XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

MARCOS LEITE GARCIA

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Marcos Leite Garcia, Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-341-2
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Como corresponde aos nossos anseios de seguir construindo uma sociedade democrática, aberta, mais justa e plural, a presente obra reúne artigos que foram previamente aprovados (com dupla revisão cega por pares) para o Grupo de Trabalho Direitos e Garantias Fundamentais II. Assim sendo, os respectivos trabalhos foram apresentados e debatidos no dia 9 de dezembro de 2016 nas dependência da UNICURITIBA, situada na Rua Chile na capital paranaense, durante a realização do XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI).

Quanto ao recorte temático, partindo do eixo Direitos Fundamentais e suas Garantias, os esforços foram direcionados para o aprofundamento dos debates dos mais diversos, atuais, polêmicos e relevantes assuntos como a questão do aborto; da escravidão nos dias atuais em nosso país; discursos de ódio; proteção dos direitos da criança e adolescente; efetivação e construção artificial da igualdade; direito á identidade constitucional; e fortalecimento do poder judiciário. Ainda assim temas clássicos como os do princípio da dignidade da pessoa humana, direito à vida, princípio da proporcionalidade, liberdade de expressão, liberdade de informação, liberdades de informação e sobre as gerações de direitos humanos.

Considerando esse vasto e interessante universo de ideias, optou-se por reunir os artigos em blocos, por afinidade de assuntos, o que viabilizou um fértil debate após as apresentações de cada grupo temático. Dita dinâmica, além do excelente clima de respeito mútuo e de estreitar os laços entre os pesquisadores, viabilizou a reflexão e o intercâmbio de pensamentos, o que sem nenhuma dúvida reforça e qualifica a pesquisa científica no tema dos Direitos Fundamentais e suas respectivas Garantias.

Boa leitura a todos!

Curitiba, dezembro de 2016.

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro. UNOESTE-SC/UFSC

Prof. Dr. Marcos Leite Garcia. UNIVALI-SC/UPF-RS

NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: A PRODUÇÃO DE DIFERENÇAS EM NOME DE UMA CONSTRUÇÃO ARTIFICIAL DE IGUALDADE, CELERIDADE E EFETIVIDADE

NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE: THE DIFFERENCES OF PRODUCTION ON BEHALF OF AN ARTIFICIAL CONSTRUCTION EQUALITY, SPEED AND EFFECTIVENESS

Josemar Figueiredo Araújo [1]
Raquel De Lima Mendes [2]

Resumo

O presente trabalho aborda o processo civil e sua pretendida reforma no Brasil, partindo da análise do princípio da igualdade entre as partes, questionamos a viabilidade fática do pretendido equilíbrio processual, baseando-se na produção política de desigualdades e constatando a impossibilidade de dissociar ideologia e direito. Analisa-se as concepções de celeridade e efetividade à luz dos institutos da tutela de urgência e da tutela de evidência, com ênfase no julgamento liminar do pedido. Aponta-se para necessidade da primeira para os jurisdicionados e da segunda para o próprio Poder Judiciário, em prejuízo dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Palavras-chave: Reforma, Cpc, Igualdade, Direitos fundamentais, Contraditório, Ampla defesa

Abstract/Resumen/Résumé

This paper addresses the civil process and its intended reform in Brazil, based on the analysis of the principle of equality between the parties, we question the factual feasibility of the desired procedural balance, based on the political production of inequality and noting the impossibility of separating ideology and right. Analyzes the concepts of speed and effectiveness in the urgent protection of institutes and evidence of care, with emphasis on the preliminary judgment of the request. We need in first to jurisdictional and second for the Judiciary itself, to the detriment of the constitutional principles of legal defense and contradictory.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reform, Cpc, Equality, Fundamental rights, Contradictory, Full defense

---

[1] Doutorando do Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense PPGSD-UFF. Professor Universitário e advogado militante.

[2] Doutoranda do Programa de Pós Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense PPGSD-UFF. Professora Universitária e advogada militante.

1. Introdução

Muito já se escreveu sobre as finalidades do processo, e em particular, nos referimos ao processo civil. Este já foi, e continua a ser, em uma certa medida, visto como o direito instrumental de que dispõem os interessados, (inclusive o Estado) para realizar o direito material. Nesta tendência instrumental do processo, é evidente que as condições precisam ser pensadas a partir de uma perspectiva igualitária, consequentemente, o Estado se mantém em uma posição equidistante daqueles que perseguem uma decisão. Por outras palavras, a igualdade entre as partes se garante pela diferenciação do Estado-juiz como se costuma dizer em linguagem jurídica.

Ainda que seja apenas instrumental, o processo resulta de uma correlação de forças, de um conjunto de ações que fazem no mais agradável a certos grupos e mais desagradável a outros. Parece mesmo que o direito processual, sobretudo o direito processual moderno, que engendra tantos princípios correlacionados com a noção de igualdade (contraditório, ampla defesa, imparcialidade, por exemplo) já é o resultado, por si mesmo de um desequilíbrio entre setores e grupos antagônicos com poderes desiguais. E em uma concepção política, portanto, o direito processual exprime uma igualdade resultante das mais profundas desigualdades sociais.

