

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RAFAEL SIRANGELO BELMONTE DE ABREU

IGUALDADE E PROCESSO CIVIL
Perfis conceitual, funcional e estrutural do Direito Fundamental à Isonomia no
Processo Civil do Estado Constitucional

PORTO ALEGRE

2014

RAFAEL SIRANGELO BELMONTE DE ABREU

IGUALDADE E PROCESSO CIVIL

**Perfis conceitual, funcional e estrutural do Direito Fundamental à Isonomia no
Processo Civil do Estado Constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Professor Doutor Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2014

RAFAEL SIRANGELO BELMONTE DE ABREU

IGUALDADE E PROCESSO CIVIL

**Perfis conceitual, funcional e estrutural do Direito Fundamental à Isonomia no
Processo Civil do Estado Constitucional**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor Daniel Mitidiero (orientador)
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Professor Doutor Antonio do Passo Cabral
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Professor Doutor Sérgio Cruz Arenhart
Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Professor Doutor Humberto Bergmann Ávila
Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)

Conceito:

10,0 (dez), correspondendo ao conceito “A”.

Porto Alegre, 14 de maio de 2014.

AGRADECIMENTOS

Escrever um trabalho sobre tema tão espinhoso teria sido ainda mais difícil se não fosse o apoio e a ajuda de algumas pessoas.

Ao meu amigo e professor, Daniel Mitidiero, meu mais profundo agradecimento por ter, há quase dez anos, despertado minha atenção para o estudo do direito processual civil. Sinto-me honrado por poder renovar esse agradecimento, feito quando do encerramento do meu ciclo de graduação, nesse novo ciclo que está prestes a se encerrar. Daniel (permito-me ser coloquial), aprendi contigo o valor da seriedade acadêmica (“*res severa, verum gaudium*”). Obrigado por isso e por todas as lições. Posso dizer com tranquilidade que estaríamos em um lugar muito melhor se tivéssemos mais professores com a tua competência e tua dedicação.

Aos colegas do grupo de pesquisa Processo Civil e Estado Constitucional e do curso de mestrado da UFRGS, agradeço pela parceria nessa caminhada. Vocês merecem um agradecimento especial. Otávio Motta, muito obrigado pelo companheirismo e pelo sempre oportuno diálogo. Ao Vitor Ramos e ao Renzo Cavani, agradeço pelas ideias e pela disposição em ajudar sempre que necessário; ao Ronaldo e à Maria Angélica, muito obrigado pela gentileza de revisar parte do trabalho e pelas contribuições; ao Otávio Domit e ao Paulo Mendes, muito obrigado, saibam que vocês são minhas referências.

Um agradecimento especial também aos Professores Klaus Koplin e Sérgio Mattos, da UFRGS, pelas inúmeras sugestões ao trabalho, e à *Law School* e à *Law & Europa Library* da *University of Edinburgh*, pelo acolhimento e por terem proporcionado um excelente mês de pesquisa, na pessoa do Prof. Claudio Michelin e da bibliotecária Fran Fullarton.

Aos meus colegas do escritório Sérgio Porto, Ustároz & Dall’Agnol Advogados agradeço por proporcionarem um ambiente propício para a elaboração do presente trabalho e por entenderem minha ausência nos momentos em que isso foi necessário.

À minha família (Silvio, Angela e Laura), a quem dedico esse trabalho, qualquer coisa que dissesse seria insuficiente para demonstrar o meu agradecimento pelo suporte e apoio incondicional. Por fim, mas não menos importante, agradeço à Bruna, por compreender que as ausências eram por uma boa causa, e por compartilhar das mesmas crenças quanto ao valor do trabalho e da dedicação. Amor, tua paciência e teu carinho foram fundamentais para que esse trabalho pudesse se tornar realidade. Hoje, mais do que nunca, repito: obrigado por sorrir quando precisei de um sorriso.

*Para Silvio, Angela e Laura,
pelo exemplo e pelo apoio.*

*“We know we cannot live without equality, but we are not entirely certain what it means to live with it”
(William Rubenstein. *The concept of equality in civil procedure*)*

RESUMO

A igualdade relaciona-se ao processo civil, nas mais diversas formas. O trabalho tem por objetivo contribuir para uma renovada compreensão da normatividade da isonomia em suas relações com o processo civil, a partir da análise dos seus perfis conceitual, funcional e estrutural. No seu plano *conceitual*, essa revigorada compreensão apresenta-se a partir de duas perspectivas. De uma perspectiva *macro*, busca-se demonstrar a passagem da *igualdade perante a lei – formal* - (que pressupõe a segurança jurídica pela *completude e univocidade da legislação*) à *igualdade na lei – material* – (que pressupõe a vedação às discriminações arbitrárias na formulação dos textos normativos) e à *isonomia na interpretação e aplicação do direito* (que pressupõe a segurança jurídica pelo *respeito ao precedente*). De uma perspectiva *micro*, busca-se demonstrar como a passagem da *igualdade perante a lei* à *igualdade na lei* influenciou no processo civil. Assim, pretende-se apresentar a passagem da *garantia da paridade de armas* (entendida como *simetria de posições das partes*, de caráter *estático*) ao *Direito Fundamental à Isonomia no Processo* (entendido como *equilíbrio dos sujeitos do processo*, de caráter *dinâmico*). A isonomia, no plano *funcional*, ostenta duas finalidades distintas quando das suas relações com o processo civil: de um lado, a partir de uma perspectiva *geral e objetiva*, serve para todo o sistema, como um norte a ser seguido, agregando *coerência institucional*, com vistas a *uma ordem jurídica isonômica*; de outro lado, a partir de uma perspectiva *particular e subjetiva*, serve, em cada caso, como instrumento para que os sujeitos do processo possam desempenhar as suas capacidades de modo *equilibrado*, permitindo-se o exercício efetivo do *contraditório entendido como potencialidade de influência*, com vistas a *uma decisão justa*. Por fim, em seu perfil estrutural, a igualdade pode ser sistematizada a partir de três óticas: igualdade *ao* processo (imposição de que o direito preveja – e o judiciário atue para tanto - os *meios* necessários para que as partes possam chegar ao processo em posição *equilibrada*), igualdade *no* processo (imposição de que o processo seja dotado – e o judiciário as utilize - de técnicas processuais que permitam que os sujeitos do processo possam atuar em posição *equilibrada*) e igualdade *pelo* processo (imposição de que o processo seja dotado – e o judiciário as promova e respeite - de técnicas processuais voltadas a conferir *congruência, aceitação e unidade* ao direito).

Palavras-chave: processo civil; igualdade; contraditório; precedente.

RIASSUNTO

L'uguaglianza può essere pensata in relazione al processo civile in diversi modi. Proponiamo di contribuire ad una rinnovata portata della normatività dell'uguaglianza nelle sue relazioni con il processo civile, sulla base dell'analisi dei suoi profili concettuale, funzionale e strutturale. Nel piano concettuale, si presentano due prospettive. Dal punto di vista macro, cerchiamo di dimostrare il passaggio dall'uguaglianza davanti alla legge - formale - (che richiede la certezza del diritto per la completezza e la univocità delle norme) all'uguaglianza nel diritto - sostanziale - (che richiede il divieto di discriminazioni arbitrarie nella formulazione di testi normativi) e all'uguaglianza nell'interpretazione e applicazione del diritto (che assume certezza giuridica rispetto al precedente). Da un punto di vista micro, cerchiamo di dimostrare come il passaggio dall'uguaglianza davanti alla legge all'uguaglianza nel diritto sostanziale ha influenzato il processo. Quindi, intendiamo presentare il passaggio della garanzia della parità delle armi (intesa come posizioni simmetriche delle parti, con carattere statico) al diritto fondamentale all'uguaglianza processuale (inteso come equilibrio tra i soggetti del processo, con carattere dinamico). L'uguaglianza in termini funzionali ha due scopi distinti nel suo rapporto con il processo: da un lato, da un punto di vista generale e oggettivo, è versata sull'intero sistema, cercando di aggiungere coerenza istituzionale e un diritto isonomico e, d'altra parte, dal punto di vista personale e soggettivo, serve come strumento perché i soggetti del processo possano eseguire le proprie competenze in modo equilibrato, consentendo l'esercizio effettivo del contraddittorio inteso come diritto di influenza, verso una decisione giusta. Infine, nel suo profilo strutturale, l'uguaglianza può essere sistematizzata da tre punti di vista: l'uguaglianza al processo (che impone che la legge preveda - e la magistratura agisca - i mezzi necessarie per consentire alle parti di arrivare al processo in posizioni bilanciate), l'uguaglianza nel processo (che impone che il processo sia dotato - e la magistratura ne faccia uso - di tecniche processuali che consentino i soggetti processuali ad agire in una posizione di equilibrio) e l'uguaglianza come risultato del processo (imposizione di che il processo preveda - e la magistratura le promuova - tecniche processuali mirate a dare congruenza, accettazione e l'unità al diritto).

Parole-chiave: processo civile; uguaglianza; contraddittorio; precedente.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
PARTE I. Perfil Conceitual: Da Igualdade Perante a Lei à Isonomia na Lei e à Isonomia Perante o Direito (perspectiva <i>macro</i>). Da Garantia da Paridade de Armas ao Direito Fundamental à Isonomia no Processo (perspectiva <i>micro</i>).....	18
1. Isonomia em uma perspectiva <i>macro</i> : da igualdade perante a lei à isonomia na lei e à isonomia perante o direito.....	18
1.1. Concepção <i>estática</i> : a igualdade perante a lei.....	18
1.1.1. O conceito de igualdade perante a lei.....	18
1.1.2. A insuficiência da noção de <i>igualdade perante a lei</i>	21
1.1.2.1. A possibilidade de distinções arbitrárias em lei.....	21
1.1.2.2. O mito da univocidade do texto legal, as teorias cognitivistas da interpretação e o mito da segurança jurídica pela codificação.	23
1.2. Concepções <i>dinâmicas</i> : a isonomia na lei e a isonomia perante o direito.	27
1.2.1. A isonomia na lei.....	27
1.2.1.1. O conceito de isonomia na lei.....	27
1.2.1.2. Igualdade jurídica e igualdade de fato.	35
1.2.1.3. Igualdade-meio e igualdade-fim	37
1.2.1.4. A teoria das capacidades e a igualdade de oportunidades	39
1.2.2. A isonomia perante o direito.	44
1.2.2.1. A superação da igualdade formal como mera igualdade perante a lei.44	
1.2.2.2. O conceito de isonomia perante o direito.	48
1.2.2.3. Texto, norma e interpretação-resultado, as teorias lógico-argumentativas da interpretação e a segurança jurídica pela consistência das decisões judiciais.	51
1.3. A atividade complexa de promoção da isonomia (legislador, executivo e judiciário) e sua complementaridade.....	56
1.3.1. Da garantia da igualdade à promoção da isonomia. A fundamentalidade do direito à isonomia e seus destinatários.	57
1.3.2. A complementaridade das concepções <i>estática</i> e <i>dinâmicas</i> da igualdade. A tipologia normativa da isonomia na perspectiva <i>macro</i>	60
2. Isonomia em uma perspectiva <i>micro</i> : da garantia da paridade de armas ao direito fundamental à isonomia no processo	64

2.1. Conceção <i>estática</i> : a <i>garantia</i> da paridade de armas e a manutenção da <i>simetria das posições das partes</i>	67
2.1.1. Posições processuais simétricas: a identidade de posições das <i>partes</i> como derivação da <i>igualdade perante a lei</i>	67
2.1.2. Paridade de armas e contraditório como bilateralidade de instância.....	68
2.1.3. A divisão de trabalho entre juiz e partes (processo como arena?) e a <i>garantia</i> da paridade de armas.....	70
2.1.4. A igualdade em sua concepção <i>estática</i> (geral, abstrata e avaliativa).....	73
2.2. Conceção <i>dinâmica</i> : o Direito Fundamental à isonomia processual e a <i>promoção do equilíbrio</i> entre os <i>sujeitos do processo</i>	74
2.2.1. Posições processuais <i>equilibradas</i> : a equiparação de posições dos <i>sujeitos do processo</i> como derivação da isonomia <i>na lei</i>	75
2.2.2. Isonomia processual, contraditório como potencialidade de influência e a igualdade de oportunidades aplicada ao processo.	83
2.2.3. A divisão de trabalho entre juiz e partes (processo como ambiente de participação?) e o <i>direito fundamental</i> à isonomia processual.....	92
2.2.4. A isonomia dentro do processo em seu perfil <i>dinâmico</i> (particular, concreta e valorativa).....	100
2.3. A atividade complexa de promoção da isonomia no processo (legislador, executivo e judiciário) e sua complementaridade.	101
2.3.1. Da garantia da simetria das partes à promoção do equilíbrio dos sujeitos do processo. A fundamentalidade do direito à isonomia no processo e seus destinatários.....	102
2.3.2. A complementaridade dos perfis estático e dinâmico da isonomia no processo. A tipologia normativa da isonomia na perspectiva <i>micro</i>	104
3. Conclusões Parciais: o atual significado da isonomia em perspectiva <i>macro</i> e <i>micro</i> e suas relações com o processo civil.....	107
PARTE II. Perfil Funcional: o Direito Fundamental à Isonomia e sua relação com a Tutela dos Direitos em uma Perspectiva Geral e Particular. A Funcionalidade da Isonomia.	111
1. O Direito Fundamental à Isonomia e a Tutela dos Direitos em uma Perspectiva <i>Objetiva</i> e <i> Geral</i> . A Isonomia Perante o Direito e sua Relação com a Formação e o Respeito ao Precedente.	119

1.1. A perspectiva <i>objetiva e geral</i> da tutela do direito e o Direito Fundamental ao Processo Justo	119
1.1.1. A formação e o respeito ao precedente como resultado desejável da densificação do Direito Fundamental ao Processo Justo em perspectiva geral.	121
1.1.2. O discurso da ordem jurídica: formação e respeito ao precedente e universalização	123
1.2. A isonomia perante o direito e sua relação com a tutela dos direitos em perspectiva objetiva e geral	134
1.2.1. A isonomia como ideal meramente funcional e como princípio instrumental: o precedente como <i>meio</i> para o tratamento igualitário e a segurança jurídica como <i>resultado indireto</i> da isonomia perante o direito.....	135
1.2.2. A exigência de isonomia diante do não-cognitivismo interpretativo: <i>procedural justice</i> , a experiência de <i>common law</i> e o <i>stare decisis</i>	139
1.2.3. A isonomia perante o direito pelo respeito ao precedente inserida no discurso da ordem jurídica. A função da isonomia perante o direito (isonomia, respeito ao precedente, unidade do direito e segurança jurídica).....	143
2. O Direito Fundamental à Isonomia e sua relação com a Tutela dos Direitos em uma Perspectiva <i>Subjetiva e Particular</i> . O Equilíbrio Processual e sua Relação com a Decisão Justa.....	144
2.1. A perspectiva <i>subjetiva e particular</i> da tutela do direito e o Direito Fundamental ao Processo Justo.....	144
2.1.1. A decisão justa como resultado desejável da densificação do Direito Fundamental ao Processo Justo em perspectiva particular.....	146
2.1.2. O discurso do caso: decisão justa, contraditório e motivação	148
2.2. A isonomia no processo civil e sua relação com a tutela dos direitos em perspectiva subjetiva e particular	151
2.2.1. A possibilidade de que todos os sujeitos do processo desempenhem suas capacidades como objetivo da isonomia processual.....	151
2.2.2. A insuficiência da igualdade como paridade para a tutela dos direitos: <i>procedural justice</i> , a experiência de <i>common law</i> e o processo <i>adversarial</i>	153
2.2.3. A isonomia processual pelo exercício equilibrado das posições processuais inserida no discurso da decisão justa. A função da isonomia processual (isonomia, contraditório e motivação).....	157

3. Conclusões Parciais: a dupla funcionalidade da isonomia nas suas relações com o processo civil como reflexo da tutela dos direitos e sua dupla perspectiva.....	159
PARTE III. Perfil Estrutural: o Âmbito de Proteção do Direito Fundamental à Isonomia nas suas relações com o Processo Civil do Estado Constitucional	160
1. Igualdade <i>ao</i> processo.....	161
1.1. Problemas derivados de desigualdades extraprocessuais.....	163
1.1.1. Desigualdades no tratamento individual dos litígios.....	164
1.1.1.1. Custos do processo (acessibilidade econômica)	164
1.1.1.2. Representação jurídica (acessibilidade técnica).....	168
1.1.1.3. Dificuldades em razão da distância e da localização (acessibilidade geográfica)	172
1.1.2. As dificuldades no tratamento individual dos litígios que impõem seu tratamento na forma coletiva	172
1.1.2.1. A litigância habitual	174
1.1.2.2. Problemas de custo e benefício.....	175
1.2. Soluções estruturantes (a busca da <i>equidade</i>).....	176
1.2.1. Assistência jurídica integral e igualdade <i>ao</i> processo em litígios individuais	176
1.2.1.1. Benefício da gratuidade de justiça e outras soluções para o problema dos custos.....	176
1.2.1.2. Representação jurídica gratuita pública e privada:	182
1.2.1.3. Modificações na competência, prática de atos processuais em localidade diversa e acesso à justiça	184
1.2.2. O microsistema de processos coletivos e sua relação com a igualdade <i>ao</i> processo. A tutela coletiva de interesses individuais.....	187
1.2.2.1. Representatividade adequada.....	187
1.2.2.2. Causas de pequena monta	190
1.3. Conclusões Parciais.....	191
2. Isonomia <i>no</i> processo.....	193
2.1. Isonomia no processo e sujeitos processuais.....	195
2.1.1. A Fazenda Pública em juízo	195
2.1.1.1. Prazos diversificados	197
2.1.1.2. Custos diversificados	197
2.1.1.3. Procedimentos diversificados	198

2.1.2. Outras prerrogativas	199
2.1.2.1. O Ministério Público como parte processual.....	199
2.1.2.2. Tramitação preferencial	200
2.1.2.3. Pluralidade de partes	201
2.2. Isonomia no processo e técnica processual	203
2.2.1. Técnica antecipatória.....	203
2.2.1.1. Técnica antecipatória (urgência e evidência).....	203
2.2.1.2. Responsabilidade pela tutela cassada.....	204
2.2.2. <i>Case management</i> e adaptabilidade do procedimento.....	205
2.2.3. Direito Probatório	209
2.3. Conclusões Parciais.....	211
3. Isonomia <i>pelo</i> processo.....	212
3.1. Isonomia <i>pelo</i> processo, tutela coletiva de direitos, reunião de causas e julgamento conjunto de questões (a igualdade pela coletivização).....	214
3.1.1. A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos	214
3.1.2. Julgamento conjunto de causas ou questões.....	217
3.2. Isonomia <i>pelo</i> processo, julgamentos paradigma, compatibilização das decisões e súmulas (a igualdade pela <i>uniformização das decisões</i>).....	220
3.2.1. Uniformidade pelo controle da legalidade.....	221
3.2.2. Uniformidade pela resolução de questões jurídicas repetitivas.....	222
3.3. Isonomia <i>pelo</i> processo, precedente e vinculação institucional às decisões pretéritas (a igualdade pelo respeito ao precedente judicial)	229
3.3.1. Respeito ao precedente	229
3.3.2. <i>Judicial Departures</i>	233
3.4. Conclusões Parciais.....	237
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	239
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	245

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tratar da relação entre igualdade e processo civil. Inúmeras são as implicações que envolvem esses dois temas. Uma análise de cunho sociológico inevitavelmente demonstraria a existência de inúmeros entraves à realização da igualdade no processo civil, já que óbices de ordem econômica, social e cultural são visíveis no nosso sistema de tutela dos direitos. Se por um lado é tarefa da doutrina lutar pela criação de condições práticas de realização desse ideal igualitário, como bem observou Barbosa Moreira¹, qualquer perspectiva que se reduza ao tema dos obstáculos à efetivação da igualdade entre os sujeitos processuais acabaria por demonstrar-se insuficiente, na medida em que jogaria luzes apenas sobre parcela do problema.

Muito além da mera igualdade *no* processo, as relações entre a igualdade e o processo civil impõem àquele que deseja debruçar-se sobre o tema problemas de outras ordens. Não basta que o processo trate de forma igual os litigantes durante a sua tramitação se a sua estrutura não proporcionar iguais condições de acesso ao processo e, mais importante, se o seu resultado permitir que se outorgue tratamento desigual para situações que requerem tratamento similar. As relações entre igualdade e processo demandam investigação mais ampla, já que o processo é apenas o *meio* pelo qual será possível outorgar tutela aos direitos. A igualdade, quando estudada pela lente de um processualista - para além da simples paridade de armas - passa a ser igualdade *ao* processo, igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo. Para compreender esses três aspectos da igualdade, entretanto, faz-se necessário delimitar o seu perfil conceitual, para depois empreender o estudo de seu perfil funcional e, por fim, com a fixação do *objeto* e da sua *utilidade*, propor formas de sua estruturação (perfil estrutural). Em linhas gerais, o que se pretende no presente trabalho é, dentro da proposta de reduzir a sua abrangência às suas relações com o processo civil, explicitar *o que é* a igualdade, *para que serve* a igualdade e *como se conforma* a igualdade.

