecie*, *class action*, *adversary system*, *discovery*, *leasing*, *astreinte*. A moderação no uso desses estrangeirismos é sempre aconselhável, além do cuidado de esclarecer ao leitor, quando eles são apresentados sem ainda terem sido absorvidos no vernáculo, o significado de cada um em seu ordenamento de origem e o modo e medida de sua compatibilidade com o ordenamento nacional.

72. objetivo do presente estudo

Não foi meu propósito realizar aqui um estudo comparatístico, ou seja, fazer alguma *comparação jurídica* — por mais superficial ou vaga que fosse. As pequenas e superficiais comparações que fiz foram puramente ocasionais e esparsas, trazidas com o objetivo de ilustrar afirmações. A mensagem que pretendi transmitir consiste na oferta de informações que pretendo sejam úteis em futuras comparações a serem feitas pelos estudiosos. Sem pretender mais, defino este estudo como uma *pequena introdução metodológica ao direito processual civil comparado*, e dar-me-ei por pago e satisfeito se, nesse plano, alguma utilidade ele puder ter.

A síntese do que ficou dito pode ser assim formulada em algumas proposições bastante simples: a) o direito comparado é um *método* de investigações jurídicas e não um ramo do direito; b) para o jurista, sua utilidade consiste em proporcionar melhor compreensão do direito de seu país, pelo conhecimento dos exemplos, sucessos e fracassos de leis estrangeiras; c) só será legítima uma comparação jurídica quando útil pelo menos a um dos ordenamentos comparados; d) o direito comparado tem por objeto as *leis* de dois ou mais países, não sendo correto fazer comparações a partir exclusivamente do que diz a doutrina; e) é perigoso fazer comparações jurídicas sem conhecer o preciso significado dos institutos e das palavras presentes em ambos ou em todos os ordenamentos comparados; f) na realidade brasileira atual as *comparações mais úteis a serem feitas* são as que incluam o direito norte-americano (onde estão as *class actions*, fonte de nossa ação civil pública), o

direito dos países integrantes do Mercosul (para a busca da *homogeneização* indispensável ao crescente comércio nessa área) e o da Itália, Alemanha e Áustria, de onde nos chegaram institutos como a *antecipação de tutela* e o *processo monitorio*.

VI – A FUNÇÃO DAS CORTES SUPREMAS NA AMÉRICA LATINA

§ 1º – **introdução:** 73. das bases histórico-culturais à realidade político-institucional – 74. *civil law* e diferentes vinculações culturais – 75. quadro político-institucional e a missão das Cortes Supremas – § 2º – **Estado federativo ou unitário:** 76. os mais extensos Estados federativos: visão panorâmica de sua organização judiciária e das competências – 77. as Justiças regionais e o direito federal – § 3º – **regras gerais de competência:** 78. recursos às Cortes Supremas – 79. Brasil – 80. Argentina – 81. Uruguai – 82. Colômbia – 83. México – 84. a revisão da coisa julgada – § 4º – **controle de constitucionalidade das leis:** 85. Cortes constitucionais – 86. controle difuso ou concentrado – 87. Argentina – 88. México – 89. Uruguai – 90. Brasil – § 5º – **jurisdição constitucional das liberdades:** 91. o Pacto de San José da Costa Rica – 92. recurso de amparo, ação de tutela e mandado de segurança – 93. outros remédios integrantes da jurisdição constitucional das liberdades – 94. as Cortes Supremas e a jurisdição constitucional das liberdades – § 6º – **apreciação geral:** 95. Cortes Supremas, órgãos políticos – 96. Cortes Supremas, órgãos de preservação de direitos humanos – 97. Cortes Supremas, órgãos de unidade do direito nacional

§ 1º – introdução

73. *das bases histórico-culturais à realidade político-institucional*

À imensa extensão territorial dos países que integram a unidade geográfica denominada *América Latina* e às diferenças históricas nas respectivas origens coloniais associa-se a debilidade de uma pretensa *unidade cultural* entre eles. Dessas causas decorre a *regionalização cultural* dos países integrantes desse grupo multiforme, que se podem reunir em subgrupos determinados pela língua que falam (América hispânica e América lusófona, Brasil), pelas feições institucionais que adotam ou mesmo pelas específicas regiões em que se situam (Cone Sul, Andes, Caribe, Amazônia). Um perceptível reflexo dessa relatividade cultural é a formação de