Este cenário de desigualdade econômica, política e social que pretende substancializar a igualdade processual formalizada, no que toca à proposta de novo Código de Processo Civil, atrai a atenção de juristas em particular e da sociedade em geral, para as mudanças propostas com vistas às garantias processuais destinadas a tornar o processo mais igualitário, mais célere e mais efetivo.

Nos limites dessas linhas, pretendemos abordar estes três aspectos do processo, isto é, propomos uma discussão que considere a viabilidade efetiva de que se tenha um processo civil equilibrado (igualitário), célere, e efetivo, isto é, cujas decisões ganhem contornos práticos e eficácia naquilo para que se destina.

Não pretendemos chegar a conclusões assertivas que traduzam respostas acabadas, pelo contrário, ao discorrermos sobre o tema, estas reflexões nos conduzem a outras perguntas, a maiores inquietações que talvez só encontrem respostas provisórias. De toda sorte, em ciência, fazer questionamentos é tão legítimo quanto respondê-los. O projeto de novo Código de Processo Civil, notadamente o texto aprovado pelo Senado Federal em

Dezembro de 2014, trouxe dúvidas muito específicas sobre diversos temas, tais como as tutelas de urgência, o julgamento liminar do pedido e os acordos em matéria processual. Essas dúvidas são capitais para a análise das questões sugeridas, isto é, se com certas mudanças propostas em temas afetos aos citados, a igualdade, a celeridade e a efetividade se encontrarão vivas como fins do processo.

2. Igualdade Processual

Muitas vezes traduzido na fórmula "todos são iguais perante a lei", o direito à igualdade, na perspectiva dos Direitos Humanos, hoje também é concebido em uma compreensão de igualdade material e em uma dimensão de direito à diferença ou como preferem alguns, direito à diversidade. Assim, o direito à igualdade, para além da fórmula tradicional, abarca os direitos à diferença e à igualdade material.

A partir da Carta Internacional de Direitos (International Bill of Rights), a diferença (ou diversidade) ganhou tanta importância quanto a própria igualdade. "Por esse prisma, ao lado do direito à igualdade nasce o direito à diferença. Importa assegurar a igualdade com respeito à diversidade." (Piovesan, 2013, p. 263.)

Parece que um processo civil igualitário não pode mais continuar a diferenciar por título, por carreira ou pela posição da parte na hierarquia burocrática do Estado. Portanto, não é de igualdade formal que estamos tratando, sim de igualdade material, conforme Piovesan (2013, P. 263.)

> Na esfera internacional, uma primeira vertente de instrumentos internacionais nasce com a vocação de proporcionar uma proteção geral, genérica e abstrata, refletindo o próprio temor da diferença (que na era Hitler foi justificativa para o extermínio e a destruição), percebe-se, posteriormente, a necessidade de conferir a determinados grupos uma tutela especial e particularizada, em face de sua própria vulnerabilidade. Isso significa que a diferença não mais seria utilizada para a aniquilação de direitos, mas ao revés, para a promoção de direitos. Destacam-se, assim, três vertentes no que tange à concepção da igualdade: a) a igualdade formal, reduzida à fórmula "todos são iguais perante a lei" (que, ao seu tempo, foi crucial para abolição de privilégios); b) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça social e distributiva (igualdade orientada pelo critério socioeconômico); e c) a igualdade material, correspondente ao ideal de justiça enquanto reconhecimento de identidades.

Em tema de processo, este não resulta de outra coisa que não seja o Poder. Não tem como resultado imediato a desigualdade, mas a dominação e é esta última que institucionaliza as desigualdades. E a própria igualdade pretendida resulta, necessariamente, de relações de

dominação, mesmo que este dominador seja algo impessoal e abstrato, denominado Estado. Passos, (2012) assinalou que o espaço da liberdade resulta daquilo que o poder não regulou.

> Assim como a vocação da liberdade aponta para a emancipação, a presença do poder nas relações humanas aponta para a dominação, cujo instrumento viabilizador de sua eficácia *é* a *regulação com impositividade*. Necessário ser dito e efetivado o que não pode ser feito e o que se deve ser compelido a fazer. O que sobrar, é o espaço da liberdade. E para que a regulação se dê de modo frutífero, a coerção *é* indispensável. Desde a sutil coerção da ideologia, que domestica até a manifesta coerção que elimina ou reduz a liberdade do dominado, que exige o monopólio do uso legítimo da força. (op.cit., P. 32)

O mesmo autor destaca a própria condição humana e sua consequência direta, que para ele é a desigualdade. Com essa concepção, Passos (2012) constata que ninguém está livre do desequilíbrio de posições instituídas pelos sujeitos dominantes. Para muitos, a desigualdade formal, justificada e expressa em lei consiste na própria efetividade do princípio da igualdade formal. Mas a própria desigualdade formal, ainda que justificada, resulta de disputas intermináveis entre grupos antagônicos.