Daí porque o presente trabalho estrutura-se em três partes. Em um primeiro momento, busca-se determinar qual é o significado atual da igualdade, em uma

¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dimensiones sociales del proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 33.

perspectiva *macro*, ou seja, *externa* ao processo, e em uma perspectiva *micro*, ou seja, *interna* ao fenômeno processual. A compreensão acerca do conceito (e por isso o perfil conceitual) de igualdade em perspectiva *externa* – da igualdade perante a lei à igualdade na lei e perante o direito – impõe uma readequação do significado da igualdade em perspectiva *interna* – da paridade de armas ao equilíbrio processual.

Apresentado o conceito de igualdade e suas implicações, passa-se a delimitar, a partir da compreensão das funções do próprio processo civil, quais as funções que a igualdade pode desempenhar. Se o processo civil tem uma dupla finalidade (tutela dos direitos em perspectiva *geral* e em perspectiva *particular*), a igualdade inevitavelmente vai se relacionar com essa dupla dimensão. Passa-se, então, a demarcar a função da igualdade concebida como *igualdade perante o direito* e concebida como *equilíbrio processual*. Busca-se, com isso, relacionar as finalidades da igualdade aos próprios fins do processo civil, para verificar como o tema da igualdade pode contribuir para a promoção da tutela dos direitos.

Devidamente delimitados os perfis *conceitual* e *funcional* da igualdade, passa-se, enfim, à tentativa de compreender em que medida a igualdade tem o condão de conformar o processo civil. Objetiva-se, assim, apresentar o âmbito de proteção do direito à igualdade nas suas relações com o processo civil ou, em outras palavras, a forma como a igualdade estrutura-se ao longo de todo o *iter* processual (antes, durante e depois), conformando uma série de institutos próprios ao direito processual civil. Essa proposta de análise, que se concentra na estrutura da igualdade compreendida sob a óptica do processo, divide-se em três aspectos: igualdade *ao* processo, igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo, relacionados, os dois primeiros, com a função *subjetiva e particular* da tutela dos direitos, e o último, com sua perspectiva *objetiva e geral*. Essa tripla estrutura responde a três *momentos* do fenômeno processual: a igualdade dos cidadãos é necessária, seja no que tange à igualdade de acesso aos tribunais (*para o* processo ou *antes do* processo), seja no que tange à igualdade perante os tribunais (*no decorrer do* processo ou *durante o* processo), seja ainda no que tange ao resultado do processo (*diante do* processo ou *após o* processo). Esse, portanto, o objeto do presente estudo.

É o momento, entretanto, de tecer algumas considerações. Inicialmente, importante constatar que não é objetivo desse estudo uma abordagem eminentemente prática do problema. A intenção do trabalho é contribuir para a construção de bases dogmáticas fortes que permitam recompreender o processo civil à luz da igualdade. O tratamento do direito posto e dos inúmeros dispositivos legais que potencialmente podem consubstanciar problemas apresenta-se, portanto, como um objetivo secundário do estudo ora apresentado. Além disso, o trabalho não pretende resolver o problema envolvendo as relações entre igualdade e justiça. Apesar do uso de termos como *justiça formal* ou *decisão justa*, não é escopo do presente trabalho oferecer uma teoria sobre a igualdade no plano jusfilosófico ou no âmbito de outros ramos do direito (sobre os quais já há boa doutrina brasileira e estrangeira).

De outro lado, mesmo diante da evidente relação entre o tema do presente estudo e o problema do precedente judicial, o presente trabalho não tem a intenção (e quiçá seria mesmo uma audácia, dada a sua complexidade) de formular ou construir uma teoria do precedente judicial. Daí porque se remete, para uma compreensão mais aprofundada do tema, às referências bibliográficas ao longo do texto.

Assim, considerando-se tratar de um trabalho sobre igualdade e processo (e não igualdade ao processo), resta a conclusão de que seria inviável, como bem ressalta Barbosa Moreira, proceder a um inventário completo do problema². Assim, as linhas que ora seguem foram escritas com o intuito de contribuir para a construção de um processo civil de bases mais igualitárias.

² “La lucha por la igualdad, como toda lucha, requiere una estrategia; y no hay estrategia posible sin la identificación de las fuerzas adversas. Va de suyo que aquí no podríamos aventurarnos a un inventario completo, ni mucho menos. Sólo quisimos atraer la atención de nuestros lectores para algunos puntos salientes de la problemática. En pocas ocasiones, hasta ahora, se trató de profundizar la investigación en este campo. Pero los tiempos parecen maduros para una tentativa consistente. La causa de la igualdad es digna del esfuerzo”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 80-81.

PARTE I. Perfil Conceitual: Da Igualdade Perante a Lei à Isonomia na Lei e à Isonomia Perante o Direito (perspectiva *macro*). Da Garantia da Paridade de Armas ao Direito Fundamental à Isonomia no Processo (perspectiva *micro*).

A dificuldade de estabelecer um significado para a igualdade está principalmente na sua indeterminação. Especificamente, nas suas relações com o processo civil, o problema da igualdade impõe, de um lado, o seu tratamento em uma perspectiva *macro*, ou seja, *externa* ao processo, e, de outro, a busca pela sua significação em uma perspectiva *micro*, ou seja, *interna* ao fenômeno processual. É o que se pretende fazer a partir de agora.

1. Isonomia em uma perspectiva *macro*: da igualdade perante a lei à isonomia na lei e à isonomia perante o direito.

1.1. Concepção *estática*: a igualdade perante a lei.

1.1.1. O conceito de igualdade perante a lei.

A ideia de igualdade é, desde as primeiras manifestações da filosofia, inarredavelmente atrelada à ideia de justiça. É pressuposto de um sistema ordenado que o igual seja tratado de forma igual e o diferente de forma diferente³. Já na Grécia antiga a igualdade aparece como um dos três pilares fundamentais da democracia ateniense⁴. A sua importância para a conformação de um Estado que se pretenda justo é tamanha que mesmo que não constasse do texto constitucional, ainda assim a exigência de igualdade deveria ser respeitada⁵. Isso porque a igualdade é o signo fundamental da democracia⁶;

³ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. 3ª Ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002, p. 18.

⁴ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 280. Nesse mesmo sentido ver ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 12-13.

⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 158.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 211.

um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais⁷, eixo em torno do qual se cristalizam as normas e instituições de direito público⁸.

Das várias determinações históricas da máxima que proclama a igualdade de todos os homens, a única que é universalmente acolhida⁹ parece ser aquela que afirma que “todos os homens são iguais perante a lei” ou, em outra formulação, “a lei é igual para todos”¹⁰. A tônica dada pelas revoluções liberais modernas à invocação de igualdade entre os cidadãos, em face do tratamento conferido pelo Estado¹¹, fez com que, hoje, seja bastante difícil encontrar uma sociedade democrática que não reconheça, de alguma maneira, a fórmula clássica “todos são iguais perante a lei”¹². Desde então, não há, salvo exceções marginais, nenhuma carta de direitos que não tenha reconhecido o direito à igualdade perante a lei¹³. A Constituição brasileira, igualmente, como não poderia deixar de ser, prevê, no *caput* de seu art. 5º que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

A igualdade perante a lei é tradicionalmente traduzida na necessidade de aplicação da norma legal de forma igual para todos os destinatários. A necessidade de

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 416.

⁸ DANTAS, San Tiago. A igualdade perante a lei e o due process of Law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, pp. 38–64.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. I, p. 786.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 1995, p. 19.

¹¹ Para um histórico ver CURCIO, Carlo. Eguaglianza. a) Dottrine Generali. In: *Enciclopedia del Diritto*. XIV. *Dote-Ente*. Milano: Giuffrè, 1965, pp. 514-516; BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 1995, pp. 17-22 e GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, pp. 31-35. Na doutrina brasileira, para uma ótima reconstrução da evolução do conceito da idade antiga à idade moderna, ver o recentíssimo trabalho de GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p. 29-60. Para um breve - mas preciso - tratamento do tema ver também TABORDA, Maren Guimarães. O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: conteúdo, alcance e direções. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, v. 11, n. 12, 1998, pp. 74-106 e BARROSO, Luís Roberto. Igualdade perante a lei. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*. Vol. 2. São Paulo: RT, 2011, p. 717 e ss.

¹² Exemplificativamente, a Declaração de Independência Americana traz em seu texto a ideia de igualdade dos homens: “*We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal*” e o *Bill of rights* de Virgínia: “*That all men are by nature equally free and independent and have certain inherent rights*”. Por sua vez, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, francesa, de 1789 prevê que os homens nascem e são livres e iguais em direitos: “*Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune*”.

¹³ Apenas para citar dois exemplos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) prevê em seu art. 7º que “todos são iguais perante a lei”, assim como o Pacto de San José da Costa Rica (1969) o faz em seu art. 24.

tratamento igualitário perante a lei nasce, justamente, da compreensão de que as pessoas são diferentes e desiguais: trata-se de efetivamente garantir a tutela da diferença e a oposição à desigualdade¹⁴. O homem, como pessoa, ou para que possa ser considerado como “pessoa”, deve ser, na sua individualidade, livre, e como ser social, nas suas relações com os demais, tratado de forma igual¹⁵. São juridicamente iguais, nas situações em que se encontram, todos os destinatários das mesmas normas e, portanto, titulares de uma mesma situação universal¹⁶. Trata-se de primeira fase de evolução do entendimento acerca da igualdade¹⁷. O objetivo é o de tornar todos iguais, em uma classe única, desestruturando uma sociedade altamente estratificada cujo tratamento a cada grupo era diverso¹⁸. Isso se dá através da generalidade da lei, cuja aplicação passa a se dar indiscriminadamente¹⁹. Leis gerais e abstratas, de *conteúdo universal*, de tal modo que compreendessem a inteira coletividade nas suas previsões normativas, correspondiam à exigência de igualdade²⁰. A ideia de igualdade confunde-se, portanto, à exigência de prevalência da lei, à própria noção de legalidade²¹.

Por muito tempo, portanto, a igualdade foi interpretada exclusivamente como um mandado de *igualdade na aplicação do direito*²². Ou seja, uma exigência de ordem *formal*²³ e *estática*, que apenas impõe o respeito à legalidade estrita, uma fórmula

¹⁴ “L’uguaglianza è stipulata perché, di fatto, siamo differenti e disuguali: a tutela delle differenze e in opposizione alle disuguaglianze”. FERRAJOLI, Luigi. L’uguaglianza e le sue garanzie. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell’Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 25.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e Libertà*. Torino: Einaudi, 1995, p. VI.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. I, p. 786.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 526, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero; GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 37.

¹⁸ “The basic force that dissolved the medieval order with its associated version of law was the notion of juridical equality”. SIMMONDS, N. E. *The decline of juridical reason. Doctrine and theory in the legal order*. Manchester: Manchester University Press, 1984, p. 43.

¹⁹ “Concebida para o fim específico de abolir privilégios característicos do *ancien regime* e para dar cabo às distinções e discriminações baseadas na linhagem, na posição social, essa concepção de igualdade, meramente formal, firmou-se como ideia-chave do constitucionalismo que floresceu no século XIX e prosseguiu sua trajetória triunfante por boa parte do século XX”. GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 2.

²⁰ CERRI, Augusto. *L’eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 7.

²¹ GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 37.

²² ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 382. Assim, também, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 417.

²³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 74.

pré-determinada, vazia e indiferente às peculiaridades de cada situação. Seu núcleo de significado é simples e pode ser reconduzido à seguinte afirmação: *toda norma jurídica deve ser aplicada a todo o caso que se amolde ao seu suposto de fato e a nenhum caso que nele não se enquadre*. Significa dizer: as normas jurídicas devem ser obedecidas²⁴; basta a aplicação cega da lei para seu cumprimento²⁵, de modo que não se exige mais do que a mera obediência às normas jurídicas. Ser considerado igual perante uma determinada lei é ser o destinatário de sua aplicação²⁶. Igualdade, pois, significava a prevalência de uma lei abstrata e geral, típica do estado constitucional de matriz liberal²⁷ e, portanto, a relação de universalidade que identifica uma classe de pessoas na titularidade dos mesmos direitos²⁸. Esse o primeiro significado da *igualdade*.

1.1.2. A insuficiência da noção de *igualdade perante a lei*.

A *igualdade perante a lei*, entendida como a exigência de prevalência da lei ou, em outras palavras, a aplicação uniforme da lei, demonstrou-se insuficiente para a verdadeira promoção da igualdade. A generalidade e abstração da lei são elementos necessários, mas não suficientes, para garantir a igualdade²⁹. Essa concepção apresenta dois problemas, que demonstram, cada um ao seu modo, sua potencial tautologia³⁰. O primeiro problema diz respeito à sua permeabilidade às distinções arbitrárias na própria lei; o segundo problema refere-se à sua fundamentação em dois mitos, quais sejam, o da univocidade do texto legal e o da completude das disposições textuais³¹.

1.1.2.1. A possibilidade de distinções arbitrárias em lei.

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 382.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 417.

²⁶ TABORDA, Maren Guimarães. O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: conteúdo, alcance e direções. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, v. 11, n. 12, 1998, p. 90.

²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 527, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. I, pp. 786-787.

²⁹ CERRI, Augusto. *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 11.

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 418.

³¹ Sobre o tema ver GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 2007.

A noção de *igualdade perante a lei*, ao assegurar tão somente a aplicação uniforme e, assim, a mera prevalência da lei, não atentava à parcela importantíssima do problema, qual seja, ao fato de que bastaria ao legislador efetivar a diferenciação no próprio texto de lei para que o tendencial tratamento igualitário se transformasse em discriminação. A exigência de uniformidade na *aplicação* da lei não protege o cidadão das situações de diferenciação de classes, de tratamento diferenciado para determinados setores sociais, dentre outras discriminações eventualmente contidas no próprio texto legal. Leis gerais e abstratas aplicadas uniformemente podem muito bem estabelecer privilégios para categorias específicas ou mesmo diferenciar classes de tratamento de acordo com categorias subjetivas³².

Uniformidade na aplicação da lei não significa nada além de subordinar todos os cidadãos à legislação. Não há qualquer garantia, entretanto, de que esses mesmos cidadãos, submetidos ao império da lei, não sejam discriminados no próprio texto legal. A lei que proíbe pessoas de cabelo ruivo de frequentar determinada via pública pode muito bem ser aplicada de modo *uniforme* a todos os ruivos da sociedade, mas isso não respeita (ao contrário, afronta) o mandamento isonômico. Não é suficiente, portanto, que a lei seja aplicada a todos, mas que ela também seja igual para todos, já que uma lei *arbitrária* pode muito bem ser aplicada de modo *uniforme*³³.

Isso não quer dizer que essa igualdade na lei seja absoluta, sendo vedada qualquer distinção. As leis escritas, ainda que impessoais, não devem ser necessariamente aplicáveis indistinta e uniformemente a todos, podendo haver diferenciações de categorias específicas dentro da sociedade, garantindo-se, entretanto, que se apliquem consequências iguais a situações de fato iguais e consequências distintas para situações de fato distintas³⁴, obrigação que nasce da própria compreensão da diferença e do necessário respeito às individualidades³⁵. Há critérios, entretanto, que devem nortear as distinções que podem (e muitas vezes devem) ser feitas pelo legislador para fins de, na já célebre Oração aos Moços de Rui Barbosa, “quinhoar desigualmente

³² CERRI, Augusto. *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 11.

³³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 75.

³⁴ CERRI, Augusto. *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 19.

³⁵ CERRI, Augusto. *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 21.

aos desiguais, na medida em que se desigalam”³⁶, os quais serão expostos adiante. Resta, entretanto, demonstrada a insuficiência de uma concepção de igualdade apenas *perante a lei*, cuja significação não abrange a vedação às distinções potencialmente arbitrárias no próprio texto legal.

1.1.2.2. O mito da univocidade do texto legal, as teorias cognitivistas da interpretação e o mito da segurança jurídica pela codificação.

A noção de igualdade *perante a lei* também se mostra insuficiente para a promoção da igualdade por fundamentar-se em substrato teórico que se assenta sobre duas premissas que não mais se coadunam com o direito contemporâneo: a suposta univocidade dos textos legais e a pretendida segurança jurídica pela sua completude. A identificação desses mitos dá conta de um “déficit de certeza”³⁷ que repercute diretamente na significação da igualdade.

O primeiro mito sobre o qual está baseada a noção de igualdade *perante a lei* é o da *univocidade dos textos legais*. O tema pode ser reconduzido a uma determinada teoria da interpretação jurídica, qual seja, o cognitivismo ou formalismo interpretativo, cuja aceitação era praticamente unânime nos século XIX³⁸. Para a teoria cognitivista (formalista)³⁹ da interpretação, essa seria uma atividade de *descoberta* ou

³⁶ BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martin Claret, 2004, p. 39.

³⁷ VILLA, Vittorio. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 88.

³⁸ Por todos, SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. Lacinto Mesía e Manuel Poley. Madri: F. Góngora y Compañía Editores, 1878, T. I. Importante observar, entretanto, que a doutrina aponta duas correntes diferentes dentro daquilo que se convencionou chamar de formalismo ou ceticismo: a teoria da Escola Exegética e a teoria da Escola Histórica. Sobre o tema ver CHIASSONI, Pierluigi. *L'Indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto. Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli, 2009, pp. 231e ss.

³⁹ A utilização, nesse trabalho, das expressões “cognitivismo” e “formalismo” (e, por sua vez, “ceticismo” e “anti-formalismo”) como sinônimos se dá por razões meramente sistemáticas. O espectro das teorias da interpretação é muito mais amplo e comporta, dentro das duas tipologias antitéticas (cognitivismo/formalismo; ceticismo/anti-formalismo) uma série de variantes, de acordo (a) com a posição de cada autor sobre o tema da interpretação e (b) com a classificação adotada por cada um daqueles que apresentam o problema. Em suma, pode-se falar, em linhas gerais, em teorias cognitivistas, mistas e céticas, com inúmeras variantes internas. Para um apanhado geral dessa classificação, com críticas bastante inteligentes ver VILLA, Vittorio. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, em especial o capítulo IV, pp. 75-116. A própria tese da “resposta correta”, por exemplo, normalmente apontada como características das teorias “formalistas” aparece em autores como Dworkin, os quais poderiam ser considerados como “anti-formalistas” (a observação é de DICIOTTI, Enrico. *Verità e Certezza nell'Interpretazione della Legge*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 78, nota 26).

*conhecimento*⁴⁰, de modo que interpretar seria reconhecer ou descobrir o verdadeiro⁴¹ significado incorporado aos textos⁴² ou a subjetiva intenção dos seus autores⁴³. Ao fim e ao cabo, para essa teoria, interpretar textos jurídicos seria agir de modo puramente cognoscitivo, na busca da verdadeira (*unívoca e pré-determinada*) vontade do legislador, quer em seu aspecto subjetivo – *voluntas legislatoris* –, quer em seu aspecto objetivo – *voluntas legis*⁴⁴.

Disso deriva a conclusão segundo a qual todo texto será sempre suscetível a tão somente uma interpretação *verdadeira*⁴⁵, havendo sempre apenas uma resposta *correta*⁴⁶ para cada caso. O juiz é, portanto, a “boca da lei”⁴⁷, que individualiza o único significado pré-existente⁴⁸ à sua interpretação. Nessa perspectiva, o problema da fidelidade à lei ou da *prevalência da lei* aparece como um ideal realizável de igualdade *perante a lei*. Se todo texto tem apenas um sentido pré-existente à atividade interpretativa, o qual deve ser apenas reconhecido pelo intérprete, bastaria sua aplicação cega para que o ideal de igualdade fosse cumprido. Se a *lei só tem um sentido e é uniformemente aplicada a todos* deriva que todos são *igualmente tratados*⁴⁹.

Ocorre que as formulações normativas toleram mais de uma interpretação possível, uma vez que as *normas são produto do intérprete*⁵⁰ e não o objeto da

⁴⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 409.

⁴¹ “Esta operación intelectual tiene por objeto el reconocimiento de la ley en su verdad; en otros términos: la ley, sometida al criterio de nuestra inteligencia, debe aparecernos como verdadera”. SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. Lacinto Mesía e Manuel Poley. Madri: F. Góngora y Compañía Editores, 1878, T. I, p. 146.

⁴² GUASTINI, Riccardo. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne Editrice, 2008, p. 32.

⁴³ “The Discovery of the Law which the lawgiver intended to establish is the object of genuine interpretation: or (changing the phrase), its object is the Discovery of the intention with which he constructed the statute”. AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence; or The Philosophy of Positive Law*. Londres: R. Campbell, 1879, pp. 1023-1024.

⁴⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p. 143.

⁴⁵ VILLA, Vittorio. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 83.

⁴⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 410.

⁴⁷ “Pero los jueces de la nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma” MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Trad. Nicolas Estevanez. Buenos Aires: Heliasta, 1984, p. 194.

⁴⁸ VELLUZZI, Vito. Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione. In: *Diritto & questioni pubbliche*, nº 5, 2005, pp. 104-105.