Em referência ao modelo de abordagem sistêmica, segundo Rocha, (2005) seriam as demandas e apoios *(inputs)* dos grupos de pressão que determinam as políticas públicas *(outputs)*. As políticas de governo seriam, então, resultado dos *inputs* vindos da sociedade. O Estado funcionaria como organismo neutro, conciliando interesses que interagem socialmente. O vigente Código de Processo Civil, em seu artigo 188, desmente esta suposta neutralidade do Estado, pelo contrário, o dispositivo estabelece inexplicável diferenciação entre profissionais da mesma carreira, com a mesma formação e que, em teoria, devem ter as mesmas condições processuais de atuação. Prevê o referido dispositivo: "Art. 188. Computar-se-á em quádruplo o prazo para contestar e em dobro para recorrer quando a parte for a Fazenda Pública ou o Ministério Público."

Semelhante dispositivo está repetido no projeto do novo Código de Processo Civil. Ainda que se verifiquem certas diferenças nas versões dos projetos, o texto aprovado pelo Senado Federal em 16 de Dezembro de 2014[1], embora não preveja o prazo em quádruplo, mantém o prazo em dobro para todas as manifestações da Fazenda pública: "Art. 106. A União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias e fundações de direito público gozarão

[1] Disponível em <https://drive.google.com/file/d/0B9-ftIQefCN8SXBhUlhLa09PRmc/view?pli=1 acesso em 21 jan. 2015.

.

de prazo em dobro para todas as suas manifestações processuais, cuja contagem terá início a partir da vista pessoal dos autos, mediante carga ou remessa."

As desigualdades produzidas pela ordem processual vigente, tanto em matéria penal quanto em matéria civil, que é o nosso objeto, pode ser explicada a partir da ideia de grupos de interesse, os neoinstitucionalistas também o fazem por meio da compreensão de outros elementos.

HALL e TAYLOR, (2003) esclarecem que se costuma entender por "neo-institucionalismo" o termo utilizado com a finalidade de designar uma perspectiva teórica atrativa de muitas atenções, porém acompanhada de inúmeras críticas, existindo grande dissenso quanto ao sentido preciso do termo, quanto às diferenças que o distinguem de outros procedimentos, e ao tipo de esperanças e de problemas que ele suscita. HALL e TAYLOR, (2003) apontam ainda para o fato de que o neoinstitucionalismo não representa uma corrente de pensamento unificada, dividindo-o em três métodos analíticos diversos, todos surgidos a partir dos anos 1980: institucionalismo histórico, institucionalismo da escolha racional e institucionalismo sociológico.

HALL e TAYLOR, (2003) ressaltam que tanto *o* institucionalismo histórico, quanto o institucionalismo da escolha racional e o institucionalismo sociológico, representaram uma espécie de reação contra as perspectivas behavioristas, na medida em que buscam explicar o papel desempenhado pelas Instituições na determinação de resultados sociais e políticos, entretanto, as percepções apresentadas sobre a realidade social e política são muito distintas.

O Institucionalismo Histórico, desenvolvido como reação contra os grupos estruturo-funcionalistas, defendiam que o conflito entre grupos rivais pela apropriação de recursos escassos é central à vida política. Mas foi na maneira como a organização institucional da comunidade política e das estruturas econômicas entram em conflito, de tal modo que determinados interesses são privilegiados em detrimento de outros, que o Institucionalismo da Escolha Racional construiu a explicação para as situações políticas nacionais e, particularmente, da distribuição desigual do poder e dos recursos. Ainda na análise que desenvolvem sobre as principais linhas distintivas do Institucionalismo Histórico, HALL e TAYLOR, (2003, P. 196) resumem a visão daqueles teóricos sobre instituição como sendo

> Os procedimentos, protocolos, normas e convenções oficiais e oficiosas inerentes à estrutura organizacional da comunidade política ou da economia política. Isso estende-se das regras de uma ordem constitucional ou dos procedimentos habituais de funcionamento de uma organização até às convenções que governam o comportamento dos sindicatos ou as relações

> entre bancos e empresas. “Em geral, esses teóricos têm a tendência a associar as instituições às organizações e às regras ou convenções editadas pelas organizações formais.” “...” “Elas buscam combinar explicações da contribuição das instituições à determinação de situações políticas com uma avaliação da contribuição de outros tipos de fatores, como as ideias, a esses mesmos processos.”

HALL e TAYLOR, (2003, PP 199 e 200) sublinham *a* importância que esta corrente atribui ao poder, destacando-se as “relações de poder assimétricas”, chamando especial atenção para o fato de que “os teóricos do institucionalismo histórico prestaram atenção sobretudo ao modo como as instituições repartem o poder de maneira desigual entre os grupos sociais.” Por outras palavras, o processo de disputas institucionais não conta com forças equivalentes, portanto, ao invés de investigar em que medida uma situação dada beneficia a todos, eles tendem a insistir no fato de que certos grupos sociais revelam-se perdedores, enquanto outros são ganhadores.