⁴⁹ Para GUASTINI, a *ratio* da adoção de uma teoria desse gênero é a promoção da estabilidade das relações e da previsibilidade das decisões, além da garantia de um tratamento isonômico. Sobre o tema ver GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 412.

⁵⁰ GUASTINI, Riccardo. A Sceptical View on Legal Interpretation. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo. (coord.). *Analisi e diritto*. Turim: Giappichelli, 2005, pp. 139-141.

interpretação. A interpretação textual é uma atividade não somente cognitiva, mas também, necessariamente, volitiva, comportando sempre uma escolha por parte do intérprete⁵¹. É, portanto, também um *ato de vontade*⁵², um ato de caráter decisório⁵³, com o qual se decide, determina, ou melhor, *adscreve-se um significado a uma disposição textual*⁵⁴. A norma, portanto, é o resultado (e não o objeto) da interpretação. O intérprete *reconstrói os sentidos textuais* por meio de um processo dinâmico⁵⁵ que cumula descoberta e decisão⁵⁶, reconstruindo, portanto, também a própria ordem jurídica. Os textos jurídicos, enfim, não são unívocos, de modo que para cada intérprete poderá haver potencialmente uma resposta diferente para cada caso. Assim, a aplicação da lei de modo indistinto e uniforme não garante um tratamento verdadeiramente isonômico de todos os cidadãos, pois se admitem intepretações diversas acerca dos mesmos textos normativos (o que significa que, dependendo do aplicador, poderá haver uma ou outra decisão). A *uniformidade* não deriva da própria prevalência da lei, pois essa, mesmo que aplicada a todos não o será de forma igual, dada a não-univocidade dos textos. Para um *tratamento uniforme* é necessário uma esfera decisória final que reconduza a uma última interpretação conferida pelo judiciário às disposições textuais, que não será *verdadeira* ou *correta*, mas simplesmente aquela definitiva.

Ao lado da constatação de que não há significado pré-existente à atividade interpretativa e, portanto, de que essa garantia *a priori* de promoção da igualdade *perante a lei* mediante a *uniformidade de tratamento* demonstra-se inidônea pela pluralidade de significados igualmente possíveis para todo e qualquer texto legal, está também a superação da crença de que é possível abarcar todas as hipóteses possíveis de conflitos relativos à vida humana em um documento escrito. Em outras palavras, seria

⁵¹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p. 143.

⁵² GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011, p. 412.

⁵³ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p. 143.

⁵⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p. 144.

⁵⁵ VILLA, Vittorio. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 114.

⁵⁶ “A atividade interpretativa não é livre, pois parte de conceitos que já foram elevadamente determinados pelo uso argumentativo anterior, de tal sorte que a utilização de determinadas expressões indica um processo de incorporação conceitual do qual o intérprete não pode se afastar. (...) Em suma, a atividade interpretativa não é nem totalmente construtiva, nem integralmente descritiva, mas reconstrutiva e situacional de sentidos mínimos de dispositivos normativos”. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 334-335. Sobre o tema também VILLA, Vittorio. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012, p. 176.

possível obter a segurança jurídica necessária para a vida em sociedade apenas na fiel e cega aplicação das regras escritas e pensadas previamente pelo legislador⁵⁷.

O monumento que torna possível a obtenção da segurança pretendida é o código⁵⁸. Pretendia-se ter códigos capazes de regular todas as situações (*exaurientes*, portanto), em textos legislativos tão claros e completos que não poderiam suscitar dúvidas ao juiz⁵⁹: códigos por assim dizer *perfeitos*. O documento legislativo, que abarcaria todas as situações da vida humana, a inteira experiência jurídica em um sistema articulado e minucioso de regras escritas, contemplando todos os institutos possíveis⁶⁰, passa a ter a característica de *plenitude* e *completude*. É o código, portanto, que *uniformemente* aplicado a todos, garante um tratamento de *igualdade de todos perante a lei*, conferindo *cognoscibilidade* e *calculabilidade* ao ordenamento jurídico⁶¹.

Ocorre que as características pretendidas de *perfeição*, *completude* e *plenitude* não mais se mostram presentes em uma *idade da decodificação*⁶², por uma

⁵⁷ Essas são as características do fenômeno da codificação. Sobre o tema, tratando inclusive do seu aspecto relativo ao processo, Vittorio Denti: “È noto che l’idea moderna di codificazione ruota intorno a tre esigenze: il superamento del pluralismo giuridico che era proprio degli antichi regimi; l’instaurazione di un sistema di norme caratterizzato dall’ordine e dalla semplicità; la certezza dei rapporti creati intorno ai soggetti di diritti, ed essenzialmente intorno alla proprietà e alla autonomia privata. Queste esigenze, maturate nel clima culturale del giusnaturalismo e dell’illuminismo e nel clima politico degli stati nazionali ed accentratori, sono state anche all’origine delle codificazioni processuali, culminate nell’epoca in cui avviene quella trasformazione in senso burocratico dell’amministrazione della giustizia che è il momento centrale nella evoluzione degli ordinamenti giudiziari moderni”. DENTI, Vittorio. *L’idea di codice e la riforma del processo civile*. In: *Sistema e Riforme. Studi sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 257.

⁵⁸ “Os Códigos representam a manifestação máxima de um sistema do tipo fechado. Supõem, em especial na área do direito privado, uma sociedade unitária e formalmente igualitária para a regulação de cujos interesses seria suficiente a perspectiva de unidade, totalidade ou plenitude que, filosófica e metodologicamente adotam”. MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de informação legislativa*, v.28, n° 112. Brasília: Senado Federal, 1991, p. 17. Sobre o fenômeno da codificação, ver GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 2007, pp. 85 e ss.; WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Trad. António Manuel Hespanha, 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, em especial pp. 365 e ss.; MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 1984. Para um estudo pormenorizado das raízes do fenômeno ver TARELLO Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 311-312.

⁶⁰ GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 2007, p. 100.

⁶¹ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 311.

⁶² Sobre o assunto ver IRTI, Natalino. *Codice Civil e Società Politica*. Roma: Laterza, 1995 e IRTI, Natalino. *L’età della decodificazione*. 4ª Ed. Milano: Giuffrè, 1999. Para o problema em perspectiva processual-constitucional ver ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, pp. 235-251.

série de fatores. A existência de *antinomias* dá conta da imperfeição, a existência de *lacunas* dá conta da incompletude e a *fragmentação legislativa* dá conta da não plenitude da figura do código. Tendo em vista a insuficiência da ideia de *igualdade de todos perante a lei*, a qual se reconduzia à *uniformidade na aplicação das leis codificadas*⁶³, passa-se a necessitar de outros instrumentos voltados à obtenção dessa *igualdade de tratamento*.

Compreende-se, portanto, a razão pela qual a noção de *igualdade perante a lei* demonstrava-se relativamente suficiente e idônea a garantir o império do direito e a justiça no tratamento dos cidadãos⁶⁴. Porém, a exigência de respeito à igualdade quanto ao *conteúdo* da lei e a superação de certos dogmas no que diz respeito à interpretação e ao papel do legislador na proteção de direitos, impuseram o redimensionamento dessa noção, para além da mera *aplicação da lei para todos indistintamente*. Por ora, é suficiente observar que para cada um desses problemas relacionados à noção de igualdade *perante a lei* buscou-se uma solução. A partir da compreensão do problema relativo à possibilidade de distinções arbitrárias na lei, a doutrina pretendeu consolidar critérios para seu controle. De outro lado, com a identificação dos mitos da *univocidade* e da *completude* dos textos jurídicos, o Direito passou a preocupar-se com os *meios* necessários para a promoção da desejada *unidade* na aplicação do direito.

1.2. Concepções *dinâmicas*: a isonomia na lei e a isonomia perante o direito.

1.2.1. A isonomia na lei

1.2.1.1. O conceito de isonomia na lei

A compreensão de que a garantia de tratamento uniforme na aplicação da lei não permite o controle de eventuais discriminações arbitrárias no conteúdo da lei a ser

⁶³ “Sembra indubbio che l’offuscarsi dell’idea di código abbia la sua origine nella crisi del principio di uguaglianza formale dei soggetti di diritto e, quindi, nel processo, delle parti”. DENTI, Vittorio. L’idea di codice e la riforma del processo civile. In: *Sistema e Riforme. Studi sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 259.

⁶⁴ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 50.

aplicada trouxe consigo uma exigência de ordem *material*⁶⁵ que vincula o legislador quanto ao *conteúdo*⁶⁶ da lei editada, na medida em que a esse fica vedada a instituição dessas distinções ilegítimas. Passa-se a exigir a não utilização, no estabelecimento de relações de igualdade e desigualdade, de critérios intrinsecamente injustos e violadores da dignidade da pessoa humana⁶⁷. Dessa forma, quando o Constituinte prevê que todos são iguais perante a lei, *sem distinções de qualquer natureza*, está indicando que não basta a igualdade na aplicação da lei, sendo necessária a vinculação também do legislador, à proibição de tratamento discriminatório carente de justificação⁶⁸.

Trata-se de segunda fase de evolução do entendimento acerca da igualdade⁶⁹. O objetivo é o de levar em consideração a máxima de que o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exata de sua diferença⁷⁰. A desigualdade passa a ser entendida como a “contrarregra” ou regra negativa, porque expressamente admitida⁷¹. Igualdade não é uniformidade de tratamento, mas o

⁶⁵ Utiliza-se, aqui, o paralelo, já consagrado entre *igualdade perante a lei/formal e igualdade na lei/material*. Entretanto, apenas para registro, há quem defenda a inutilidade de tal proposição. “Entre nós, essa distinção é desnecessária porque a doutrina como a jurisprudência já firmaram, há muito, a orientação de que a igualdade perante a lei tem o sentido que, no exterior, se dá à pressão igualdade na lei, ou seja: o princípio tem como destinatários tanto o legislador como os aplicadores da lei”. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 217. A escolha por esse paralelismo se dá apenas para fins didáticos e de compreensão da significação do conceito a partir de um processo histórico. Há outra discussão, correlata a essa, que diz respeito à verdadeira *materialidade* da ideia de igualdade na lei. Para uma crítica ferrenha às tentativas de apontar a igualdade como um princípio substancial e não meramente formal, ver CHARVET, John. The Idea of equality as a substantive principle of society. In: *Political Studies*. Volume 17, Issue 1, March, 1969, pp. 1-13. Como veremos adiante, a discussão suscitada por Charvet está mais ligada àquela envolvendo a compreensão da igualdade como um *meio* ou como um *fim*, que será enfrentada adiante.

⁶⁶ CASTANHEIRA NEVES, Antonio. *O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983, p. 166.

⁶⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 526, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

⁶⁸ A comunhão nos riscos, a igualdade quanto à sua incidência, ou o fato de os indivíduos se segurarem mutuamente contra os riscos do poder, isto, e tão somente isto, é que exclui o arbítrio no exercício da autoridade, a discricção nas medidas, a faculdade de excetuar o que não é excepcional ou singular, ou de onerar a uns mais do que a outros, de a algum ou a alguns proibir o que, em idêntica situação, se permite a outro ou a outros, de valer-se, finalmente, mediante a sua exclusão dos rigores de uma determinada medida, da cumplicidade passiva da maioria com um regime de preterição, injustiça ou desigualdade, a que o legislador entendesse de submeter a minoria, ou um grupo ou uma fração da coletividade”. CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 10, 1947, pp. 412-413.

⁶⁹ GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 42; Há quem defenda se tratar essa de uma segunda fase, intermediária àquela do reconhecimento de uma exigência de igualdade na lei. Ver SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 526, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

⁷⁰ GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 42.

⁷¹ TABORDA, Maren Guimarães. O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: conteúdo, alcance e direções. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, v. 11, n. 12, 1998, p. 94.

tratamento proporcional e compensado de seres vários e desiguais⁷². Isso se dá mediante a redescoberta do caráter *relativo e relacional* da igualdade⁷³. São inúmeras as situações de desigualdade que legitimam *aplicação e/ou criação* de leis que no seu *conteúdo* tratam desigualmente os desiguais. Trata-se de uma exigência de “legalidade isonômica”⁷⁴. A realidade, portanto, pressupõe um perfil *dinâmico* da igualdade⁷⁵.

De outro lado, esse mesmo aspecto impõe uma atitude proativa do legislador e do aplicador, abandonando a ideia de que todos nascem iguais, para reconhecer que é uma das funções do direito *atenuar*, na medida do possível, as *desigualdades*⁷⁶. À igualdade é imanente outro sentido dinâmico, que pode ser chamado de princípio “igualizador”⁷⁷. Nessa medida a Constituição Federal, em seu art. 3º, III, prevê como objetivo da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades. O tratamento diferenciado, assim, funciona como um meio de reduzir a desigualdade.

⁷² DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a Lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, pp. 38–64.

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 418. Ou, ainda, “a proteção concreta com base no direito de igualdade (por implicar um *juízo relacional*) não se encontra pré-determinada na esfera constitucional, a não ser no sentido de que a constituição exige um tratamento igual em situações substancialmente iguais, proibindo discriminações arbitrárias, de tal sorte que uma intervenção no direito de igualdade se verifica apenas quando se estiver diante de um tratamento igual de situações essencialmente desiguais ou de um tratamento desigual de situações essencialmente iguais” SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 531, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero. No mesmo sentido GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 42. Na doutrina de *Common Law*: “Equality, therefore, is not like liberty, a word of negation, is a word of relation. It tells us nothing definite unless we know what two or more things affirmed to be equal and what they are in themselves”. STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Reimp. 2ª ed. (1874). Cambridge: University Press, 1967, p. 220. Esta também a tese central de REES, John. *Equality*. Londres: Pall Mall Press, 1971.

⁷⁴ BORGES, José Souto Maior. Princípio da Isonomia e sua significação na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Público*, n. 93. São Paulo: RT, 1990, p.35.

⁷⁵ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990, p. 39; PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: *Revista da AJURIS*, ano XXI, nº 62, 1994, p. 282. Contra, entendendo que somente a igualdade na aplicação da lei (a que aqui chamamos de “isonomia perante o direito”) seria dinâmica, ver GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p. 150.

⁷⁶ “Sempre que a diferenciação feita corresponde, no nosso sentir, a um reajustamento proporcional de situações desiguais, a lei satisfaz os requisitos da lei justa. Sempre que a diferenciação não corresponde a um reajustamento desses, patenteia-se o caráter de lei arbitrária, contrária ao Direito” DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a Lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, pp. 38–64.

⁷⁷ PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: *Revista da AJURIS*, ano XXI, nº 62, 1994, p. 278.

Tratar desigualmente os desiguais significa atenuar a própria desigualdade e, portanto, “igualizar”⁷⁸.

A ideia de igualdade aceita a diferença e, assim, coaduna-se com a proibição de tratamento discriminatório arbitrário⁷⁹ e, portanto, à própria noção de isonomia. Exigem-se, entretanto, critérios razoáveis e suficientes para que seja possível o tratamento não igualitário⁸⁰, típico de um Estado Constitucional⁸¹ que admite o pluralismo e reconhece as diferenças. De uma igualdade perante a lei (na aplicação da lei), migrou-se para uma igualdade (relativa) também na lei⁸² (*na criação*⁸³ ou na *formulação*⁸⁴ da lei).

A igualdade, assim como a desigualdade, de indivíduos e situações é sempre igualdade e desigualdade *com relação a determinadas características*⁸⁵; são juízos parciais, que se referem apenas a uma ou algumas das propriedades do indivíduo ou da situação⁸⁶. A fórmula clássica “o igual deve ser tratado igualmente e o desigual desigualmente” não contém, por si só, um critério que explique quando e como desigualar. Por essa razão, trata-se de um conceito comparativo, o que significa dizer,

⁷⁸ “Assim, uma forma correta de aplicar a igualdade é tomar-se por princípio a desigualdade. Depois, diante da desigualdade entre os destinatários da norma impõem-se promover certa igualização. Por isto, a interpretação do princípio tem que levar em conta: de um lado que há desigualdades; de outro, as injustiças causadas por tal situação. E promover-se a igualização”. PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: *Revista da AJURIS*, ano XXI, nº 62, 1994, p. 281.

⁷⁹ JOWELL, Jeffrey. Equality as Constitutional Principle. *Current Legal Problems*. V. 47. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 6-7.

⁸⁰ GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 62

⁸¹ GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 4; CARETTI, Paolo. Uguaglianza e Diritto Comunitario. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell'Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 209

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 526, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 417

⁸⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 383.

⁸⁵ “As pessoas que possuem os aspectos reputados ‘essenciais’, previstos por essas normas, são consideradas em ‘situações idênticas’, embora possam, por óbvio, diferir em outros aspectos não considerados ou não tidos como relevantes pelo legislador. Em resumo: situações ou pessoas são iguais ou desiguais de modo relativo, porquanto sob certos aspectos”. SABBAG, César de Moraes. O Direito de Igualdade. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 15, 1996, p. 91.

⁸⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 387.

em outras palavras, que *toda a afirmação de igualdade pressupõe uma comparação*⁸⁷, já que não há como conceber a igualdade de um só⁸⁸. Trata-se, ao fim e ao cabo, de um problema de *valoração*⁸⁹, que, entretanto, não é subjetiva, mas, ao contrário, conformada pelo quadro de valores vigentes numa sociedade. Fica vedada, assim, a promoção de desigualdades arbitrárias, aleatórias ou mal-inspiradas; serão legítimas quando fundadas e logicamente subordinadas a um elemento discriminatório objetivamente aferível⁹⁰, que, em concreto, seja pertinente em relação aos fins buscados pela Constituição⁹¹. Em outras palavras, os limites são os valores positivados (isto é, as normas) e, portanto, constitucionalmente relevantes⁹².

Dessa forma, a necessidade, ou não, de medidas com vistas à *igualação* ou à *desigualação* de pessoas ou situações será sempre casuística. Para que essas diferenciações (ou equalizações) não se dêem de forma arbitrária é necessário que só se façam distinções com critérios objetivos e racionais, adequados ao fim visado pela diferenciação⁹³. O que com ele se quer é evitar a iniquidade de dois pesos e duas medidas⁹⁴: se não há nenhuma razão suficiente para a permissão de um tratamento

⁸⁷ GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 46

⁸⁸ COMPARATO, Fábio Konder. Precisoções sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 750, 1998, p. 11 e ss.

⁸⁹ GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 49.

⁹⁰ MELO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. In: *RePro*. Ano 19, n. 75, 1994, p. 169. Ficam vedadas, assim, diferenciações com base em conotações meramente subjetivas. Nesse sentido também CERRI, Augusto. *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*. Milano: Giuffrè, 1976, p. 22.

⁹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed. 21ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 41. Não sendo assim, a distinção será inconstitucional: “Mesmo a lei especial, entretanto, isto é, a que contém normas jurídicas aplicáveis a grupos de casos diferenciados, pode ser tachada pelo Poder Judiciário de inconstitucional. Basta que a diferenciação nela feita fira o princípio da igualdade proporcional, isto é, que não se justifique como um reajuste de situações desiguais”. DANTAS, San Tiago. Igualdade perante a Lei e due process of law: contribuição ao estudo da limitação constitucional do Poder Legislativo. In: *Problemas de direito positivo: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1953, pp. 38–64.

⁹² GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 54.

⁹³ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 281.

⁹⁴ FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 41, 1955, p. 12. Nesse sentido, Livio Paladin: “La ‘legge eguale per tutti’ non è già la disciplina identica per quella intera fattispecie, che la legge stessa abbia configurato ad arbitrio, mas è la norma comune a qualunque situazione, che obiettivamente non richieda o non consenta una regola differenziata”. PALADIN, Livio. Eguaglianza. b) Diritto Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto*. XIV. Dote-Ente. Milano: Giuffrè, 1965, p. 527.

desigual, então está ordenado um tratamento igual⁹⁵; de outro lado, se há razões suficientes para ordenar um tratamento desigual, então este é necessário⁹⁶. Só será necessária a justificação jurídico-constitucional do tratamento desigual daquilo que for essencialmente igual ou, em outras palavras, daquilo que for efetivamente comparável⁹⁷.

A igualdade é a *relação entre dois ou mais sujeitos*, com base em *medida(s) ou critério(s) de comparação*, aferido(s) por meio de *elemento(s) indicativo(s)*, que serve(m) de instrumento para a realização de uma determinada *finalidade*⁹⁸. Sempre que se pretende realizar a igualdade, há uma relação entre esses elementos, sem os quais essa relação não se completa. O *sujeito* (ou objeto de comparação) será comparado com base em alguma propriedade ou medida comum em que haja efetiva diferença: a *medida de comparação*. Essa propriedade escolhida deverá, por sua vez, manter uma relação de *pertinência* com os *fins* que dão suporte à diferenciação.

Para exemplificar, duas pessoas (*sujeitos*), A e B, cuja cor dos olhos (*medida de comparação*) é azul para A e castanho para B. A proibição a uma das pessoas de uso de um determinado banheiro (discriminando-o da outra pessoa, a quem se permite a sua utilização) só poderá ser compatível com a cláusula isonômica se essa se dever a outra *medida de comparação* que não a cor de seus olhos (o sexo, por exemplo, em sendo A homem e B mulher). Isso porque a propriedade escolhida deve guardar relação de *pertinência*⁹⁹ com a *finalidade* da distinção (suponha-se: garantir a

⁹⁵ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 395.