As diferenças de prerrogativas processuais entre a advocacia pública e a advocacia privada tem sido constantemente explicada por argumentos que destacam a grande quantidade de processos sob responsabilidade de órgãos como a Advocacia Geral da União (AGU) das procuradorias de Justiça dos Estados e dos Municípios, entre outras. A esse argumento, associa-se um outro: o de que há poucos profissionais. Por outras palavras, o Estado responde a muitos processos e não contrata a quantidade de profissionais necessária. E qual é o prêmio? Mais tempo para se defender.

As desigualdades entre a advocacia privada e outras carreiras não é um problema de preservação de interesses de Estado, muito menos de “interesse público”, mas de interesses setorizados e materializados nos próprios integrantes das carreiras da advocacia pública. Da mesma forma, a precarização da advocacia privada tem como causa a inexistência de forças equivalentes no processo de disputas institucionais. Nas Palavras de Passos

> “...já é o momento de abandonarmos o discurso retórico, no sentido pior que se pode dar à palavra retórica, o discurso demagógico, ou alienado, porque incoerente, ou perverso, porque propositadamente dito com vistas a assegurar privilégios de estamentos e uma sociedade que não consegue deixar de ser até hoje, uma sociedade estamentária, na qual se pensa sempre o que é melhor para os nossos, e muito pouco no que será melhor para todos.” (2012, p. 77.)

> As desigualdades processuais, que apenas exemplificamos com a diferenciação dos prazos, não representam mais do que o resultado prático da disputa de interesses entre grupos distintos com pretensões antagônicas em diversas matérias. A marginalizada advocacia privada que se contente com prazos que vão de um quarto até metade

> dos prazos da advocacia pública. Deve conformar-se ainda em gastar solas de sapatos e caminhar sob quaisquer condições climáticas; E deve entender, aceitar e agradecer porque os interesses do Estado são defendidos com auxílio de prazos dobrados, por profissionais que são pessoalmente intimados sem deixar seus gabinetes para caminhadas sob condições climáticas muitas vezes adversas. E Passos, ao fazer minuciosa análise sobre o Futuro do Direito e do Processo, constatou que "A classe dos advogados já foi transformada na plebe da sociedade jurídica. E a nobreza da magistratura e do Ministério Público nem percebe que, à semelhança do que já foi atribuído a Churchill, pode-se enganar a poucos por todo o tempo. Pode-se enganar a muitos, por algum tempo, mas não se engana a todos por todo o tempo." (op.cit., P. 77.)

A "plebe da sociedade jurídica" é cada vez mais precarizada em suas condições de trabalho, na forma com que é tratada pela "nobreza" e, principalmente, é deixada à margem de direitos que são inquestionáveis para a advocacia pública. Finalmente, comemora a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) foi incluído no texto do novo Código de Processo Civil, o direito de férias para os advogados, o que se dará entre 20 de dezembro e 20 de janeiro.

No quadro das diferenças, a advocacia pública e o Ministério Público também serão beneficiados, ainda que apenas com a suspensão dos prazos. Mas o que nos importa está no fato de que este cenário de estruturação contínua e progressiva da advocacia pública se contrapõe à precarização e à quase criminalização da advocacia privada. Dentro deste conjunto de diferenças é que se fala em igualdade entre as partes e equilíbrio processual. Ocorre que o equilíbrio processual se subverte quando se trata de beneficiar a Fazenda Pública, subversão esta que encontra amparo em um dos mais abertos conceitos jurídicos: o "interesse público". Se nada mudar, o texto do parágrafo 3º do artigo 87 assim prevê:

> Art. 87. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor, salvo se houver perda do objeto, hipótese em que serão imputados à parte que lhe tiver dado causa.
> § 3º Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, os honorários serão fixados dentro dos seguintes percentuais, observando os referenciais do §2º:
> I – mínimo de dez e máximo de vinte por cento nas ações de até duzentos salários mínimos;
> II – mínimo de oito e máximo de dez por cento nas ações acima de duzentos até dois mil salários mínimos;
> III – mínimo de cinco e máximo de oito por cento nas ações acima de dois mil até vinte mil salários mínimos;
> IV – mínimo de três e máximo de cinco por cento nas ações acima de vinte mil até cem mil salários mínimos;
> V – mínimo de um e máximo de três por cento nas ações acima de cem mil salários mínimos. [2]

[2] Esse dispositivo esteve presente em várias versões do projeto.

Então, a recíproca não é verdadeira, isto porque, não há na proposta aprovada pelo Senado em dezembro de 2014, qualquer previsão no sentido de que haverá limitação nos honorários de sucumbência devidos ao advogado público se o particular for sucumbente. Por outras palavras, quando a fazenda for sucumbente, o advogado privado sofrerá limitações no pagamento dos honorários, porém, se o particular sucumbir, não incidirão as regras do Parágrafo 3º do art. 87[3].

Ainda muito poderíamos discorrer sobre as diferenças de tratamento estabelecidas entre atores em posições processuais equivalentes, feitas pela legislação processual em vias de ser sancionada, entretanto, o que procuramos sinalizar é para a produção de desigualdades com base em um discurso supostamente igualitário e progressista em que as diferenças de tratamento se justificariam com base no "interesse público".