⁹⁶ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 397.

⁹⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 206.

⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

⁹⁹ “Uma medida é pertinente quando ela se vale de elementos que, presentes, provocam efeitos que contribuem para a promoção da finalidade; uma medida é impertinente quando sua existência nada diz quanto à promoção da finalidade normativa. Afirmar que uma medida de comparação é pertinente é o mesmo que dizer que ela é relevante. E afirmar a relevância de alguma coisa é dizer que ela ajuda e colabora com algo, ou conduz a algo, ou serve à realização de algo. Assim, uma medida de comparação relevante é aquela cuja verificação contribui substancialmente para a promoção da finalidade que justifica sua utilização”. ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 47. Trata-se, ao fim e ao cabo, de um necessário vínculo de *razoabilidade*. ÁVILA, Humberto. O que é o “devido processo legal”? In: *RePro*, Ano33, n. 163, 2008, p. 52. Nesse mesmo sentido, “o fator discriminatório, diferenciador, é válido, e não significa a inobservância do princípio da isonomia, quando se consubstancia no caminho possível e lógico para o atingimento do fim jurídico pretendido que é a justiça igualitária” PALHARINI JUNIOR, Sidney. O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e*

privacidade no uso do banheiro). A cor dos olhos, no caso, não guarda qualquer relação com a distinção (ao contrário do que ocorre com eventual distinção por sexo). A discriminação será compatível com a cláusula isonômica quando existir um vínculo de correlação lógica entre a razão (propriedade) escolhida e a desigualdade em função dela conferida¹⁰⁰.

Há casos em que essa medida de comparação não é objetivamente aferível. Pense-se, por exemplo, em determinada diferenciação de tratamento em razão de incapacidade cognitiva. Nesse caso, será necessário utilizar um *elemento de aferição* dessa incapacidade que deu azo à diferenciação. Esse elemento indicativo deve guardar uma relação *fundada e conjugada* com a medida de comparação¹⁰¹. Será *fundada* se houver um vínculo de probabilidade (estatística ou lógica) ou estiver baseada em um juízo de verossimilhança (aquilo que *normalmente* acontece)¹⁰². Será *conjugada* quando o elemento for *o mais significativo* dentre os elementos indicativos existentes e *fundados*¹⁰³. No exemplo, portanto, parece possível a diferenciação do regime de comunhão de bens em matrimônio em razão da incapacidade cognitiva do cônjuge: será *legítima* se se basear na idade (indivíduos tendem *provavelmente* a perder capacidade cognitiva com o tempo), mas não o será se se basear na escolaridade (o fato de ter menos escolaridade não é *provável* causa de incapacidade cognitiva, apenas de menor educação formal).

Por fim, a validade da diferenciação depende, ainda, da *finalidade* que justifica a utilização de determinada *medida de comparação*. Essa finalidade deve ser

Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT, 2006, p. 617.

¹⁰⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed. 21ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 17.

¹⁰¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 48.

¹⁰² Para ÁVILA, apenas quando houver um vínculo de correspondência estatística haverá *suporte empírico considerável*. Há que se ter em conta que o julgamento da *normalidade* das coisas pode estar baseado mais em uma máxima de experiência do que propriamente em um suporte de probabilidade estatística, de modo que também a verossimilhança pode legitimar uma relação *fundada*. Ver ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, pp. 48-49. Sobre o tema da probabilidade e da verossimilhança ver TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992; FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007; GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho*. 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. No direito brasileiro, MITIDIERO, Daniel. *Antecipação de tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2012, em especial pp. 95-110.

¹⁰³ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 51.

constitucionalmente relevante¹⁰⁴. Assim, pode-se dizer que o mandamento isonômico tem dois planos: aquele em que se determinam as situações a serem consideradas iguais ou desiguais, de acordo com determinada medida de comparação escolhida para diferenciá-las ou as igualar, e aquele do tratamento uniforme ou diferenciado dessas mesmas situações, consoante o juízo prognóstico que se fez relativo à finalidade (compatível com a Constituição) buscada com a diferenciação ou igualação¹⁰⁵. É no encontro desses dois planos que deve estar a criação do direito (na elaboração do texto legislativo e na sua reconstrução pelo intérprete) e o conseqüente respeito ao mandamento isonômico.

O caráter *dinâmico* da exigência de tratamento isonômico aparece ainda em um dos seus aspectos mais intrincados: sua aplicação no tempo. Faz parte desse a exigência de igualdade com *consistência no tempo*¹⁰⁶, de forma com que *proibida* a criação de um estado *superveniente* de desigualdade em casos *ainda* iguais e *necessária* a igualação *superveniente* em casos *agora* iguais¹⁰⁷, impondo-se coerência na implementação de diferenciações (ou igualações). O tempo não é uma diferença em si; é a partir dos próprios acontecimentos, tomados em perspectiva *dinâmica*, que deverá ser aferida a mudança¹⁰⁸. Trata-se de um dever de comportamento conseqüente e congruente no tempo, que controla a *adequação* da diferenciação diante de um conjunto de regras preexistentes¹⁰⁹.

Fica claro, portanto, que reduzir o espectro de significação da igualdade ao seu caráter formal (igualdade *perante a lei*) é insuficiente, pois dessa forma não se contempla a vedação às discriminações arbitrárias no *conteúdo* da lei. Assim, à noção de igualdade como prevalência da lei agrega-se a noção de igualdade como vedação à discriminação ilegítima *na lei* e como necessidade de diferenciações para o tratamento

¹⁰⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed. 21ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 41-43. GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 54.

¹⁰⁵ GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 44

¹⁰⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 127.

¹⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 122.

¹⁰⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed. 21ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 34.

¹⁰⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 129.

de situações desiguais¹¹⁰. O filtro de controle será sempre o preenchimento das *finalidades constitucionalmente relevantes* que, com relação ao *elemento de comparação* utilizado, guardem uma relação de *pertinência*.

Vista sob essa perspectiva, a igualdade permite o tratamento diferenciado a casos que merecem diferenciação, atentando, assim, ao caráter *relacional* e *valorativo* do mandamento isonômico. Somente a partir de uma perspectiva *dinâmica* é que é possível compreender o verdadeiro espaço de atuação da *isonomia no direito*, garantida como inviolável pela nossa Constituição.

1.2.1.2. Igualdade jurídica e igualdade de fato.

Quando se está falando de igualdade em perspectiva *dinâmica*, a distinção entre igualdade jurídica e igualdade de fato também ganha relevo. A expressão “igualdade de direito” é sempre utilizada em contraposição à “igualdade de fato” e corresponde, de certa forma, à contraposição entre igualdade formal e substancial. Como ressalta Norberto Bobbio, a igualdade nos direitos (ou de direitos) significa algo a mais que a mera igualdade perante a lei (entendida como exclusão de toda discriminação não justificada), uma vez que deve ser entendida como “*l’eguale godimento da parte dei cittadini di alcuni diritti fondamentali costituzionalmente garantiti*”.¹¹¹ Já a igualdade jurídica, para o mesmo autor, poderia ser reconduzida a uma ideia mais restritiva, qual seja, à igualdade naquele particular atributo que faz de cada membro de um grupo social, um sujeito jurídico, isto é, um sujeito dotado de capacidade jurídica.¹¹²

Essa oposição entre dois conceitos de igualdade (jurídica e de fato) nasce da superação da noção de igualdade como mera abolição de privilégios de classe, como

¹¹⁰ “A função positiva, portanto, também se preocupa com a vedação das discriminações injustas, mas caminha adiante e pugna pela consecução material desses parâmetros igualitários propostos, sob pena do esvaziamento da norma jurídica ou de sua finalidade”. GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p. 225.

¹¹¹ BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 1995, p. 23. Para FERRAJOLI, a igualdade jurídica “non è piú nulla che l’identica titolarità dei medesimi diritti fondamentali indipendentemente dal fatto, ed anzi proprio per il fatto, che i loro titolari sono tra loro differenti”. FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. I, p. 789.

¹¹² BOBBIO, Norberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 1995, pp. 23-24.

concebida, por exemplo, pelos revolucionários franceses¹¹³. Se é verdade que junto à vedação às discriminações arbitrárias há um dever de promoção de tratamento desigual para situações desiguais, pode-se falar em uma terceira fase que caracteriza a evolução da noção de igualdade no âmbito do constitucionalismo moderno, qual seja, a de um “dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, portanto, para o que se convencionou chamar de uma igualdade social ou de fato”¹¹⁴. Daí porque, abandonando uma dicotomia fato-direito¹¹⁵, parece acertado falar em uma “igualdade nos direitos”, que consiste em uma igualdade nas expectativas de não lesão, típicas dos direitos individuais, e de prestação, relativas aos direitos sociais¹¹⁶.

Nessa esteira, ultrapassa-se o problema dos critérios qualificativos das situações, embora não se os dispense. Não se trata, pois, da igualdade perante a lei e na lei, mas da igualdade pela lei¹¹⁷. O que preocupa, portanto, é não só uma igualdade de tratamento (*perante a e na lei*), mas também a redução de desigualdades de fato¹¹⁸. À igualdade de tratamento (na *criação* e na *aplicação* da lei) agrega-se, assim, a tentativa de igualar, na medida do possível e naquilo que for necessário, os desiguais, mediante um tratamento discriminatório legítimo.

Essa *igualdade de fato*, entretanto, não deixa de ser necessariamente *relativa*. Isso porque é da natureza humana a diferença e, inevitavelmente, essa *igualdade de fato* o será apenas parcial: poderão ser caracterizados como iguais apenas com relação a algo (ou alguma característica). Falar em igualdade de fato *absoluta*, assim, é apostar em uma verdadeira utopia. Por mais uniforme que seja a distribuição dos bens materiais e a qualidade dos serviços públicos prestados haverá *diferença*, pois inerente à condição humana. Longe de caracterizar uma escolha alternativa, a noção *dinâmica* da igualdade permite conjugar a necessidade de igualdade de tratamento

¹¹³ PERELMAN, Chaim. Equality and Justice. In: PERELMAN, Chaim. *Justice, law and argument. Essays on moral and legal reasoning*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980, p. 86.

¹¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 526, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

¹¹⁵ Sobre o tema ver KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005; TARUFFO, Michele. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

¹¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. I, p. 792.

¹¹⁷ GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 64.

¹¹⁸ PERELMAN, Chaim. Equality and Justice. In: PERELMAN, Chaim. *Justice, law and argument. Essays on moral and legal reasoning*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980, pp. 86-87.

(jurídica) à promoção de uma igualdade de fato com relação a determinadas características tidas por relevantes em cada ordem social¹¹⁹. A distinção dos conceitos, assim, reflete uma *cumulação* e não uma *alternativa de significados*.

1.2.1.3. Igualdade-meio e igualdade-fim

A igualdade pode, ainda, ser compreendida a partir de outra distinção fundamental: pode significar apenas um meio para a consecução de determinados fins ou, ao contrário, como uma verdadeira finalidade a ser buscada. A primeira concepção, relativa à igualdade *perante a lei*, era caracterizada por funcionar como mero instrumento, uma vez que não previa nada acerca do conteúdo do tratamento a ser dado a determinados casos ou sujeitos. Em outras palavras, não estava no seio do mandamento isonômico fornecer uma diretriz *substancial* de tratamento, mas apenas que, qualquer que fosse esse, deveria sê-lo de modo *uniforme*.

O segundo aspecto da igualdade, em sua acepção negativa, impõe apenas um limite de controle às diferenciações destituídas de critério constitucionalmente legítimo, funcionando, assim, como um meio para que as finalidades constitucionais possam ser alcançadas. Em sua segunda faceta, de ordem positiva, entretanto, constitui a própria igualdade o objetivo da sua atuação. Em outras palavras, a *igualdade aparece como fim*, cujo *meio é a desigualdade de tratamento*. A redução de desigualdades sociais (ou, por outra formulação idêntica, o aumento da igualdade social) - merece menção, aqui, o inciso III, do art. 3º da Constituição Federal, que estabelece como objetivo fundamental da República brasileira a redução das desigualdades sociais - é uma das finalidades constitucionalmente legítimas a serem atingidas a partir da estrutura *relacional* da igualdade. Nesse sentido, e tão somente aqui, funciona a desigualdade como um *meio* para o alcance de uma igualdade como *fim*.

A característica mais marcante da igualdade é funcionar, portanto, com um instrumento para consecução de determinados fins constitucionalmente legítimos. Nesse sentido, a igualdade é um conceito comparativo e relacional e, portanto, uma estrutura

¹¹⁹ “A igualdade social, exigida pelo princípio, será, em cada momento, ‘aquela’ que a consciência social impõe”. GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 66.

que serve de parâmetro à aplicação em outros conteúdos¹²⁰. É uma norma que está por trás de todas as outras, assegurando uniformidade na sua aplicação e uma norma que está ao lado de todas as outras, buscando nelas o fundamento para as medidas de comparação e as finalidades indispensáveis ao seu funcionamento¹²¹. Entretanto, dentre essas finalidades, está a própria igualdade social, de modo que poderá haver discriminação no conteúdo da lei (um *meio*) para a consecução (a mais próxima possível) de uma igualdade de fato quanto ao acesso a determinados bens básicos (*fim*), cuja intensidade vai depender de uma escolha política de maior ou menor promoção de bem-estar social por meio de políticas públicas inclusivas. Em outras palavras, a igualdade pode funcionar de modo independente, possuindo um sentido substancial autônomo¹²²: ela própria uma *finalidade* a ser buscada.

Aparece, portanto, de modo mais nítido ainda, o perfil multifacetado da igualdade: ao lado da sua condição de princípio instrumental e, portanto, *meio* para a consecução de determinados fins estabelecidos como prioritários pelo Estado Constitucional, a igualdade (entendida aqui como uma diminuição da desigualdade social) também pode ser compreendida como uma finalidade, que exige do governo um mais ou menos intenso – a depender da ideologia democraticamente eleita – esforço na formulação e execução de políticas públicas que funcionem como meios idôneos à sua consecução¹²³. Nesse sentido, a igualdade não só limita externamente a atuação dos poderes públicos (como freio e instrumento de consecução de finalidades variadas), como, ainda, mediante o conteúdo da norma ou decisão jurídicas, o limita internamente, exigindo, portanto, uma postura ativa¹²⁴ (estabelecimento de meios idôneos) na tentativa de sua realização¹²⁵.

¹²⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 140.

¹²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 144.

¹²² ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 143.

¹²³ “Assim, a igualdade se expressa ora como meio, ora como fim; ora como u valor em si, ora como um valor para outros valores; ora de forma primária, ora de forma secundária ou auxiliar”. GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p. 230.

¹²⁴ GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 6.

¹²⁵ GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005, p. 68

O desenvolvimento da noção de igualdade respondeu, inicialmente, à necessidade de igualdade de tratamento entre todos os cidadãos, consubstanciando-se na exigência de aplicação *uniforme* da lei escrita (*igualdade perante a lei*). Verificou-se, entretanto, que a mera *prevalência da lei* não garantia o tratamento igualitário, pois dessa não se extraía qualquer exigência quanto ao seu *conteúdo*. Passa-se, então, a exigir não só a igualdade de todos *perante* a lei, mas também a igualdade de tratamento *na lei*.

A noção de igualdade *na lei*, inicialmente compreendida como um mero freio contra a existência de discriminações arbitrárias no texto legal (tratar igualmente os iguais), passa a exigir do legislador também uma postura ativa, no sentido de promoção de desigualdades na própria *criação* da lei, com vistas à diminuição de disparidades (tratar desigualmente os desiguais, com vistas à sua igualação)¹²⁶. Esse terceiro núcleo de significação pretende, a partir da desigualdade de tratamento (jurídica), proporcionar uma igualdade de fato em determinadas características tidas por essenciais¹²⁷. O tratamento desigual passa a ser um *meio* para a consecução de determinados *fins*¹²⁸, dentre os quais a própria igualdade (*relativa*).

Dentro dessa concepção *dinâmica* da igualdade, cumpre tentar estabelecer um critério que permita responder à pergunta: afinal, igualdade *no que*¹²⁹? Em outras palavras, quais as características (tidas por essenciais pela Constituição) que se pretendem igualar e que, portanto, determinam esse tratamento desigual.

1.2.1.4. A teoria das capacidades e a igualdade de oportunidades

¹²⁶ Essa é a tese central de SILVA JÚNIOR, Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 38, 2002, p. 168 e ss.

¹²⁷ “What is of direct interest is the plausibility of claiming that equal consideration at some level — a level that is seen as important — is a demand that cannot be easily escaped in presenting a political or ethical theory of social arrangements. It is also of considerable pragmatic interest to note that impartiality and equal concern, in some form or other, provide a shared background to all the major ethical and political proposals in this field that continue to receive argued support and reasoned defence”. SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 18.

¹²⁸ “En muchas leyes modernas, el designio de promover la igualdad material se sirve exactamente de derogaciones impuestas a la igualdad formal.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67.

¹²⁹ “Wanting equality of something—something seen as important — is undoubtedly a similarity of some kind, but that similarity does not put the warring camps on the same side. It only shows that the battle is not, in an important sense, about ‘why equality?’, but about “equality of what?””. SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 16.

Pode-se dizer que, no âmbito da teoria política e da sociologia, a temática da igualdade é das mais intrincadas e plurais em termos de posições. Entretanto, por mais diversas que sejam, em alguma medida, todas as teorias que tentam explicar os arranjos sociais pressupõem, em alguma medida, o *tratamento igualitário com relação a alguma característica* (desde a igual proteção de certos direitos de liberdade – teorias libertárias de justiça¹³⁰ -, passando pela consideração equânime de certa utilidade – teorias utilitaristas de justiça¹³¹ -, até a igual distribuição de certos bens ou necessidades básicas – teorias igualitárias de justiça¹³² - e a igual distribuição do produto do trabalho - teoria igualitarista marxista¹³³).

Destaca-se, pela sua potencialidade de resolver problemas concernentes ao objeto do presente trabalho (as relações entre a igualdade e o processo civil), dentre todas estas teorias, a noção de igualdade de oportunidades (ou igualdade de chances). Para Bobbio, o princípio da igualdade de oportunidades elevado a princípio geral objetiva permitir a todos os membros de uma determinada sociedade as condições para participar “*alla gara della vita, o per la conquista di ciò che è vitalmente piú significativo, partendo da posizioni eguali*”¹³⁴. O conceito, entretanto, pela sua amplitude, é criticado. A igualdade de ponto de partida (ou igualdade de oportunidades), rigorosamente, assim como a igualdade de fato, é uma utopia¹³⁵. Seu problema está em saber quais são essas condições mínimas de participação que se pretendem igualar. Em outras palavras, qual característica deve ser equalizada para que haja igualdade de oportunidades?

¹³⁰ Ver NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. Em verdade, a afirmação “todos são livres” nada mais é do que “todos são igualmente livres”. A igual fruição da liberdade é, por si só, um argumento de igualdade. Nesse sentido, apontando o intento igualitário mesmo nos defensores do libertarianismo, ver JOWELL, Jeffrey. *Equality as Constitutional Principle. Current Legal Problems*. V. 47. Oxford: Oxford University Press, 1994, p 5.

¹³¹ A consideração é de SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 13. Sobre o tema, abordando a igualdade na perspectiva de Stuart Mill, ver GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p. 67 e ss.

¹³² Dentre muitas, aquela exposta por RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971 e aquela de DWORKIN, Ronald. What is Equality? Part 2: Equality of Resources. In: *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, No. 4, 1981, pp. 283-345.

¹³³ É exemplo disso a “Crítica ao Programa de Gotha”, de Marx. MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*, 1875, disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/gotha.pdf>, acesso em 25.01.2014.

¹³⁴ BOBBIO, Noberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 1995, p. 26.

¹³⁵ SILVESTRI, Gaetano. Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell’Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 8.

Do ponto de vista formal, poder-se-ia dizer que há igualdade de oportunidades se ninguém enfrenta nenhum “*legal or quasi-legal obstacle*”¹³⁶ que não seja também enfrentado por todos os outros. A fragilidade de tal aceção está em ignorar os efeitos das diferenças pré-existentes¹³⁷. Como conciliar, entretanto, a necessidade de equalizar o ponto de partida, permitindo a todos as mesmas chances de obtenção dos *resultados* pretendidos, à exigência de liberdade básica relativa à vedação de discriminações arbitrárias, tendo em vista a regra básica da economia segundo a qual as necessidades são ilimitadas, mas os recursos escassos?¹³⁸

O conceito de igualdade de oportunidades, já em uma concepção *substancial*, é normalmente definido na literatura como “*equal availability of some particular means*” (igual disponibilidade de determinados bens básicos)¹³⁹. Essa posição, apesar de impor uma atitude positiva (o Estado tem de garantir certas necessidades básicas, sem as quais será desigual o ponto de partida¹⁴⁰) - assegução mais qualificada que aquela da mera imposição dos mesmos obstáculos (de cunho negativo) -, não permite, por si só, uma plena igualdade de chances. Isso porque “*the personal and social characteristics of different persons, which can differ greatly, can lead to substantial interpersonal variations in the conversion of resources and primary goods into achievements*”¹⁴¹. Em suma, as diferenças pessoais podem impor, dentro de

¹³⁶ A expressão é de PHILIPS, Derek L. *Equality, Justice and Rectification. An exploration in normative sociology*. Londres: Academic Press, 1979, p. 44.