Passos, (2012) observa que "o poder político não se dissocia do poder econômico e que ninguém usa o poder de que dispõe em favor do outro, sim em benefício próprio." E assinala que "toda ordem jurídica desiguala e discrimina, excluindo alguns do gozo 'de determinados bens', deixando insatisfeitas necessidades e desejos de muitos." (P. 43.)

A tarefa de construir a igualdade material (quer no sentido de justiça distributiva, quer em seu aspecto identitário), em incontáveis situações, é realizada por meio do Processo Civil, todavia, este parte, cada vez mais, de um pressuposto preocupante: a desigualdade processual entre advogados privados e Ministério Público e Advocacia Pública é condição indispensável para preservação de um abstrato e casuístico "interesse público".

Se admitimos que o Direito não é um sistema fechado, mas interado à economia e à política, o interesse público consiste no que as estruturas de poder político e econômico dizem que ele é. E após algumas considerações sobre o papel da ideologia associada à política, à economia e ao direito, Passos (2012) retrata a inexorável importância das desigualdades:

> "A ineliminável imbricação entre economia; direito, política e ideologia nos leva a concluir: Se a economia é inviável sem a política e se ambas são ineficazes sem o direito e sem a ideologia, aqui estão as quatro paredes de nossa cela, um misto de espaço para monges ou para delinquentes." (P. 44.)

Não parece absurdo afirmar que as desigualdades, inclusive as processuais, são um excelente problema teórico e uma solução prática para os grupos hegemônicos ideológica,

[3] O texto aprovado em 17 de dezembro de 2014 (art. 87, Parágrafo 19) deixa claro que os honorários de sucumbência são devidos ao advogado e não à parte vencedora, como é o entendimento atual de alguns juízes.

política e economicamente. E isso explica, em grande medida, os benefícios conferidos a integrantes de certas carreiras, os quais são propositadamente confundidos com interesses de Estado.

3. Celeridade

Questão já conhecida, mas agora expressamente sistematizada consiste nas chamadas tutela de urgência e tutela da evidência. Em tema de celeridade processual, muito poderia se escrever, porém, por uma questão puramente opcional, tratamos desses dois instrumentos processuais, com vistas à abordagem da celeridade à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Relativamente à diferença entre tutela de urgência e tutela de evidência, Castro (2013, P. 288) lembra que mesmo havendo certo dissenso doutrinário,

> "são espécies de tutela diferenciadas pois, ao contrário das tutelas jurisdicionais fundadas em uma racionalidade unitarista — que pretendem apresentar um tipo de tutela jurisdicional padrão supostamente aplicável a todas as situações —, as *tutelas diferenciadas são pautadas na efetividade* e alinhadas a partir de um elemento que possibilita a sua aplicação sensível e flexibilizada ao caso concreto: a *adaptabilidade*.

E prossegue afirmando que "A disciplina processual da tutela de urgência e da tutela da evidência exigem tal flexibilidade, sob pena de minimizar a capacidade dessas tutelas diferenciadas em cumprirem seu desiderato de efetividade e suscetibilidade às exigências do direito em juízo."(Castro, 2013, P. 289)

[4]Jaime e Fernandes, (2013) ressaltam que o Poder Judiciário vive um momento de crise, a qual acarreta a incapacidade de tratar adequadamente a quantidade de processos diariamente ajuizados, notadamente porque as novas demandas juntam-se com as demandas existentes. A consequência imediata consiste na incapacidade do Poder Judiciário em responder tempestiva e satisfatoriamente às demandas dos jurisdicionados. Assim, a principal consequência desta ineficiência é a demora nos julgamentos das causas.

[4] Algumas das leis que introduziram mudanças foram as Leis nº 11.232 de 2005, 11.277, de 2006 ,e, 11.382, de 2006.

Segundo constatado por Jaime e Fernandes, (2013) o grande crescimento do número de demandas após 1988 teria se dado em decorrência das chamadas demandas repetitivas. E este cenário de muitas demandas e pouca eficiência levou, em 2005 e 2006 a mais uma reforma do Código de Processo Civil, acrescentando-se então o artigo 285-a[5], que instituiu o julgamento liminar do pedido, o que fez nos seguintes termos:

> Art. 285-A. Quando a matéria controvertida for unicamente de direito e no juízo já houver sido proferida sentença de total improcedência em outros casos idênticos, poderá ser dispensada a citação e proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada.
> § 1º Se o autor apelar, é facultado ao juiz decidir, no prazo de 5 (cinco) dias, não manter a sentença e determinar o prosseguimento da ação.
> § 2º Caso seja mantida a sentença, será ordenada a citação do réu para responder ao recurso.

Conforme disposição literal do texto acima transcrito, a hipótese deve ser de total improcedência, se assim não acontece, tem-se violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Jaime e Fernandes, (2013, P. 168) destacam que para que o julgamento liminar ocorra são necessários os seguintes requisitos:

> a) identidade entre a causa da nova demanda e a causa precedente, cuja sentença será emprestada; b) a sentença deve harmonizar-se com o entendimento dos Tribunais; c) o pedido deve ser julgado totalmente improcedente; d) A controvérsia deve ser exclusivamente de direito. A ausência de qualquer desses requisitos é causa de invalidação da sentença.

A implacável busca por celeridade é uma das responsáveis pelo artigo 309 do texto base do novo Código de Processo Civil encaminhado à sanção presidencial. Primeiramente vejamos o texto do art. 9º do referido texto Base:

> **Art. 9º** Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida.
> Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:
> I – à tutela provisória de urgência;
> II – às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 309, incisos II e III;
> III – à decisão prevista no art. 700.

O artigo 309 do texto aprovado, portanto, constitui-se em exceção à prescrição do artigo 9º, isto é, naqueles casos do artigo 309, é possível proferir sentença contra uma das partes sem que esta seja previamente ouvida: Diz o referido artigo 309:

> **Art. 309.** A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:
> I – ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

[5] O referido dispositivo é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade - (ADI nº 3.695/DF)

> II – as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;
> III – se tratar de pedido reipersecutório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;
> IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.
> Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.[6]

A proposta, notadamente no que concerne ao inciso II parece materialmente incompatível com o texto constitucional, na medida em que a parte poderá ser surpreendida com ação julgada em seu desfavor sem apresentação de defesa. Em nome da celeridade processual, propõe-se a mitigação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, caminhando-se para uma justiça de precedentes em que o magistrado trabalha em um processo e este resultado substituirá sua atuação em tantos outros processos existentes, bem como em outros tantos ainda por serem ajuizados.

Já se alertou para o fato de que ao julgar liminarmente, o juiz deveria ter a obrigação de demonstrar adequadamente a existência de identidade analítica entre os casos, uma vez que permitiria ao autor, caso interpusesse apelação, apresentar tese jurídica tendente ao afastamento da sentença precedente, demonstrando a ausência de identidade entre os casos. Este aspecto, porém, não é expressamente tratado pela proposta aprovada, o que nos parece bastante profícuo à pretensão de celeridade e muito hostil aos ainda acreditados princípios do contraditório e da ampla defesa.

O julgamento liminar do pedido, nos parece, consiste em irremediável violação aos princípios, ainda acreditados, do contraditório e da ampla defesa. Se inadequada foi sua inserção no Código de Processo Civil em vigor, mais inadequada se mostra a possibilidade de que ocorra inclusive em hipóteses de procedência do pedido, já que a proposta contida no inciso II do artigo 309 não limita sua incidência aos casos de improcedência.

Sublinhamos ainda que o contraditório e a ampla defesa, mesmo nos casos em que pareça existir plena aplicabilidade de súmula vinculante ou de tese firmada em julgamento de casos repetitivos, não pode ser substituído por um juízo de cognição sumária, uma vez

---

[6] Este dispositivo está inserido no Título iii (Da tutela da evidência) do texto base aprovado em 17/12/2014. Disponível em https://drive.google.com/file/d/0B9-ftIQefCN8SXBhUlhLa09PRmc/view?pli=1 acesso em 21 jan. 2015.

que na ausência de manifestação da parte contrária, isto é o que acaba por acontecer. Não se mostra compatível com as atuais concepções processuais de “processo justo” que em nome de uma pretensa celeridade, admita-se a prolação de sentença contra uma das partes sem que ela tenha sido previamente ouvida.

A realidade consistente em um Poder Judiciário moroso, sobrecarregado por tantos processos e de decisões ineficazes, para alguns, pode ser modificada combatendo os vilões denominados recursos: o discurso abraçado por magistrados e repetido costumeiramente atribui à grande quantidade de recursos disponíveis e à inúmeras causas repetitivas parte da ineficiência do Poder Judiciário.

É amplamente sabido que o Poder Judiciário do Brasil conta com estrutura funcional que carece de reciclagem, quer na formação de servidores e magistrados, quer na otimização dos recursos recebidos e quiçá nas próprias jornadas de trabalho. Temos um Poder Judiciário que não funciona com sua plena capacidade e que acaba sendo beneficiado por medidas (como o julgamento liminar do pedido) que fazem-no funcionar cada vez mais a quem de sua plenitude.

O julgamento liminar do pedido não se justifica enquanto preceito tendente a tornar mais célere os feitos judiciais, muito menos como medida tendente a coibir abuso do direito de defesa. Os Direitos Humanos podem ser pensados, de maneira bem simplificada, como sendo aqueles Direitos sem os quais os demais não fariam qualquer sentido. Nesta acepção, somente as tutelas de urgência, por delas depender a própria efetividade do processo judicial e em grande parte dos casos, instrumentalizarem direitos indissociáveis da própria condição humana, é instituto hábil à mitigação do Direito de defesa. Isto porque, o Direito de defesa, por si só, é princípio processual inafastável.