¹³⁷ Certos determinismos pré-estabelecidos podem significar, diante das mesmas restrições, diferentes modos de encará-las e, possivelmente, diferentes resultados.

¹³⁸ FLEW, Anthony. *Equality in Liberty and Justice*. New Jersey: Transaction Publishers, 2001, p. 175. A partir de uma visão libertária, partindo de Hayek, Flew defende uma concepção restritiva do conceito de igualdade de oportunidades: “The second ideal of equality is always called equality of opportunity. But it would be much better, because less potentially misleading, to speak of fair and open competition for scarce opportunities”.

¹³⁹ SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 7.

¹⁴⁰ Defendendo essa posição, com ampla discussão acerca do tema ver RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971. Na literatura brasileira, para uma síntese do debate entre Sen e Rawls ver DE VITA, Álvaro. *O Liberalismo Igualitário*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, em especial o capítulo 3.

¹⁴¹ SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 38. Para ilustrar a diferença entre a teoria que privilegia a igualdade de meios (*means* ou *basic goods*) e o seu “capability approach”, Sen assim explica: “To illustrate the point, consider two persons 1 and 2, with 2 disadvantaged in some respect (e.g. physical disability, mental handicap, greater disease proneness). They do not have the same ends or objectives, or the same conception of the good. Person 1 values A more than B, while 2 has the opposite valuation. Each values 2A more than A, and 2B more than B, and the orderings of the two (representing the relevant parts of their respective ‘comprehensive doctrines’) are the following:

Person 1	Person 2
2A	2B
2B	2A

um mesmo quadro de bens básicos, diferentes espaços de *potencialidade de conversão desses bens em resultados práticos*. Parece mais adequada, assim, a noção de “*basic capacity equality*”, proposta por Amartya Sen¹⁴².

Para Sen, ostentar “*basic capabilities*” significa estar apto para fazer certas coisas¹⁴³. O foco está na potencialidade de obtenção dos resultados pretendidos (e não apenas nos meios), o que permite um equilíbrio no desempenho das próprias capacidades pelo indivíduo, que, diante da potencialidade de desempenhar estas capacidades, tem a liberdade de agir ou não. Em outras palavras, Sen propõe uma mudança de perspectiva, *dos meios necessários para viver, para as reais oportunidades de viver-se da forma pretendida*¹⁴⁴. O conceito de “*capability*”, portanto, é o da série de vetores de “*functionings*”¹⁴⁵, que refletem a liberdade da pessoa em seguir um tipo de vida ou outro. O conceito de “*functioning*” está ligado aos elementos constitutivos de bem-estar. A pessoa deve ter capacidade de “funcionar” e para isso deve dispor de um arranjo mínimo (variável segundo suas características pessoais) de condições. O “*capability set*” reflete a liberdade da pessoa em escolher dentre possíveis estilos de vida¹⁴⁶. Daí porque o foco nas “*capabilities*” não está naquilo que a pessoa de fato alcança, mas naquilo que ela pôde (e pode) fazer, mesmo que escolha não fazer uso

A	B
B	A

With the given set of primary goods, person 1 can achieve 2A or 2B, also—though there may be no great merit in this—A or B. On the other hand, given 2’s disadvantage, with the very same primary goods, she can achieve only A or B. Person 1 proceeds to achieve 2A (the best feasible outcome for him), while 2 settles for B (the best feasible outcome for her). The problem is not just that 2 is at a disadvantage in terms of one particular comprehensive doctrine (her own or that of person 1), but she has a worse deal than 1 no matter which comprehensive doctrine we take. Equality of primary goods has given 2 less freedom to achieve and not just less achievement with respect to some *one* comprehensive doctrine.” SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 84.

¹⁴² SEN, Amartya. Equality of What?. In: McMurrin S. *Tanner Lectures on Human Values*, V. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1980, pp. 197-220.

¹⁴³ SEN, Amartya. Equality of What?. In: McMurrin S. *Tanner Lectures on Human Values*, V. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1980, p. 218.

¹⁴⁴ SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. London: Allen Lane, 2009, p. 234. A grande diferença dessa perspectiva com relação àquelas defendidas por RAWLS, por exemplo, é explicitada por Sen: “The importance of the contrast once again turns on the fundamental diversity of human beings. Two persons holding the same bundle of primary goods can have very different freedoms to pursue their respective conceptions of the good (whether or not these conceptions coincide). To judge equality – or for that matter efficiency – in the space of primary goods amounts to giving priority to the *means* of freedom over any assessment of the *extents* of freedom, and this can be a drawback in many contexts”. SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 8.

¹⁴⁵ A tradução da expressão “functioning”, que está no centro da teoria de Sen é bastante equívoca, pois mesmo na língua original aparece como um neologismo. O termo “funcionalidades” é o que melhor se aproxima do seu sentido original.

¹⁴⁶ SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 40

dessa oportunidade¹⁴⁷. Dessa forma, a “*capability*” reflete a liberdade de perseguir esses elementos constitutivos¹⁴⁸.

O chamado “*capability approach*”, portanto, tem um foco informacional, no julgamento e na comparação das vantagens individuais gerais, mas não propõe qualquer fórmula específica sobre como essa informação pode ser usada¹⁴⁹. Aponta para a necessidade de examinar a liberdade para alcançar o bem-estar, em geral, e as capacidades para atingi-la, em particular¹⁵⁰. Propõe-se, assim, uma correção de foco: não mais os meios, mas a efetiva igualdade de potencialmente ter oportunidades de alcançar certas finalidades¹⁵¹.

Amartya Sen preocupa-se, por isso, com o espaço de avaliação da pessoa em termos de funcionalidades (elementos constitutivos de seu bem-estar) e capacidades para exercê-las (obtenção dos meios necessários para tanto)¹⁵². As capacidades são primordialmente reflexos de liberdade para alcançar certas funcionalidades valorizadas pela pessoa. O foco está, assim, na liberdade em si, mais do que nos meios para alcançá-la. Como as funcionalidades são elementos constitutivos de seu bem-estar, as capacidades representam a liberdade da pessoa em alcançar, se assim quiser, o seu bem-estar¹⁵³.

A contribuição da teoria de Amartya Sen para a compreensão da igualdade

¹⁴⁷ SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. London: Allen Lane, 2009, p. 235.

¹⁴⁸ “In contrast, functionings belong to the constitutive elements of well-being. Capability reflects freedom to pursue these constitutive elements, and may even have — as discussed earlier in this section — a direct role in wellbeing itself, in so far as deciding and choosing are also parts of living”. SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 42.

¹⁴⁹ SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. London: Allen Lane, 2009, p. 232.

¹⁵⁰ SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 129.

¹⁵¹ SEN, Amartya. *The Idea of Justice*. London: Allen Lane, 2009, p. 234.

¹⁵² SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 43.

¹⁵³ SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 49. Em outro trecho do mesmo livro, Sen explicita a vantagem de sua teoria em relação às perspectivas da teoria igualitária de justiça de John Rawls: “Since the conversion of these primary goods and resources into freedom of choice over alternative combinations of functionings and other achievements may vary from person to person, equality of holdings of primary goods or of resources can go hand in hand with serious inequalities in actual freedoms enjoyed by different persons. The central question, in the present context, is whether such inequalities of freedom are compatible with fulfilling the underlying idea of the political conception of justice. In the capability-based assessment of justice, individual claims are not to be assessed in terms of the resources or primary goods the persons respectively hold, but by the freedoms they actually enjoy to choose the lives that they have reason to value. It is this actual freedom that is represented by the person’s ‘capability’ to achieve various alternative combinations of functionings”. SEN, Amartya. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992, p. 81.

de oportunidades está justamente em desviar a atenção dos meios supostamente necessários para atingir determinado *status* de dignidade, preocupação que desconsidera as diferenças entre os indivíduos, já que estes podem fazer uso desses bens ou meios das mais variadas formas, podendo alcançar resultados absolutamente díspares mesmo que não desejassem essa disparidade. Assim, focando no espaço de liberdade necessário para o alcance de certas finalidades, quaisquer que sejam elas, o foco está na potencialidade (privilegiando assim a liberdade) de que cada um atinja esse *status* (que será variável para cada um), e não nos meios para atingi-lo (preocupação que tende a ser *uniforme* e, portanto, *estática*).

A partir da compreensão do problema relativo à possibilidade de distinções arbitrárias na lei, buscou-se a consolidação de critérios para seu controle, legitimando-se, assim, certas diferenciações quando presente justificativa constitucionalmente relevante. Nessa postura ativa que se espera do legislador (e, dentro de seu espaço de atuação, do próprio aplicador), por meio da desigualdade de tratamento, pretende-se proporcionar uma igualdade fática em determinadas características tidas por essenciais. O direito à igualdade, assim, funcionando como um “meta direito social”, consiste na expectativa positiva de remoção dos obstáculos que impedem o desenvolvimento da pessoa e a sua participação na vida política, econômica e social¹⁵⁴. A teoria das capacidades de Amartya Sen permite que se construa uma estrutura de capacidades, aberta às finalidades constitucionalmente relevantes em determinado arcabouço normativo, para sujeitos específicos, constituindo útil instrumento para a conceituação da igualdade em uma perspectiva *micro*, ou seja, *interna* ao processo, o que será objeto de atenção adiante.

1.2.2. A isonomia perante o direito.

1.2.2.1. A superação da igualdade formal como mera igualdade perante a lei.

O conceito de *igualdade perante a lei* demonstrou-se insuficiente para a proteção da igualdade em razão de dois problemas. Com relação ao primeiro deles, buscou-se demonstrar como se deu o desenvolvimento da noção de igualdade *na* lei,

¹⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. I, p. 791.

como resposta ao fato de que a noção de *igualdade perante a lei* permite a efetivação de discriminações no próprio *conteúdo* da lei (ainda que sua aplicação fosse *uniforme*), distinguindo-se a igualdade de fato da igualdade jurídica, demonstrando-se a significação da igualdade como *meio* e como *fim*, até chegar-se ao conceito da igualdade de oportunidades como mais adequado para responder a pergunta “*igualdade em quê?*”. Entretanto, as considerações acima expostas não são suficientes para superar o segundo problema apontado, identificado com os mitos da *univocidade* e da *completude* dos textos jurídicos. Tendo em vista a problemática da noção de *igualdade de todos perante a lei* compreendida como a *uniformidade na aplicação das leis codificadas*, passa-se a necessitar de outros instrumentos voltados à obtenção dessa *igualdade de tratamento de todos perante o direito*.

Não há como deixar de atentar ao fato de que os textos jurídicos sofrem problemas de dupla indeterminação¹⁵⁵, quais sejam, a sua *equivocidade* (entendida como ambiguidade - texto pode exprimir A ou B -, complexidade – texto exprime A, mas pode exprimir também B -, implicação - texto exprime A, mas isso pode implicar B - e defectibilidade - texto exprime A, exceto se algo ocorre) e sua *vagueza* - impossibilidade de a linguagem prever todas as situações de possível recondução ao seu campo de aplicação. Da indeterminação do seu significado deriva a consequência de que cada texto normativo exprime, ao menos potencialmente e/ou diacronicamente, uma pluralidade de significados alternativos, admitindo-se diversas interpretações, cada uma delas correspondendo a uma diversa norma¹⁵⁶. Além disso, a interpretação jurídica impõe o exame de elementos *extratextuais*: a interpretação envolve outros elementos - *pressupostos* ou *referidos* pelos textos para compreensão do seu sentido -, como fatos, atos, costumes, finalidades e efeitos¹⁵⁷. Tudo isso se agrava pelo incremento no uso da

¹⁵⁵ Sobre o assunto, com absoluta clareza e didatismo, GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, pp. 39-61.

¹⁵⁶ No original: “L’indeterminatezza del significato dei testi normativi consiste in questo: che ogni testo normativo esprime – almeno potenzialmente e/o diacronicamente – una pluralità di significati alternativi (ossia, ammette diverse interpretazioni, a ciascuna delle quali corrisponde una diversa norma)”. GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 59.

¹⁵⁷ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. In *Revista Direito Tributário Atual*. nº 29. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 181-204, em especial pp. 188-190.

técnica legislativa aberta¹⁵⁸ e por uma transformação ocorrida no plano da teoria das normas¹⁵⁹.

Nessa medida, a noção de *igualdade perante a lei*, identificada como a *uniforme* aplicação da lei (entendida aqui como descoberta de um sentido pré-existente à atividade interpretativa), deixa de assegurar a efetiva igualdade de tratamento, visto que é da essência da atividade interpretativa a pluralidade de significados textuais. A crença na *univocidade* e *certeza* do significado normativo dos textos, ao contrário do que supostamente assegura, passa a funcionar como fator de cegueira para o problema inverso da *não-uniformidade* das decisões judiciais para casos iguais. O juiz, que se supunha mero reproduzidor das palavras do legislador, passa a reconstruir o direito por meio de suas decisões judiciais, uma vez que toma consciência de que a sua atividade envolve mais do que a mera descoberta do sentido unívoco da disposição legal.

De outro lado, o direito positivo, que como reflexo da modernidade buscava na figura do código a *perfeição, completude e plenitude*, supostamente exaurindo todas as situações da vida em suas previsões, assentando nessas características o ideal de *cognoscibilidade e calculabilidade* do direito¹⁶⁰, passa por um processo de *pluralização* de leis e disposições, no plano *interno* e *externo*, do que deriva um aumento considerável da ocorrência de antinomias (*reais e aparentes*) e uma dificuldade na sistematização dos instrumentos normativos, que se agrava pela velocidade cada vez maior das transformações sociais (que não é acompanhada pelo legislador), resultando, assim, um também maior número de lacunas¹⁶¹.

¹⁵⁸ Sobre a mudança no plano da técnica legislativa e para uma definição de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 324-327; MARTINS-COSTA, Judith. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de informação legislativa*, v.28, nº 112. Brasília: Senado Federal, 1991, pp. 13-32.

¹⁵⁹ Sobre a transformação no plano da teoria das normas, para uma distinção entre regras, princípios e postulados, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

¹⁶⁰ Isso porque a certeza é um elemento intrínseco do próprio direito: ou o direito é certo ou não é nem mesmo direito. Sobre o tema ver, BOBBIO, Norberto. La certezza del diritto è un mito. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno XXVIII, Serie III, 1951, p. 150.

¹⁶¹ GUASTINI, Riccardo. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998, em especial pp. 163-169 e 215-242 e CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, pp. 169-293.

A conjugação desses dois fatores tornou inviável a promoção da *uniformidade de tratamento* com base na mera *aplicação da mesma lei para todos*, tornando imprescindível a busca por meios adequados para a conformação da *unidade do direito* (constitucional e infraconstitucional) *diante da sua interpretação*. Fez-se necessário, portanto, redimensionar o significado da *igualdade perante a lei*, com vistas à promoção da desejada *uniformidade na aplicação do direito*, ideal não mais cumprido pela mera garantia de *prevalência da lei*.

Uma vez assentadas as premissas que demonstram a inadequação do modelo que buscava nas disposições textuais a segurança necessária para o tráfego jurídico, impõe-se pensar a *igualdade diante das normas*, que são reconstruídas pelo intérprete. A promoção de uma *igualdade perante o direito* passa pelo redimensionamento do papel da interpretação jurídica, que se torna tarefa compartilhada do legislador e do intérprete. A partir do respeito a casos pretéritos¹⁶², constrói-se um sistema de justiça dotado de *consistência*¹⁶³, que permita a *universalização* das respectivas soluções jurídicas e que enfrente com *racionalidade* os casos judiciais.

¹⁶² “Following precedent is closely related to consistency, because it involves consistency over time - between one case and a previous one”. BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 89.

¹⁶³ A discussão em torno do conceito de *consistência* (e de sua relação com o conceito de *coerência*) não é objeto do presente trabalho. De todo modo, cumpre estabelecer, desde logo, que a utilização, no presente trabalho, da expressão “consistência” dá-se indistintamente (quicá de modo arbitrário) ao uso da expressão “coerência formal”. A tônica está na exigência de que o ordenamento não conviva com contradições na resolução de casos iguais (ou similares). A “consistência” para o presente trabalho está ligada primordialmente à exigência de não-contradição e unidade, permitindo-se, com isso, um mínimo de calculabilidade e cognoscibilidade para o jurisdicionado. Nesse sentido, ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 342; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 169-170; MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 248. A consistência exigida aqui é elemento de um conceito mais abrangente: a racionalidade (PECZENIK, Aleksander. *The Basis of Legal Justification*. Lund: Aleksander Peczenik, 1983, p. 84). Ou, de outro modo, a consistência entendida como uma condição necessária (mas não suficiente) de coerência: “To be more precise, consistency is a necessary but not sufficient condition of coherence” (PECZENIK, Aleksander. *On Law and reason*. Dordrecht: Springer, 2009, p. 131). De certa forma, o presente trabalho utiliza a noção de consistência como componente da coerência conforme exposto por Melvin Eisenberg ao tratar da “dupla coerência” (EINSENBERG, Melvin. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1ª Ed Paperback, 1991, pp. 44 e ss.). A consistência é aqui compreendida como um componente da “coerência normativa” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 249 e ss.). São circunstâncias que contribuem para a coerência as seguintes: (1) o maior número possível de enunciados sustentados (*supported*) que pertençam a uma teoria; (2) a cadeia de razões o mais extensa possível pertencente a essa teoria; (3) o maior número possível de enunciados rigorosamente sustentados (*strongly supported*) pertencentes à teoria; (4) o maior número possível de cadeias de sustentação pertencentes à teoria; (5) o maior número possível de relações de preferência entre os princípios que fazem parte da teoria; (6) o maior número e a maior complexidade possíveis de relações

1.2.2.2. O conceito de isonomia perante o direito.

Está na base de qualquer compreensão de igualdade a noção da igualdade de tratamento. Embutido no conceito de *igualdade perante a lei*, o ideal de tratamento uniforme dos indivíduos em situações idênticas, como mero requisito de justiça formal, acabou esquecido por uma prática judiciária que, conformada às inúmeras vicissitudes inerentes à tarefa interpretativa, não logrou êxito na asseguuração de uma *real uniformidade de tratamento*. A exigência de *igualdade perante a lei*, assim, resumiu-se à obrigação de *aplicar a lei para todos*, indistintamente. Pouco importa, pois, à prática judiciária, que ela seja *aplicada a todos* de modo *não-uniforme*: a deturpação da mais basililar regra de justiça formal não parece estar no centro das preocupações de nossa justiça civil. Preferindo preservar o dogma da separação de poderes¹⁶⁴, encobre-se a necessidade de construção de um instrumento capaz de garantir a *igualdade diante das decisões judiciais* e, em razão disso, desconsidera-se a funesta consequência que deriva dessa despreocupação¹⁶⁵.

de sustentação recíproca (*reciprocal supportive relations*) entre os vários enunciados pertencentes à teoria; (7) o maior número possível de enunciados universais pertencentes à teoria; o maior número possível de conceitos gerais pertencentes à teoria; o maior número possível de semelhanças entre os conceitos usados nela; (8) o maior número possível de interconexões entre várias teorias; (9) o maior número possível de casos cobertos pela teoria; e (10) o maior número possível de esferas da vida cobertas pela teoria” (BUSTAMANTE.Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, pp. 358-359). Daí porque se prefere a utilização do termo consistência (menos abrangente) em detrimento do uso da expressão coerência (mais abrangente). Sobre a discussão envolvendo o conteúdo do conceito de coerência, tema que foge ao escopo desse trabalho, ver ALEXY, Robert; PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. *Ratio Juris*, v.. 3, nº 1, 1990, pp. 130-147; MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory* (1978). Oxford: Clarendon, 1994, pp. 152-194; MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: PECZENIK, Aleksander (coord.). *Theory of legal science*. Dordrecht: Reidel, 1984, pp. 235-251; MICHELON, Claudio. Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (coord.). *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 261 e ss.; MICHELON, Claudio. Las Razones de la Coherencia. In: *Discusiones: La coherencia en el derecho*, nº X, 2011, Doxa, pp. 139-153. O emprego do conceito de consistência como componente de um conceito maior de coerência afasta-se ainda da concepção de Dworkin (DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp. 271 e ss.) de direito como integridade.

¹⁶⁴ Especificamente à noção ligada ao ciclo constitucional francês, no qual o dogma se estruturou segundo a premissa de que caberia ao legislativo a *criação* e ao judiciário a mera *declaração* da lei. Por todos, MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Trad. Nicolas Estevanez. Buenos Aires: Heliasta, 1984.

¹⁶⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 64.

Não há dúvida de que está na base de qualquer conceito de justiça, ainda que formal, a máxima “*treat like cases alike*”¹⁶⁶. Essa concepção da *igualdade perante o direito* é um padrão mínimo exigido de uma sociedade democrática¹⁶⁷, um princípio básico de administração da justiça¹⁶⁸. Não é possível haver justiça social geral sem que haja *uniformidade no tratamento*, que era supostamente garantida pela *univocidade e completude* dos textos legais, o que, na prática, demonstrou-se um mito, tendo em vista as já tratadas *dupla indeterminação e pluralização* dos textos legislativos. Se não é possível garantir esta uniformidade por meio da mera aplicação indistinta da lei para todos, a busca pela *igualdade perante o direito* requer outras soluções.

Igualdade perante o direito significa, portanto, mais do que a mera prevalência da lei, tanto que é vista como uma terceira dimensão da própria igualdade¹⁶⁹. A fidelidade à lei, entendida como fidelidade a um conjunto de preceitos unívocos preexistentes à interpretação/aplicação, é um ideal irrealizável. No máximo, pode-se aspirar a uma fidelidade aos valores fundamentais incorporados pelo direito positivo; uma fidelidade, portanto, dinâmica e ativa, mas abstrata¹⁷⁰. Em concreto, a *uniformidade de tratamento* só existe diante das decisões judiciais. O Direito não pode mais ser compreendido como um objeto previamente dado pelo legislador, o qual o juiz deve apenas *declarar*¹⁷¹. Daí porque falar em *igualdade perante o direito* é falar em *igualdade diante das decisões judiciais*.

Seu núcleo de significação é simples: toda a disposição textual deve ser aplicada e interpretada a todo caso que se amolde ao seu suposto de fato e a nenhum caso que nele não se enquadre. Mas a mesma disposição, aplicada a todo caso que se amolde ao seu suposto de fato, deve ser interpretada de modo *uniforme*. Significa dizer: as disposições jurídicas devem ser respeitadas, mas dada a indeterminação do seu texto, deve haver uma esfera decisória que permita uma *uniformidade de interpretação*. Se a

¹⁶⁶ Para essa discussão, acerca do conteúdo da máxima e seu caráter formal ou material ver WINSTON, Kenneth. On treating like cases alike. *California Law Review*, Vol. 62, nº 1, jan., 1974, pp. 1-39.

¹⁶⁷ CRANSTON, Ross. *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 217.

¹⁶⁸ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 3.

¹⁶⁹ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p.150.

¹⁷⁰ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p. 145.

¹⁷¹ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 15.

aplicação do direito envolve sempre, em concreto, um desenvolvimento normativo da norma aplicável (uma reconstrução de sentido), a unidade do direito não se garante apenas pela lei, independentemente da atividade do judiciário¹⁷². *Igualdade perante o direito*, pois, significa não só a prevalência de uma lei abstrata e geral, típica do estado de direito de matriz liberal e, portanto, a relação de universalidade que identifica uma classe de pessoas na titularidade dos mesmos direitos, mas também a garantia de que, na prática, casos iguais sejam tratados de forma igual. Esse o redimensionado sentido da *igualdade perante o direito* (e não mais apenas *igualdade perante a lei*).

Como ficou claro, a noção de *igualdade perante a lei* como garantia de *tratamento uniforme* baseava-se no mito da *univocidade dos textos* legais. Todo texto legal teria tão somente um significado verdadeiro, que deveria ser descoberto e/ou conhecido pelo intérprete, ao qual bastava externar o sentido pré-existente da lei. A norma, portanto, era o objeto da interpretação. Havendo apenas um sentido pré-determinado bastaria a “aplicação da norma” a todos os casos indistintamente para se assegurar a *uniformidade no tratamento*. Porém, texto e norma não se confundem: a norma é o resultado da interpretação dos textos¹⁷³. A compreensão de que os *textos legais* são o *objeto* da interpretação e as *normas* são seu *produto*, em uma atividade cognitiva mas também necessariamente volitiva, pela qual o intérprete reconstrói a ordem jurídica outorgando significado às disposições textuais exige, portanto, a remodelação das relações entre legislador e intérprete com o fito de ressignificar a noção de igualdade para além da mera aplicação indiscriminada da lei. Passa a ser necessário, assim, compreender a igualdade como *igualdade perante o direito*, ou seja, como a exigência de tratamento *uniforme diante das decisões judiciais*.

¹⁷² CASTANHEIRA NEVES, Antonio. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de ‘revista’. In: *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Vol. I, p. 525.

¹⁷³ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, p. 38. Para uma abordagem crítica e sistemática dessa distinção entre texto e norma, ver GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, em especial primeiro capítulo. No direito brasileiro, ver ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014 e GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. A interpretação / aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013. Para uma abordagem processual do problema, ver MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 75.

1.2.2.3. Texto, norma e interpretação-resultado, as teorias lógico-argumentativas da interpretação e a segurança jurídica pela consistência das decisões judiciais.

O jurista, e mais especificamente o juiz, trabalha com textos. Estas disposições textuais são problemáticas, podendo sempre exprimir significados diversos e alternativos. Isso se dá por uma série de fatores, dentre os quais a pluralidade de métodos hermenêuticos, as características de indeterminação da própria linguagem jurídica, o caráter sistemático da estrutura do ordenamento, a multiplicidade de exceções e ampliações de sentido apontadas pela doutrina e mesmo a evolução do pensamento humano e o pluralismo de opiniões¹⁷⁴. Por isso, é da natureza do direito o ato de *interpretar* textos normativos. A interpretação constitui o banco de prova do operador; o cultor do direito que não saiba como interpretar não é um jurista¹⁷⁵.

A doutrina costuma identificar ao menos dois sentidos usuais para o vocábulo *interpretação* em seu sentido jurídico: ora entendido como a atividade, ora como o produto dessa atividade¹⁷⁶. A interpretação, como atividade, é um processo mental; a interpretação, como resultado desse processo, é um discurso¹⁷⁷. No primeiro sentido, esse processo (atividade) pode ser decomposto em três operações: a análise do texto, a decisão sobre seu significado e a argumentação dessa decisão¹⁷⁸. No segundo sentido (o discurso), trata-se do resultado da interpretação textual de uma disposição. Em outras palavras, um enunciado (normativo) que poderá se diferenciar da própria disposição interpretada (texto)¹⁷⁹. Esse produto do processo interpretativo é a *tradução* da disposição na norma que será usada como premissa normativa da decisão do caso¹⁸⁰, com base nas opções e operações hermenêuticas do intérprete¹⁸¹. A atividade desse consiste, portanto, em (re)constituir significados¹⁸², transformando uma expressão (o

¹⁷⁴ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 144.

¹⁷⁵ CHIASSONI Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 9.

¹⁷⁶ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 39 e ss.; DICIOTTI, Enrico. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Torino: Giappichelli, 1999, p. 57.

¹⁷⁷ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 14.

¹⁷⁸ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 14.

¹⁷⁹ CHIASSONI Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 125.

¹⁸⁰ CHIASSONI Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 123.

¹⁸¹ CHIASSONI Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 49.

¹⁸² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53.

texto) em outra (a norma)¹⁸³. Dessa forma, entendendo-se por *interpretação* a verificação do sentido da norma a ser aplicada¹⁸⁴, o resultado dessa atividade só pode ser a verificação da sua moldura, que representa o reconhecimento de várias possibilidades interpretativas¹⁸⁵.

Entretanto, dizer que a norma é resultado da interpretação não significa dizer que este resultado (*interpretação-resultado*) esteja absolutamente destituído de qualquer limite ou não seja controlável objetivamente. Não existem critérios que permitam individualizar um só resultado interpretativo correto em um conjunto de resultados interpretativos possíveis e contrastantes: não há resposta correta¹⁸⁶. É possível, entretanto, distinguir os significados que *não* podem ser adscritos a determinada disposição¹⁸⁷. Embora seja essa uma atividade volitiva (decisória), há limites à interpretação, que são dados pelos usos linguísticos, pelos métodos de interpretação geralmente aceitos e pelas teorias dogmáticas existentes¹⁸⁸. Fora disso não há interpretação, mas criação de uma norma nova. Os enunciados só podem ser considerados juridicamente legítimos se puderem ser intersubjetivamente controláveis, ou seja, estruturados sistemática e consistentemente, respeitando condições de racionalidade lógica e do discurso¹⁸⁹. Interpretação é, pois, a atribuição de significado que se encontre nos limites dos significados admissíveis¹⁹⁰, respeitando-se os sentidos

¹⁸³ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. A interpretação / aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 25.

¹⁸⁴ “Atividade que se presta a transformar *disposições (textos, enunciados)* em *normas*, a interpretação é meio de expressão de *conteúdos normativos* das *disposições*, meio através do qual o intérprete desvenda as *normas* contidas nas *disposições*. Interpretar é atribuir um significado a um ou vários símbolos escritos em um *enunciado normativo*, O *produto* do ato de interpretar, portanto, é o *significado* atribuído ao *enunciado* ou *texto (preceito, disposição)*”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. A interpretação / aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 37.

¹⁸⁵ “É da natureza dos sistemas jurídicos, já que as fontes de Direito que eles reconhecem incluem frases formuladas em linguagem corrente, que eles possam dar lugar a conjuntos mutuamente contraditórios de formulações normativas. Isso decorre do truísmo relativo à “textura aberta” dos termos utilizados na linguagem ordinária”. MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 70. A temática não é nova. Sobre isso, ver KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3ª Ed. revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2003, p. 116.

¹⁸⁶ DICIOTTI, Enrico. *Verità e certezza nell'interpretazione della legge*. Turim: Giappichelli, 1999, p. 79.

¹⁸⁷ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007, p. 145.

¹⁸⁸ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. In *Revista Direito Tributário Atual*. n° 29. São Paulo: Dialética, 2013, p. 195.

¹⁸⁹ ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. In *Revista Direito Tributário Atual*. n° 29. São Paulo: Dialética, 2013, p. 195.

¹⁹⁰ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 61.

intersubjetivados dos quais o intérprete não pode se afastar¹⁹¹. De forma ilustrativa, é possível dizer “ $D \neq S1 + S5$ ” e “ $D = S2 + S3 + S4$ ”.

A interpretação jurídica é um processo discursivo baseado em argumentos, estruturado por métodos e guiado por teorias¹⁹². O processo de reconstrução de significados pressupõe, por isso, uma concepção *lógico-argumentativa* da interpretação jurídica¹⁹³. Apesar de não ser suficiente, a lógica é importante, pois controla a relação entre a norma jurídica aplicável e os fatos devidamente apurados¹⁹⁴, circunscrita assim ao terreno da aferição dos nexos entre proposições e enunciados¹⁹⁵. De outro lado, a lógica também funciona como controle do discurso justificativo interno da decisão judicial, impondo a essa sua *completude e não-contradição*: será logicamente racional a decisão cuja conclusão logicamente siga (seja deduzível das) as premissas explicitadas na sentença. Trata-se, assim, de uma exigência de racionalidade formal¹⁹⁶.

De outro lado, a argumentação tem o papel principal de permitir o adequado controle das individualizações, valorações e escolhas (pois, como já se deixou claro, *interpretar é reconstruir sentidos*) feitas pelo intérprete¹⁹⁷. O direito é reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que precisam ser conectados a elementos factuais no processo de aplicação do direito¹⁹⁸. A argumentação tem um papel fundamental nessas duas atividades do processo interpretativo: uma decisão é racionalmente justificada (*justificação externa*) se todas as premissas – normativas, relativas à escolha e interpretação da norma aplicável, e factuais, relativas à apreciação

¹⁹¹ “O intérprete não é um criador *ex nihilo*. Produz a norma não, porém, no sentido de fabricá-la, mas no de reproduzi-la. O produto da interpretação é a norma expressada como tal. Mas ela (a norma) parcialmente preexiste, potencialmente, no invólucro do texto, invólucro do enunciado normativo. Ela se encontra apenas parcialmente nele involucrada, porque a realidade também a determina”. GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. A interpretação / aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 44. Nesse mesmo sentido, porém expresso de outro modo, ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 335.

¹⁹² ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. In *Revista Direito Tributário Atual*. nº 29. São Paulo: Dialética, 2013, p. 204.

¹⁹³ TARELLO, Giovanni. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980, pp. 75-99.

¹⁹⁴ TARUFFO, Michele. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975, p. 158.

¹⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 59.

¹⁹⁶ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p. 14.

¹⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 60.

¹⁹⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 144.

da prova – das quais se deduz a decisão são racionalmente justificadas, ou seja, objetiva e racionalmente controláveis¹⁹⁹. São necessárias razões que sustentem as individualizações, valorações e escolhas feitas pelo intérprete, mediante a adoção de modelos metodológicos válidos de raciocínio²⁰⁰.

Como contrapartida à compreensão de que é ínsita ao direito a possibilidade de um mesmo dispositivo comportar mais de um significado torna-se mais claro o papel da consistência no decorrer do tempo e entre as decisões judiciais²⁰¹. Se é verdade que a noção de *igualdade perante a lei* alicerçava-se, dentre outros pressupostos, no mito da *univocidade e completude dos textos legislativos*, a noção ora proposta de *igualdade perante o direito* impõe a busca pela segurança jurídica também em outro plano²⁰². Não bastando a mera prevalência da lei, a necessidade de *tratamento igual dos casos iguais* impõe também a aceitação de que alguém tem de dar a “última palavra” no que diz respeito à interpretação das disposições textuais e de que essa “última palavra” deve ser respeitada pelos demais polos decisórios hierarquicamente inferiores, sob pena de o ordenamento incorrer no problema da pluralidade de decisões para casos análogos, situação absolutamente contrária ao ideal de *uniformidade de tratamento*, que está na base no mandamento isonômico.

Agregam-se à exigência de segurança jurídica relativa à elaboração dos textos legislativos também preocupações no que diz respeito à interpretação desses

¹⁹⁹ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p. 14. Sobre o tema da justificação interna e externa ver também WROBLEWSKI, Jerzy. *The judicial application of law*. Dordrecht: Springer Science + Business Media Dordrecht, 1992, pp. 209 e ss.

²⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 60.

²⁰¹ “A consistência no decorrer do tempo e entre decisões importa para o Direito e importa para a justiça. Um sistema que exige razoável clareza das resoluções dos juízes pode também exigir que eles as testem em função de sua aceitabilidade dentro do conjunto de casos reais e hipotéticos aos quais tais resoluções se aplicariam. Só assim pode a consistência racional ser razoavelmente perseguida, com a possibilidade, sem dúvida, de que os precedentes sejam revisados.” MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 208.

²⁰² “Esta unidade e ausência de contradição, que implica coerência, é para o Direito uma exigência normativa, postulada pelo Princípio da Igualdade: assegura-se com a unidade e a ausência de contradição da lei, a igualdade de sua aplicação, e isto está diretamente ligado com os valores certeza e segurança. O Princípio da Igualdade é, por assim dizer, a expressão do princípio da Justiça e a afirmação da idéia de Direito, exigindo a racionalidade de uma ordem como a unidade da não contradição normativa”. TABORDA, Maren Guimarães. O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: conteúdo, alcance e direções. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, v. 11, n. 12, 1998, p. 104.

textos²⁰³. A *aplicação indistinta da lei* para todos, que está na base do respeito à *legalidade*, passa a compreender também a exigência de *interpretação uniforme das disposições textuais*, que impõe o respeito aos *precedentes judiciais*. A segurança pela *univocidade* é substituída pela segurança pela *consistência*, compreendida, em seu sentido material e dinâmico, como a exigência de aplicação uniforme das normas, permitindo que o cidadão, conhecendo as consequências normativas atribuídas a atos ou fatos análogos, possa antecipar a imposição da mesma consequência para atos similares que venha a praticar²⁰⁴.

A consistência é um aspecto do tratamento justo relacionado à exigência de tratamento equânime, não bastando a noção primitiva de equidade (B deve ser tratado da mesma forma que A, por serem iguais), sendo também necessário considerar as similitudes e diferenças *pertinentes* no momento dessa uniformização²⁰⁵. Essa exigência de consistência das decisões judiciais no tempo e no espaço requer um redimensionamento do papel do precedente judicial²⁰⁶: a igualdade, da qual se deduz a exigência de consistência, exige que o judiciário se vincule aos seus precedentes²⁰⁷. Trata-se de garantir que casos iguais sejam tratados de forma igual, permitindo, assim, *uniformidade de tratamento diante das decisões judiciais*. A igualdade não impede o desenvolvimento e aperfeiçoamento do direito, mas impõe a necessidade de uma certa autovinculação da jurisprudência²⁰⁸. Somente um sistema jurídico dotado de

²⁰³ “Se a previsibilidade não depende da norma em que a ação se funda, mas da sua interpretação judicial, é evidente que a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato”. MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 312.

²⁰⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 342.

²⁰⁵ GALLIGAN, Denis James. *Due Process and Fair Procedures. A study of administrative procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 421

²⁰⁶ “The link with the notion of precedent appears to be clear: where a court is required to decide a new case in the same way as this was done previously, a system of precedent provides a certain degree of stability and certainty. As a matter of fact, this basis for the force of precedent of court decisions is the same as that which underlies the consistency principle”. ADAMS, Maurice. Precedent versus Gravitational Force of Court Decisions in Belgium: between theory, law and facts. In HONDIUS, Ewoud (coord.). *Precedent and the law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law. Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 154.

²⁰⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 470. Nesse mesmo sentido, GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p. 153.

²⁰⁸ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237.

consistência²⁰⁹ permite que essa uniformidade seja, de fato, respeitada²¹⁰. Para que possa ser considerado consistente e, portanto, igualitário, o ordenamento deve outorgar papel de relevo ao tema dos precedentes judiciais²¹¹.

1.3. A atividade complexa de promoção da isonomia (legislador, executivo e judiciário) e sua complementaridade.

O Direito, compreendido a partir dos pressupostos teóricos de uma concepção *formalista* da interpretação jurídica, confiando na *univocidade da lei* como garante exclusivo da segurança jurídica²¹², estruturava-se a partir da noção de *igualdade perante a lei*, que impunha a *aplicação indistinta das normas* – compreendidas como objeto da interpretação – e o *respeito à legalidade* para a realização de uma pretensa uniformidade de tratamento. O fenômeno jurídico, compreendido a partir dos pressupostos teóricos de uma concepção *lógico-argumentativa* da interpretação jurídica, confiando na *consistência das decisões judiciais* como veículo não-exclusivo, mas necessário, da segurança jurídica, estrutura-se a partir da noção de *igualdade perante o direito*, que impõe a *interpretação uniforme das disposições textuais* – compreendida a

²⁰⁹ “Consistency derives from a deeper value of equal treatment, which in turn generates a number of subsidiary values: some should not benefit at the expense of others, and all should be treated in accordance with the principles of non-discrimination”. GALLIGAN, Denis James. *Due Process and Fair Procedures. A study of administrative procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 35.

²¹⁰ “A aplicação do princípio da segurança jurídica no âmbito jurisprudencial requer, portanto, uma análise particular. A prática jurisprudencial é, em certo sentido, vocacionada para a mudança e para a incoerência: como no processo ordinário o julgador analisa o caso que lhe é apresentado pelas partes, a sua visão é orientada pela justiça particular, e não pela justiça geral; como cada novo caso pode apresentar uma experiência recalcitrante capaz de conduzir a uma regra individual com base no postulado da razoabilidade, a prática jurisprudencial pode levar a um estado de desuniformidade. Esse particularismo e essa ausência de estabilidade podem ser contrários aos ideais de cognoscibilidade, de confiabilidade e de calculabilidade que compõem o princípio da segurança jurídica. Isso, porém, não ocorre de maneira necessária. É que, se a prática jurisprudencial, a par de obedecer a regras processuais de uniformização e de generalização, também for autolimitada, com base no princípio da igualdade, aos seus próprios precedentes, ela será compatível com o princípio da segurança jurídica. Essa autovinculação decorre da exigência de tratar igualmente casos iguais. A lei deve valer para todos igualmente, mediante a aplicação uniforme a todos os casos que se enquadrem em seus termos. *Portanto, ainda que ‘cada caso seja um caso’, incumbe ao Poder Judiciário aplicar de modo uniforme os seus próprios precedentes, estendendo para os casos futuros o mesmo tratamento dado aos passados quando entre estes existirem as mesmas circunstâncias relevantes de fato*. Isso não significa que o Poder Judiciário não possa afastar-se dos seus precedentes. Significa, tão só, que, tendo sido adotada uma linha decisória, ele só possa dela se afastar quando houver razões justificativas suficientes para tanto”. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 626-627.

²¹¹ O tema dos precedentes judiciais será enfrentado adiante, quando da abordagem relativa à função e à estrutura da igualdade nas suas relações com o processo civil.

²¹² A expressão é de MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 51.

norma como resultado da interpretação – e o *respeito ao precedente* para a realização da verdadeira uniformidade de tratamento.

O caráter *relativo, comparativo, relacional e valorativo* da igualdade denota, portanto, a sua complexidade, tanto no que diz respeito aos destinatários dessa exigência, quanto no que atine à sua tipologia normativa.