4. Efetividade

Inicialmente, não parece fazer sentido a afirmação costumeiramente repetida de que tanto a tutela de urgência quanto a tutela de evidência se pautam na efetividade processual. Onde há cumprimento de decisão judicial proferida sem contraditório não há efetividade processual, mas mera efetividade de decisão judicial. E a mera efetividade de decisão

judicial só faz sentido quando capaz de ser revertida ou confirmada após o curso regular das fazes processuais em que, após o contraditório, a decisão seja confirmada ou revertida.

A tutela da evidência tem como objetivo principal, nos parece, a celeridade. Nas hipóteses do atual artigo 285-a e do proposto artigo 309, em havendo dilação probatória, não restariam prejuízos à efetividade do provimento final. E se isto estiver em vias de ocorrer, a hipótese será de tutela de urgência. Analisando os aspectos distintivos entre os dois institutos, destaca Castro, (2012, P. 288) que

> para a aplicação de uma tutela de urgência satisfativa, devem ser identificados certos critérios, como a existência de uma situação de perigo causada pelos efeitos negativos do tempo no processo, assim como a demonstração robusta de um direito a partir da verossimilhança.

Ao tratar dos principais aspectos da tutela de urgência atualmente disciplinada no artigo 273 do vigente Código de Processo Civil, identifica o mesmo autor que "a cláusula geral, composta por conceitos vagos e indeterminados, presente no atual art. 273 do CPC, permite a fruição imediata de determinado direito a partir de um juízo sumário, diferenciando-se do trâmite normal e ordinário exigido em um juízo exauriente." (*ibíd., P. 289.)*

Exige-se, mesmo com essas generalidades, a demonstração de perigo de perecimento do direito em razão do tempo, prova reputada inequívoca e verossimilhança do direito. Nestas hipóteses tem cabimento a tutela de urgência. No artigo 298 da proposta enviada à sanção presidencial, fica clara a necessidade de medidas céleres para a preservação da eficácia do provimento judicial futuro. O dispositivo trata como requisitos indispensáveis a demonstração da probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, o que é feito nos seguintes termos:

> **Art. 298.** A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.
> § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer; a caução pode ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.
> § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia.
> § 3º A tutela de urgência, de natureza antecipada, não será concedida quando houver perigo de irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Após traçar algumas semelhanças entre tutela de urgência e tutela da evidência, Castro (2013, P. 293) aponta como a mais significativa a possibilidade de a parte não precisar aguardar o fim da lide para usufruir do direito, assinalando ainda sua convicção de que existe um regime único de tutela de urgência e tutela da evidência, ainda que os textos disciplinadores de cada uma dessas modalidades de tutela encontrem-se espalhados no atual Código de Processo Civil.

O que nos parece relevante entre os instrumentos processuais sob exame não é exatamente aquilo que os assemelha, mas o que os distingue. Em primeiro lugar, conforme já demarcamos, a tutela de evidência preserva a celeridade e evita, em certa medida, o acúmulo de processos repetitivos pendendo de julgamento, ao passo que a tutela de urgência destina-se a preservar o Direito do perecimento pelo tempo ou evitar-lhe lesão de difícil reparação. Em segundo lugar, a tutela de evidência, sobretudo quando se trata do artigo 285-a do atual Código de Processo Civil e do inciso II do artigo 309 do texto base enviado à sanção presidencial, atende mais aos interesses do próprio Poder Judiciário (que pode aplicar uma mesma decisão para vários casos iguais e aumentar sua produtividade nas estatísticas), enquanto a tutela de urgência, esta sim preservaria mais os interesses dos jurisdicionados, ainda que sua concessão tenha sido deixada a critério do magistrado.

Lamy, (2013, P. 382) assevera que de fato a tutela de urgência "é tema assistemático no Código de Processo Civil Brasileiro e no âmbito das reformas infraconstitucionais tentadas, sempre mereceu tentativas mais amplas e frutíferas de sistematização, levando em consideração a influência dos direitos fundamentais sobre o processo atual.". Afirma ainda pensar que "o Direito e o processo possuem relação valorativa de proporcionalidade, isto é, com a finalidade de esclarecer seus meios e fins." (Lamy, 2013, P. 383) E ressalta um duplo aspecto da tutela jurisdicional: "só existem duas espécies de tutela jurisdicional: urgente ou definitiva. Logo, a tutela de urgência seria una, sendo que antecipação e cautela, atualmente, seriam apenas meios para a sua consecução." (IBID)

Portanto, cabe acrescentar uma terceira diferença entre tutela de urgência e tutela de evidência: a tutela de urgência é provisória e pode se tornar definitiva após o exercício do contraditório. A tutela de evidência (e nos referimos especialmente ao julgamento liminar do pedido) pode ser definitiva sem que se tenha observado a ampla defesa e o contraditório.

Qualquer espécie de julgamento que tenha por finalidade a prolação de decisão definitiva sem que se observe os direitos mais elementares, tais como o contraditório e a

ampla defesa, se mostra em desacordo com os mais conspícuos preceitos atinentes aos direitos humanos e aos direitos fundamentais. Enquanto a tutela de urgência é um mal necessário por mitigar, provisoriamente, os princípios constitucionais já referidos, a tutela da evidência, notadamente o julgamento liminar do pedido é um bem desnecessário à magistratura e ao Poder Judiciário como um todo.