1.3.1. Da garantia da igualdade à promoção da isonomia. A fundamentalidade do direito à isonomia e seus destinatários.

A igualdade é inegavelmente uma exigência de ordem complexa, que impõe a tutela da diferença e redução das desigualdades. Apresenta, assim, dois prismas, que podem ser reconduzidos ao próprio universalismo dos direitos fundamentais²¹³: como reflexo dos direitos de liberdade, impõe a tutela do tratamento igual, e como reflexo dos direitos sociais, a redução das desigualdades²¹⁴. Em outras palavras, como interdição ao juiz de fazer distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei, e como interdição ao legislador de editar leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da justiça²¹⁵. Dessa forma, quando o constituinte prevê que todos são iguais perante a lei, *sem distinções de qualquer natureza*, está indicando que não basta a igualdade na aplicação da lei – mandamento voltado primordialmente ao estado-juiz -, sendo necessária a vinculação também do estado-legislador e da administração pública, na proibição de tratamento discriminatório e na promoção de ações com vistas à diminuição de desigualdades. Além do legislativo, como é óbvio, é cogente a todos os poderes, na medida em que executivo e judiciário conferem aplicação às leis²¹⁶. A isonomia é, portanto, mandamento que se dirige a todos os poderes do Estado²¹⁷, sem o que restaria despido de significação jurídica²¹⁸.

²¹³ Sobre o tema ver PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 35-50.

²¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. L'uguaglianza e le sue garanzie. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell'Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 28.

²¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 36ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 220.

²¹⁶ PALHARINI JUNIOR, Sidney. O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, p. 617.

²¹⁷ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 39.

A história constitucional do século XX redimensionou o papel da igualdade, passando a considerá-la como um dos elementos fundamentais da forma de Estado Constitucional que impõe ao legislador a garantia não somente da igualdade formal (tratar igualmente situações iguais e de modo diverso situações desiguais), mas também a promoção do reequilíbrio entre situações de desigualdade por razões sociais e econômicas²¹⁹. O poder legislativo, portanto, tem uma primordial função de conformar a legislação de modo a garantir a igualdade, sem efetivar discriminações legais destituídas de justificativa racional. *Igualdade perante a lei* não é igualdade exterior à lei. É, antes de tudo, igualdade *na* lei. Tem por destinatários, desde logo, os próprios órgãos de criação do Direito²²⁰, que, entretanto, devem, sempre que necessário, efetivar desigualdades com vistas à promoção de um estado de igualdade de fato, possível e relativa a determinadas características tidas por essenciais em certo espaço e tempo. Ao legislativo, então, uma dúplice função: garantir a igualdade de tratamento e promover uma igualdade de fato, relativa a certas finalidades tidas por essenciais em determinada ordem constitucional.

Ao lado disso, o poder executivo - e todos os órgãos da administração pública - tem a função de concretizar os mandamentos de igualdade emanados do poder legislativo²²¹. As agências reguladoras, os ministérios, as autarquias e mesmo os tribunais e órgãos administrativos estão vinculados à exigência de igualdade, tanto no exercício de sua função regulatória quanto na efetivação das políticas públicas²²².

Por fim, o poder judiciário obviamente tem o dever de promover a isonomia, mediante a aplicação isonômica do direito, garantindo eficácia à igualdade. Faz parte da concepção mais comezinha do mandamento isonômico e necessidade de

²¹⁸ ALVES, Maristela da Silva. Princípio da isonomia constitucional. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 148.

²¹⁹ CARETTI, Paolo. Uguaglianza e Diritto Comunitario. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell'Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 209.

²²⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 241.

²²¹ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 35.

²²² “Princípio da igualdade diz respeito a todas as funções do Estado e exige criação e aplicação igual da lei, da norma jurídica. Os seus destinatários vêm a ser então, além dos órgãos políticos e legislativos (os quais podem interferir nessa aplicação ou ser até destinatários de leis ordinárias), os tribunais e os órgãos administrativos”. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 245.

tratamento igual para casos iguais. Igualdade perante o direito significa tratar igualmente casos iguais no âmbito da administração da justiça²²³. Daí porque, vinculado à exigência de consistência, o mandamento isonômico impõe uma pauta de trabalho também ao sistema de justiça. Ao lado disso, também é tarefa do poder judiciário²²⁴, o controle relativo à constitucionalidade das distinções ou igualações efetivadas pelo legislador ordinário nos textos legislativos. O mandamento isonômico chama o juiz a sindicá-lo, sob a óptica da constituição, a própria tarefa do legislativo²²⁵.

Daí ser possível concluir afirmando que todos os órgãos, funções e ações estatais vinculam-se aos direitos fundamentais de igualdade²²⁶. Em sua dimensão objetiva, constituem valor (e princípio) estruturante do Estado Constitucional e, em sua dimensão subjetiva, operam como fundamento de posições que tem por objeto, na perspectiva negativa (defensiva), a proibição de tratamentos (encargos) em desacordo com as exigências da igualdade e, em perspectiva positiva (prestacional), o direito de igual acesso às prestações disponibilizadas pelo poder público, até mesmo por meio de desigualdades tendentes à promoção de uma igualdade de oportunidades²²⁷. É pressuposto de uma sociedade democrática desenvolvida a existência de estruturas institucionais que se complementem na promoção de uma verdadeira igualdade²²⁸. Não

²²³ CRANSTON, Ross. *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 219.

²²⁴ Admitindo-se, aqui, apenas de modo sistemático, a inserção do controle da constitucionalidade como exercício da função judiciária. Para uma crítica a esse posicionamento, discussão que foge ao escopo do presente trabalho ver, SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

²²⁵ CARETTI, Paolo. Uguaglianza e Diritto Comunitario. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell'Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 209.

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 533, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

²²⁷ “Em síntese, a função negativa é o não fazer que se impõe pela aplicação do princípio; e a função positiva é o fazer que se impõe aos obrigados pelo mesmo princípio de igualdade. Por outra vista, a função positiva é o fazer, ou seja, os atos que se impõem para preservar ou obter a igualdade”. GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p. 222. Sobre o tema ver também SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 532, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

²²⁸ Analisando sociologicamente a estrutura institucional brasileira é possível vislumbrar um déficit isonômico bastante claro, pela tão só existência de traços diferenciadores como a instituição do “jeitinho brasileiro”: “Development should imply far more than increases in per capita income, investment, or productivity. Development ought also imply the existence of an institutional structure which will permit meaningful equality before the law. Conditions precedent to such equality are a formal legal structure reasonably attuned to the times and culture, a high degree of obedience to the rule of law, and impersonal, efficient administration of the laws. *These should be comparatively little room for the operation of an institution like the jeito in a modern, developed society*”. ROSENN, Keith. *The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and its Developmental Implications*. In VARGA, Csaba (coord.).

existe igualdade apenas pela *aplicação da lei*; do mesmo modo, não basta a igualdade na *criação da lei*. Ambos os fatores, conjugados, permitem uma asseguaração qualificada do direito fundamental à igualdade²²⁹.

1.3.2. A complementaridade das concepções estática e dinâmicas da igualdade. A tipologia normativa da isonomia na perspectiva *macro*.

A igualdade do constitucionalismo contemporâneo já não é mais aquela derivada da tradição grega, reproduzida pelas revoluções liberais, nem se resume à noção reducionista de vedação às discriminações arbitrárias no conteúdo da lei: trata-se de um método geral de legislação e de juízo em uma sociedade pluralista e, portanto, inevitavelmente conflituosa²³⁰. A experiência histórica demonstra que a proclamação de uma igualdade em abstrato mostra-se ilusória²³¹, pois esse é um conceito relacional e comparativo, já que toda afirmação de uma igualdade ou desigualdade pressupõe uma comparação em concreto²³².

A igualdade passou de um perfil *estático* a um perfil *dinâmico* que, entretanto, longe de substituí-lo, atua de forma *complementar*. Extraí-se da concepção *estática* a necessidade de respeito ao princípio básico de justiça formal, relacionada aos direitos fundamentais de liberdade, **que reconhece a todos a igualdade de direitos fundamentais**. A lei é igual para todos e deve ser aplicada indistintamente. Essa concepção, muito embora soe como um lugar-comum e apesar de ter se demonstrado

Comparative Legal Cultures. Hants: Dartmouth, 1992, p. 608. Sobre o tema ver, também, DA MATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

²²⁹ A doutrina chega a falar em igualdade como “igual titularidade de direitos fundamentais”, o que nada mais é do que uma aceção meramente formal da igualdade, ainda que sob a veste de uma fundamentalidade. Sobre o tema ver FERRAJOLI, Luigi. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. Roma: Laterza, 2007, v. I, p. 787. O mesmo autor caracteriza a igualdade formal como um ‘*principio complesso*’ derivado dos direitos individuais estruturados a partir da *liberdade* e da *autonomia*, enquanto a igualdade formal como a necessidade de redução das desigualdades excessivas e intoleráveis por meio dos direitos sociais e das relações de *solidariedade* (p. 790). Daí falar em direito de igualdade como, ao mesmo tempo, um *meta-direito individual* e um *meta-direito social* (p. 791). Remetendo à segunda dimensão dos direitos fundamentais à igualdade em sentido material SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 49-50.

²³⁰ SILVESTRI, Gaetano. Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell’Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 9.

²³¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Derecho Processual. Cuarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 67.

²³² SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, pp. 534-535, em coautoria com Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero.

insuficiente, ainda funciona como padrão mínimo de justiça de nossa sociedade. A preocupação em, de um lado, impedir a efetivação de distinções arbitrárias no conteúdo da lei e, de outro, promover eventuais distinções nesse mesmo conteúdo, como meio de diminuir desigualdades de fato, caracterizou uma segunda noção de igualdade, de perfil *dinâmico*, normalmente conceituada como igualdade material. Essa concepção, entretanto, ainda que tenha se demonstrado capaz de promover a tutela da diferença²³³, não se mostrou suficiente para a asseguuração de um efetivo tratamento *uniforme* das situações assim merecedoras. Da compreensão de que a lei não é *unívoca* e de que suas disposições não têm o condão de *exaurir* toda a diversidade de situações, reflexo da diversidade da natureza humana, passou-se a compreender o mandamento de justiça formal não como um ideal de igualdade *perante a lei*. A exigência de *uniformidade de tratamento* impôs a passagem a uma concepção *dinâmica* de justiça formal, compreendida como *igualdade perante o direito* ou, em outras palavras, como a *igualdade diante das decisões judiciais*.

A asseguuração qualificada da igualdade, portanto, requer a compreensão de que suas noções são *complementares* e não *alternativas* ou *excludentes*. À igualdade *perante a lei* soma-se a proibição às distinções arbitrárias e a promoção de desigualações justificadas *na lei*; a essas, por sua vez, soma-se a noção de *igualdade diante das decisões judiciais*, que corresponde à necessária *uniformidade de tratamento* das situações iguais e a *diferenciação de tratamento* das situações assim merecedoras. Esse perfil complexo reflete-se na multiplicidade de tipologias normativas em que se manifestam os direitos de igualdade, podendo essa ser reconduzida à estrutura de normas tipo-regra, tipo-princípio e tipo-postulado²³⁴.

Regra é a norma imediatamente descritiva, primariamente retrospectiva e com pretensão de decidibilidade e abrangência, para cuja aplicação exige-se a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte ou nos princípios

²³³ “Il rifiuto di nozioni meramente «livellatrici» o «parificatrici» dell’eguaglianza in senso formale comporta l’esigenza di porre costantemente a confronto l’eguaglianza come tale con la «diversità» ontologica delle situazioni da regolare”. COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela Differenziata e Pari Effettività nella Giustizia Civile. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell’Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 225.

²³⁴ Adota-se aqui a tripla tipologia das normas proposta por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

que lhes são axiologicamente subjacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e a construção conceitual dos fatos²³⁵. A igualdade pode ser compreendida como uma regra, na medida em que está no seu âmago a ideia de proibição geral do arbítrio²³⁶, que objetivamente prevê, como faceta negativa, a proibição de tratamento discriminatório injustificado²³⁷. Trata-se de uma função bloqueadora que descreve aquilo que o ente estatal não pode fazer²³⁸, especialmente proibindo a efetivação de distinções arbitrárias e a equiparação injustificada. Em suma, uma regra com eficácia autolimitadora, que impõe limites à atuação do legislativo. Essa a igualdade em sua tipologia normativa de regra.

O direito à igualdade muitas vezes também é compreendido como uma norma tipo-princípio, normalmente apresentado como *princípio da isonomia* ou *princípio isonômico*, na medida em que impõe um estado ideal de igualdade a ser atingido. Princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma validação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção²³⁹. Nessa medida, a igualdade enquanto princípio jurídico impõe, ao legislador, em perspectiva *geral*, e ao juiz, na perspectiva *do caso*, a adoção de comportamentos que promovam este estado de igualdade, impondo o relacionamento entre os sujeitos com base em critérios que conduzam a uma situação futura de uniformidade, comportamentos esses que não se encontram imediatamente descritos com vistas ao alcance dessa finalidade, mas que, sendo necessários para promovê-la, serão devidos²⁴⁰. Trata-se, assim, de uma norma “*eguagliatrice*” (“equalizantes”), que funciona como uma diretiva de política do direito: as diferenças extrajurídicas entre indivíduos devem ser eliminadas²⁴¹. Nessa perspectiva, o princípio da igualdade poderá ser objeto de ponderação com outros

²³⁵ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.

²³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 419.

²³⁷ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 192.

²³⁸ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 138.

²³⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102

²⁴⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104.

²⁴¹ GUASTINI, Riccardo. La grammatica di “*eguaglianza*”. In: GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 160.

princípios constitucionalmente relevantes, quando, a pretexto de promover uma igualdade de fato, efetivem-se distinções que firam o núcleo essencial de outro princípio constitucional. Estará sendo promovido, entretanto, quando por meio de “atos de igualar”, ou seja, por meio de comportamentos prescritos na forma de regras que tracem distinções, esteja-se atingindo uma maior nivelção social²⁴², reduzindo, assim, as desigualdades (estado de coisas a ser atingido). Essa, portanto, a tipologia da igualdade entendida como norma-princípio.

Por fim, a igualdade funciona ainda como postulado normativo, uma vez que estabelece a estrutura de aplicação de outras normas²⁴³. Vale dizer: é uma metanorma que direciona a aplicação isonômica de qualquer princípio substancial²⁴⁴, uma “*norma di secondo grado*”²⁴⁵. Em verdade, toda a norma traz, em seu âmago, a necessidade de ser aplicada de forma isonômica²⁴⁶. A ideia de igualdade *perante o direito* é exatamente isso: um critério de aplicação de outras normas, um mandado de aplicação das normas de modo isonômico²⁴⁷. A igualdade como postulado, por si só, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve para igualar ou diferenciar as pessoas. Qualquer que seja a finalidade escolhida, deverá ser interpretada de modo isonômico. Trata-se, portanto, de um método, que fornece uma estrutura de aplicação para outras normas²⁴⁸. Dessa forma, a igualdade estrutura-se também como norma-postulado.

Essas três manifestações da igualdade podem atuar de forma conjunta ou em separado, a depender do caso. A tipologia normativa da igualdade é *plural e complementar*: pode estruturar-se como igualdade-regra, como *comando negativo proibitivo* de discriminações; como igualdade-princípio, como uma *previsão positiva*

²⁴² MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade. A nivelção social – interpretação dos atos de igualar*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 112.

²⁴³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 164.

²⁴⁴ ÁVILA, Humberto. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 135.

²⁴⁵ GUASTINI, Riccardo. La grammatica di “*eguaglianza*”. In: GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996, p. 158.

²⁴⁶ É o que se infere da afirmação: “o juiz deverá dar sempre à lei o entendimento que não crie privilégios, espécie alguma” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 280.

²⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p.640, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

²⁴⁸ SILVESTRI, Gaetano. Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell’Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 9.

promocional de um estado de coisas isonômico; e como igualdade-postulado, como uma *metanorma que direciona a aplicação isonômica* de outras normas.

2. Isonomia em uma perspectiva *micro*: da garantia da paridade de armas ao direito fundamental à isonomia no processo

A partir de uma perspectiva *macro* e, portanto, *externa* ao fenômeno processual, foi possível delimitar o significado da noção de igualdade, partindo do conceito de *igualdade perante a lei*, para complementá-lo com a ideia de *isonomia na lei* e de *isonomia diante das decisões judiciais*. O processo civil, dada sua contingência cultural, e como manifestação do poder e instrumento de consecução de justiça que é²⁴⁹, não poderia ficar infenso a esse desenvolvimento. Tratar da igualdade nas suas relações com o processo civil pressupõe uma prévia compreensão acerca das relações entre direito material e processo. Estas hodiernamente convergem para a sua compreensão a partir do binômio meio-fim. O processo civil, nessa perspectiva, é instrumento (e, portanto, *meio*) para a tutela do direito material (o *fim*).

A compreensão do processo como instrumento a serviço do direito material é nítido desenvolvimento da compreensão do papel do processo civil: não mais um apêndice do direito material, um “direito adjetivo”²⁵⁰, como parecia à doutrina do século XIX²⁵¹, nem a ciência autônoma, afastada da realidade e infensa à cultura e à sociedade²⁵², típica do processualismo. Impõe-se que os institutos processuais sejam

²⁴⁹ Como bem observa Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, “O processo não se encontra in res natura, é produto do homem e, assim, inevitavelmente, da sua cultura. Ora, falar em cultura é falar em valores, pois estes não caem do céu, nem são a-históricos, visto que constituem frutos da experiência, da própria cultura humana, em suma” (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 92). Daí porque se pode dizer que o processo em suas variadas manifestações pode ser considerado dentre os mais importantes documentos da cultura humana. A frase é apresentada como epígrafe da célebre obra “Processo e Ideologie” de Mauro Cappelletti (CAPPELLETTI, Mauro. *Processo e Ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969). Carlos Alberto Alvaro de Oliveira refere que o bordão teria sido proferido na conferência *Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse*, de Franz Klein, proferida em Dresden em 9 de novembro de 1901 (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 95).

²⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 17.

²⁵¹ Sobre essa fase, que se denominou de praxismo, consultar: MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

²⁵² Sobre a influência do processualismo no processo civil brasileiro e seu afastamento da realidade social consulte-se MITIDIERO, Daniel. “O processualismo e a formação do Código Buzaid”. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 183.

concebidos em conformidade com as necessidades do direito material²⁵³. O plano processual (portanto, a tutela jurisdicional) deve abrir ensejo à efetiva tutela dos direitos²⁵⁴, de modo que a estruturação técnica do processo e a função jurisdicional devem viabilizar as tutelas prometidas pelo direito material e pela constituição²⁵⁵. A estrutura antes rígida do processo torna-se adaptável às peculiaridades do direito material posto em juízo²⁵⁶. A tutela jurisdicional deve ser efetiva²⁵⁷ e adequada²⁵⁸ (além de tempestiva, por expresse mandamento constitucional²⁵⁹), de forma a outorgar, de fato, a tutela do direito, ou seja, *garantir a fruição dos bens da vida objetos do processo*. Pouco importa quais sejam os fins determinados pelo direito material – prestações ou abstenções, por exemplo -, é obrigação do legislador processual, do julgador e do executivo conferir meios idôneos para que esses fins possam ser atingidos.

Isso não significa uma pretensão de neutralidade do processo; ao contrário, significa uma preocupação constante em garantir que todos os direitos outorgados “no papel” pelo legislador constitucional e infraconstitucional possam ser, na prática, efetivados. A relação entre direito processual e material reconstrói-se como uma relação de integração²⁶⁰. Isso porque a própria juridicidade de um ordenamento depende da possibilidade de exigir-se o cumprimento das normas materiais. O direito substancial – no plano prático, da efetividade, não somente teoricamente, na previsão escrita no papel – existe na medida em que o direito processual predisponha procedimentos, formas de tutela jurisdicional, adequadas às necessidades reais de tutela dessas situações específicas²⁶¹. Daí ser possível compreender as relações entre o processo civil e o direito

²⁵³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 16.

²⁵⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 113.

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. V. I. Teoria Geral do Processo*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 144.

²⁵⁶ Tratando do princípio da adequação ou da adaptabilidade, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito processual civil*. v. I. 12ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, pp. 68-73.

²⁵⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472.

²⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 1997, pp. 486-487.

²⁵⁹ A Emenda Constitucional nº 45 de 2004 acrescentou ao rol de direitos fundamentais do art. 5º da Constituição Federal o seguinte: “LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

²⁶⁰ CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 78.

²⁶¹ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4ª Ed.. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 6.

material como fenômenos duplamente circulares²⁶². De um lado, o direito material ilumina o direito processual que, pela atividade jurisdicional, devolve o direito material, já de forma qualificada pela irreversibilidade externa, dissolvendo a incerteza e resolvendo o problema que é posto à apreciação do judiciário. De outro, o direito processual é condicionado à existência de normas materiais (pois o *meio* só existe em função do *fim*), assim como a juridicidade do direito substancial depende da predisposição de instrumentos idôneos à sua satisfação (o *fim* só é atingido se existentes *meios* idôneos para tanto).

Essas relações ganharam novos contornos com o advento da Constituição de 1988, no Brasil, que tem entre suas cláusulas pétreas uma série de previsões de ordem material e processual. A partir do reconhecimento da força normativa da Constituição²⁶³, passa-se a encará-la como principal veículo do sistema jurídico, com eficácia imediata e independente, em muitos casos de intermediação legislativa²⁶⁴. O Estado não mais fundado na lei, mas na Constituição²⁶⁵. O processo civil passa, pois, a ser estudado e compreendido a partir da Constituição; o fenômeno processual à luz dos direitos fundamentais²⁶⁶, verdadeiro direito constitucional aplicado²⁶⁷. Jurisdição, ação, defesa e processo, conceitos tradicionais, passam a ser compreendidos a partir da teoria dos direitos fundamentais²⁶⁸.