5. Conclusão

De tudo o que até aqui foi escrito, cabe ressaltar que o caráter instrumental do processo, e mais particularmente do Processo Civil, não o afasta dos mais basilares preceitos atinentes aos Direitos humanos. Mas os próprios Direitos humanos e o processo como um todo, resultam de ideologias políticas e econômicas hegemônicas, pelo que, a igualdade formal já é produto da desigualdade política. E se assim se passa a interação política, as normas processuais se constituem em resultados diretos de disputas que, necessariamente, produzem vencedores e perdedores. O processo preserva, portanto, aspectos que estão associados a grupos hegemônicos. Inviável, portanto, a tão decantada igualdade processual entre as partes, dado que a própria lei já instituiu que as partes são iguais, desde que preservadas suas diferenças normativamente estabelecidas.

Diferente das partes em todos os sentidos, o magistrado tem o poder de decidir o que são casos iguais, se a manifestação de uma das partes é ou não necessária e de julgar a partir da formação de tal juízo. O julgamento liminar do pedido não se justifica enquanto preceito tendente a tornar mais célere os feitos judiciais, muito menos como medida tendente a coibir abuso do direito de defesa. E mesmo a decisão de improcedência do pedido inicial sem oitiva da parte contrária (CPC atual, artigo 285-a) não se mostra congruente com a relação triangular que caracteriza o processo, isto porque o próprio julgamento de mérito pressupõe contraditório e ampla defesa. Nada impediria, por exemplo, que a parte não citada, reconhecesse o pedido.

Os Direitos Humanos precisam ser reconhecidos, entre muitas características, como sendo aqueles Direitos sem os quais os demais não fariam qualquer sentido. Em consequência, apenas tutelas de urgência, por delas depender a própria efetividade do

processo judicial e em grande parte dos casos instrumentalizarem direitos indissociáveis da própria condição humana, é instituto hábil à mitigação do Direito de defesa. Isto porque, o direito de defesa, por si só, é princípio processual inafastável.

Ao pensarmos os direitos fundamentais, é preciso entender que a "razoável duração do processo" (seja o que for que se entenda por processo razoavelmente durável) precisa se sobrepor a outro direito igualmente fundamental consistente no contraditório e na ampla defesa. Enquanto a tutela de urgência é um mal necessário por mitigar, provisoriamente, os princípios constitucionais já referidos, a tutela da evidência, notadamente o julgamento liminar do pedido é um bem desnecessário à magistratura e ao Poder Judiciário como um todo. Este sacrifício dos princípios constitucionais já exaustivamente referido não é necessário, porque a inúmeras outras formas (que ocupariam um outro trabalho), para tornar mais célere a prestação jurisdicional. O julgamento liminar do pedido, talvez seja uma fórmula conveniente, porém agressiva aos direitos fundamentais.

6. Referências Bibliográficas

HALL, *PETER A e* ***TAYLOR,*** *ROSEMARY.* AS três versões do neoinstitucionalismo. Revista Lua Nova, Nº 58, 2003, PP. 193 a 225. Disponível em < http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a10n58.pdf> Acesso em 11 jan. 2014.

BRASIL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (TEXTO ENVIADO À SANÇÃO EM 17/12/2014)Disponível em https://drive.google.com/file/d/0B9-ftIQefCN8SXBhUlhLa09PRmc/view?pli=1 acesso em 21 jan. 2015.

CASTRO, Marcelo Soares. "Tutela de urgência e tutela de evidência: limites e possibilidades de um regime único", *in:* Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes et alii, *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Salvador: Juspodium, 2013, v. 1, p. 287 e ss.

JAYME, Fernando Gonzaga; FERNANDES, Tereza de Assis. "Julgamento liminar do pedido – análise dos critérios de aplicação e inevitável crítica em relação à sua disciplina no projeto do Código de Processo Civil", *in:* Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes et alii, *Novas Tendências do Processo Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil*, Salvador: Juspodium, 2013, v. 1, p. 145 e ss.

LAMY, Eduardo de Avelar. "Consideração sobre a tutela de urgência no Relatório Barradas", *in:* Alexandre Freire, Bruno Dantas, Dierle Nunes *et alii*, *Novas Tendências do Processo*

Civil: Estudos sobre o Projeto do Novo Código de Processo Civil, Salvador: Juspodium, 2013, v. 1, p. 381 e ss.

PASSOS, J.J. Camon de. Revisitando o Direito, o Poder, a Justiça e o Processo: reflexões de um jurista que trafega na contramão, Salvador: Ed. Juspodium, 2012.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. São Paulo: Saraiva, 2013.

ROCHA, Carlos Vasconcelos. Neoinstitucionalismo como modelo de análise para as Políticas Públicas: Algumas observações. Civitas – Revista de Ciências Sociais v. 5. n. 1, jan.-jun. 2005, PP. 11 a 29. Disponível em < http://www.redalyc.org/pdf/742/74250102.pdf>, acesso em 11 jan. 2014.