²⁶² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 9. Para uma pesquisa de fôlego acerca dessa dupla circularidade ver ZANETI JUNIOR, Hermes. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 203 e ss.

²⁶³ Conforme CANOTILHO, a força normativa da Constituição é a sua pretensão de prevalência na solução dos problemas jurídicos, garantindo sua eficácia e permanência. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 1189. Sobre o tema, igualmente, com pequenas variações e de forma mais extensa ver HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

²⁶⁴ DIDIER JR. Fredie. Teoria do processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: TELLINI, Denise Estrela *et ali* (org.). *Tempestividade e Efetividade Processual: novos rumos do processo civil brasileiro. Estudo em Homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo*. Caxias do Sul: Plenum, 2010, p. 196.

²⁶⁵ ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite*. Torino: Einaudi, 1992.

²⁶⁶ Sobre o tema consultar o importante ensaio ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 260-298.

²⁶⁷ WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Nº 3. Padova: Cedam, 2001, pp. 733 e ss.

²⁶⁸ Essa a estruturação conferida por MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. V. I. Teoria Geral do Processo*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007. É importante observar que essa tendência à abertura do processo a normas-base, na maioria das vezes oriundas de textos constitucionais ou tratados supranacionais, é uma tendência mundial. Sobre a pluralidade de “princípios fundamentais do processo” e para uma tentativa de sistematização a partir de quatro “pedras angulares”, ver ANDREWS, Neil.

Essa mudança de paradigma repercute sobremaneira na construção do processo contemporâneo: a Constituição, ao asseverar que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV, CRFB), institui um *modelo mínimo de conformação do processo*, o direito fundamental ao *processo justo*²⁶⁹. Dentro desse perfil organizacional mínimo está a exigência de que as partes participem do processo em pé de igualdade²⁷⁰. É com base nesse plano de fundo que se passa a explicitar o significado da noção de *igualdade* em perspectiva *micro* e, portanto, *interna* ao fenômeno processual.

2.1. Concepção *estática*: a *garantia* da paridade de armas e a manutenção da *simetria das posições das partes*.

2.1.1. Posições processuais simétricas: a identidade de posições das *partes* como derivação da *igualdade perante a lei*.

Não basta o reconhecimento da igualdade no plano material, se o meio para a tutela desses direitos não proporcionar um ambiente de igualdade para as partes no desempenho de suas posições processuais. Em outras palavras, não é suficiente que no plano das relações materiais os cidadãos sejam tratados de modo isonômico se, no plano processual, houver tratamento diferenciado para situações merecedoras de tratamento idêntico. Dessa constatação deriva a necessidade de que o processo seja estruturado de modo a assegurar às partes a *paridade de armas*²⁷¹. O juiz, ao aplicar a lei, deve velar pela sua aplicação em estrita igualdade (*igualdade perante a lei*).

Fundamental Principles of Civil Procedure: Order out of chaos. In: KRAMER, X. E.; Van RHEE, C.H. (org.). *Civil Litigation in a Globalising World*. Hague: Springer, 2012, pp. 19 e ss.

²⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p.617, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

²⁷⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p.619, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet. Sobre tema, assevera Rui Portanova: “O caminho da visão igualizadora do processo foi aberto, por certo, com a oportuna aproximação de institutos processuais com institutos constitucionais”. PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: *Revista da AJURIS*, ano XXI, nº 62, 1994, p. 284.

²⁷¹ “A relação das partes entre si é caracterizada pela igualdade jurídica. *Devem combater-se com armas eguaes, e devem-lhes ser distribuídas com igualdade a sombra e a luz*. É esta a primeira exigência a que deve satisfazer a organização do processo, a da justiça no processo. Esta, ainda uma vez, vem ajustar-se com a igualdade. Todas as outras condições são meramente secundárias, e apenas visam à oportunidade.” VON JHERING, Rudolf. *A Evolução do Direito*. Trad. Abel D'Azevedo. Lisboa: José Bastos & C.a. Editores, 1963, pp. 265-266.

Faz-se necessário, assim, a assegução do pleno emprego dos poderes defensivos substanciais em *igual medida* a todas as partes²⁷². Daí se dizer que a igualdade processual significa assegurar aos litigantes um tratamento *idêntico*²⁷³. Essa a primeira significação que pode ser dada à *paridade de armas*: assegução do pleno emprego dos poderes defensivos substanciais na *mesma medida* a todas as partes²⁷⁴. Nessa concepção, as condições da paridade realizam-se na medida em que haja *simetria* entre os poderes das *partes*: ao poder de uma deve corresponder o equivalente à outra²⁷⁵. A igualdade de tratamento aplicada ao processo significa, assim, que as partes devem ter os *direitos e deveres simétricos* relativos à sua posição processual. Trata-se de uma derivação direta da construção relativa à *igualdade perante a lei* (prevalência da legislação processual), que como vimos impõe simplesmente que a lei seja *universal e geral* e aplicada *uniformemente* a todos.

2.1.2. Paridade de armas e contraditório como bilateralidade de instância.

A paridade de armas entendida como *garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado*, evitando que o processo possa servir de *meio de instituição de privilégios* inevitavelmente se confunde com o direito ao contraditório²⁷⁶, consubstanciado na exigência de oitiva da parte contrária²⁷⁷. Ao ataque do autor deve suceder a defesa do réu²⁷⁸. A partir da franquia às partes da oportunidade de fiscalização recíproca dos atos

²⁷² RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*. 3ª Ed. Torino: Giappichelli, 2001, p. 151. Nesse mesmo sentido, “Não se poderia reconhecer que os direitos exercidos pelos litigantes no âmbito processual fossem diferentes apenas porque um deles adiantou-se em instaurar o processo promovendo a citação do outro”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 48.

²⁷³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. Processo Civil, Penal e Administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 97.

²⁷⁴ OPPETIT, Bruno. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en Droit Français. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (coord.). *Fundamental Guarantees of The Parties in Civil Litigation*. Milão: Giuffrè, 1973, p. 498.

²⁷⁵ LUISO, Francesco Paolo. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2ª Ed. Torino: Giappichelli, 2006, p. 30.

²⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano Editore, 1958, p. 100; AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º volume. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75. Sobre essa relação, dentro dessa perspectiva, ver CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no processo civil. In: *Revista de Processo*, vol. 52, 1988, p. 225 e ss.

²⁷⁷ “Mas, o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo”. (THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*, V. I. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 27).

²⁷⁸ AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º volume. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 75.

praticados, garante-se a discussão dialética dos fatos da causa²⁷⁹. Daí a doutrina estrangeira tratar da paridade de armas como exigência intrínseca de bilateralidade de instância²⁸⁰, que é violada quando o juiz impede a efetivação do binômio informação/reação, apontado como característico dessa concepção de contraditório²⁸¹. Herdado do procedimento da *actio* do direito privado romano²⁸² e presente também no direito germânico primitivo²⁸³, o contraditório consubstancia-se, nessa medida, na exigência de audiência bilateral²⁸⁴, a qual encontra expressão no brocardo *audiatur et altera pars*²⁸⁵. Com o contraditório, torna-se inviolável o direito do litigante de propugnar, durante o processo, com “armas legais”, a defesa de seus interesses, a fim de convencer o juiz, com provas e alegações, de que a solução da lide deve ser-lhe favorável²⁸⁶.

O primeiro aspecto do binômio diz respeito à exigência de *conhecimento e informação* a respeito dos atos e das conseqüências dos atos praticados pela parte

²⁷⁹ Sobre o papel da dialética e sua relação com o contraditório ver BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 83 e ss.

²⁸⁰ TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *Problemi del processo di cognizione*. Padova: Cedam, 1989, pp. 314-315. No direito brasileiro, ver “O princípio do contraditório também indica atuação de uma garantia fundamental da justiça: absolutamente inseparável da distribuição da justiça organizada, o princípio da audiência bilateral encontra expressão no brocardo romano *audiatur et altera pars*. Ele é tão intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo”. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 20ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 55.

²⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LX, nº 2, 2005, p. 451.

²⁸² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 56.

²⁸³ WYNESS MILLAR, Robert. *The formative principles of civil procedure - I*, In *Illinois Law Review*, vol. XVIII, nº 1, 1923, p. 4.

²⁸⁴ Também chamada de “bilateralidade de ação”. “La bilateralità dell’azione si svolge dunque come contraddizione reciproca; perciò il contraddittorio risponde a uno dei principi fondamentali del processo civile”. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Vol. I. Padova: CEDAM, 1936, p. 397.

²⁸⁵ Sobre a origem do brocardo, Picardi defende que este advém de uma máxima de origem grega, um adágio que enuncia a regra jurídica *audiatur et altera pars*. Sobre o tema, ver PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LIII, nº 3. Padova: CEDAM, 1998, p. 674. Para um estudo das raízes históricas e literárias do brocardo, ver também PICARDI, Nicola. *Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório*. Trad. Luís Alberto Reichelt. In: *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 127-143. Fazendo menção à expressão, também Chiovenda: “Como quem reclama justiça, devem as partes colocar-se no processo em absoluta paridade de condições. Isso se manifesta sobretudo no princípio do contraditório (*audiatur et altera pars*) (...)”. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I, p. 100. No mesmo sentido BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 58.

²⁸⁶ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*. vol. I. 9ª Ed. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 382.

contrária²⁸⁷. O segundo aspecto resulta da exigência de que as partes tenham a possibilidade de *reação* diante de atos da parte contrários, autorizando-se o uso da palavra escrita ou verbal a depender do caso, para tanto.²⁸⁸ Corolário lógico dessa conclusão é a sua inafastável ligação à garantia de paridade de armas, entendida como exigência de *simetria* nas posições das partes, em uma relação de meio e fim²⁸⁹. As posições e as ferramentas conferidas a cada uma das partes devem ser idênticas (paridade de armas) *para que* seja franqueada, sempre à outra parte, a possibilidade de reação diante dos atos praticados pela parte contrária (contraditório no seu segundo aspecto, qual seja, o de reação). Nessa relação, tem-se um contraditório em sentido fraco, que se exaure na garantia de que as partes possam “*interloquire in iudicio*”, resolvendo-se a paridade de armas, por sua vez, em uma mecânica contraposição de teses²⁹⁰, para cuja realização pressupõe-se uma mera *igualdade perante a lei*²⁹¹. Essa visão de um contraditório estático, como se pode observar, atende a uma estrutura procedimental “monologicamente dirigida pela perspectiva unilateral de formação do provimento pelo juiz”²⁹², do que deriva sua inequívoca ligação com a noção de processo como relação vertical de poder²⁹³.

2.1.3. A divisão de trabalho entre juiz e partes (processo como arena?) e a *garantia* da paridade de armas.

Essa *simétrica* construção de poderes, deveres, faculdades e ônus, dentro de uma estrutura pré-estabelecida pelo legislador sem qualquer distinção, assume, como pressuposto conceitual, em primeiro lugar, a existência de *igualdade* entre as partes no plano material. Uma vez garantida formalmente a *identidade de posições* ao longo do

²⁸⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LX, nº 2, 2005, p. 451.

²⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. Il principio del contraddittorio come diritto d’influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LX, nº 2, 2005, p. 452.

²⁸⁹ Para Fazzalari, por exemplo, “la struttura processuale resta contrassegnata dalla posizione di parità degli interessati nel contraddittorio, distinta dalla posizione poziore in cui si colloca l’organo pubblico nella fase in cui – tenuto conto dei risultati del contraddittorio – pone in essere l’atto finale”. FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª Ed. Padova: CEDAM, 1996, p. 87.

²⁹⁰ PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 228..

²⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 98

²⁹² THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: *Revista de Processo*, nº 168, 2009, p. 117.

²⁹³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 74.

processo (permitindo-se que as partes desempenhem todos os atos que lhes são permitidos, seguindo-se à risca as regras do jogo, respeitando-se, com isso, a exigência de audiência bilateral), o resultado seria necessariamente um julgamento adequado e justo da causa. Nessa medida, o tratamento mediante a mera igualdade formal no contexto do processo seria suficiente, ainda que, na prática, o resultado do processo inevitavelmente refletisse absoluta neutralidade quanto a eventuais disparidades no plano *extraprocessual*.

Dentro de tal quadro, o processo assemelha-se a uma arena na qual os participantes da luta buscam a vitória, mediante a aplicação de regras idênticas para ambos, independentemente de suas condições subjetivas para a luta. Não à toa, fala-se em paridade *de armas*. A luta (*processo*), estruturada de maneira simétrica para ambos os *lutadores* (as *partes*), concede-lhes as mesmas *armas* (identidade de *posições jurídicas*), repetindo, dentro do processo, uma suposta *igualdade de tratamento* no plano material²⁹⁴. A metáfora utilizada por Calamandrei, do processo como um jogo²⁹⁵, reflete essa característica de disputa livre, que está na base dessa concepção de *igualdade processual*. O processo, assim, como uma arena em que os contendores se digladiam pela vitória - submetidos às mesmas regras (simetria nos seus poderes, deveres faculdades e ônus) -, garante a *igualdade perante a lei*, consubstanciada, do

²⁹⁴ Como ressalta Matscher, “Tout comme la notion du procès équitable, celle de légalité des armes provient du langage sportif, particulièrement du régime des duels: tout combattant doit disposer d’armes – de pistolets – de valeur égale, ce qui est examiné attentivement par les témoins-assistants avant l’ouverture du duel”. MATSCHER, Franz. Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence des organes de la convention européenne des droits de l’homme. In: *Le droit à un procès équitable*. Strasbourg: Editions du Conseil de l’Europe, 2000, p. 13.

²⁹⁵ CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: CAPPELLETTI, Mauro (coord). *Opere Giuridiche. Volume Primo*. Napoli: Morano Editore, 1965, pp. 537-562. O autor italiano, entretanto, deixa claro que a sua metáfora pressupõe a exclusão do juiz no desempenho do papel publicístico do processo (por ele defendido), de modo que não se pode dizer que essa concepção de processo como jogo seja defendida *in totum* por Calamandrei. A seguinte passagem é emblemática (p. 540): “*In realtà, se si esclude il giudice, nel quale dovrebbe concretamente personificarsi questo superiore interesse della giustizia che è proprio dello Stato, tutti gli altri soggetti perseguono nel processo scopi più limitati e più gretatamente egoistici, talvolta in contrasto (se pur non confessato) con quello superiore. Dipende della somma algebrica di questi sforzi contrastanti (delle azioni e delle omissioni, delle astuzie o delle sviste, delle mosse indovinate e di quelle sbagliate) se alla fine il processo, come sintesi, riesce a raggiungere un risultato che veramente corrisponda alla giustizia; ma per le due parti in contrasto (tesi e antitesi) spesso accade che quel che conta non è tanto la giustizia quanto la vittoria: sicchè, per esse, il processo diventa nient’altro che un giuoco per vincere*”. Também identificando essa mesma relação entre a igualdade compreendida como *simetria* de posições e a metáfora da luta e do jogo PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 228.

ponto de vista *micro*, especificamente quanto ao processo civil, na noção de *paridade de armas*²⁹⁶.

Em segundo lugar - e como derivação do que acima exposto -, por detrás desse conceito de igualdade processual entendida como *simetria de posições*, está uma determinada estruturação da divisão de trabalho entre partes e juiz²⁹⁷, típica de um modelo processual característico da vertente histórica liberal do processo civil. Um modelo que vê o fenômeno processual como coisa privada das partes (*Sache der Parteien*), refletindo, assim, o individualismo e o privatismo característico dos direitos patrimoniais²⁹⁸. A solução para o problema da distribuição do trabalho entre partes e juiz pressuposta nessa concepção é a de conferir às partes o domínio sobre a propositura da demanda (o hoje chamado princípio dispositivo em sentido material) e sobre o seu andamento do processo, incluindo aí o domínio em matéria de prova (o hoje conhecido princípio dispositivo em sentido processual)²⁹⁹. O papel do juiz restringe-se ao julgamento e, no desenvolvimento do processo, à mera aplicação indistinta da lei processual, tal qual um árbitro que se preocupa tão somente com a regularidade da partida, já que, atuando de forma proativa dentro da “arena”, perderia sua imparcialidade³⁰⁰.

Assim, é natural que a preocupação seja apenas com a *igualdade formal das partes*³⁰¹, que correspondia à concepção de igualdade vigente para a ideologia liberal

²⁹⁶ A insuficiência dessa noção fica clara, pois como assevera Pallieri: “Come lo si intende questo principio dell'uguaglianza delle armi: in modo assoluto, nel senso che i due contendenti si devono battere con armi della stessa lunghezza, oppure nel senso che colui che ha il braccio un poco più corto deve avere una spada un poco più lunga? *Anche nei giochi si creano dei vantaggi, degli handicap in modo da favorire uno dei due contendenti rispetto all'altro, ma allo scopo di metterli in una condizione di reale parità*” (grifo nosso). PALLIERI, Giorgio Balladore. Introduzione al convegno. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. XVI.

²⁹⁷ Sobre o tema da divisão de trabalho entre juiz e partes, para alguns de seus desdobramentos quanto a modos de estruturação, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O problema da “divisão de trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 35-44.

²⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. Ideologie nel processo civile. In: *Processo e Ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 17.

²⁹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 184. Sobre o princípio dispositivo, ver CAPPELLETTI, Mauro. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. V. I. Milano: Giuffrè, 1962.

³⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato. In: *Processo e Ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, p. 195.

³⁰¹ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In:

dominante³⁰² até meados do século XX. Nesse modelo institucional de processo³⁰³, no qual a preocupação maior era aquela de atribuir às partes uma posição de força no confronto com a autoridade³⁰⁴ - tratamento igualitário como garantia contra o arbítrio -, a igualdade processual (*trattamento idêntico quanto às suas possibilidades de ação*) relaciona-se a essa divisão de trabalho entre juiz e partes, na qual o domínio de todo o desenrolar do processo é *das partes* ante um *juiz passivo e sem poderes de direção*³⁰⁵. A paridade de armas funciona, portanto, como uma *garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado*³⁰⁶, evitando que o processo possa servir de *meio de instituição de privilégios*. Nessa medida, a *garantia da paridade de armas* serve à preservação da *igualdade perante a lei*, atuando como um direito de cunho negativo, voltado à exigência de aplicação *uniforme* da lei processual, assegurando-se que as partes sejam tratadas de forma *igual*.

2.1.4. A igualdade em sua concepção *estática* (geral, abstrata e avaliativa).

Diante das peculiaridades acima descritas, é possível conceituar o primeiro perfil conceitual da igualdade em perspectiva *interna* ao fenômeno processual. Em primeiro lugar, a concepção de igualdade processual tradicionalmente compreendida

Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile. Bologna: Il Mulino, 1989, pp. 16-17.

³⁰² É o que defende Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “Trata-se, à evidência, de consequência da ideologia da *égalité* impulsionadora do verdadeiro terremoto causado pelo movimento libertário.” ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 64.

³⁰³ A expressão “modelo institucional de processo” é de TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: *Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 10. Para um apanhado geral dos institutos e do modo de conformação do procedimento previsto pelo Code de Procédure Civile de 1806, monumento dessa tradição, ver TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, pp. 62-68.

³⁰⁴ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 8.

³⁰⁵ Bem ressalta Michele Taruffo as características desse processo de corte liberal: “Il processo è una vicenda rimessa integralmente alla volontà delle parti, non solo nel senso che occorre la loro iniziativa ad ogni passo, ma anche nel senso che esse non incontrano limiti o preclusioni di sorta quanto al numero degli atti che possono compiere e delle prove che possono dedurre, né quanto alla possibilità di proporre eccezione, di modificare domande e conclusioni. Il ruolo del giudice è – con l’isolata eccezione segnalata più sopra – completamente passivo di fronte alla gestione che del processo fanno gli avvocati delle parti: la sua principale funzione è, oltre a quella di rendere la sentenza definitiva, quella di risolvere gli incidenti della procedura e di assumere le prove; non ha però poteri che gli consentano di dirigere il processo e di guidarlo in modo ordinato e rapido verso la decisione finale” TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, pp. 66-67.

³⁰⁶ Para a discussão acerca da distinção entre garantias e direitos fundamentais, ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, pp. 178-185.

como *paridade de armas* revela-se intimamente ligada à noção de *igualdade perante a lei*, cujas características mais marcantes são a *generalidade* e a *abstração*. Essa *igualdade na aplicação do direito* processual, inerente à ideia de paridade de armas, faz dela uma exigência de ordem meramente *formal* e, portanto, *estática*, visto que indiferente às peculiaridades de cada situação.

Esse perfil *estático da igualdade* é absolutamente *geral*, já que pressupõe a existência de uma única estrutura de relações subjetivas para todo tipo de situação material em discussão, fundando-se no mito da *ordinariedade*³⁰⁷ de um procedimento que universaliza a plenariedade³⁰⁸, garantindo, assim, a mera *identidade* das posições de autor e réu. É também *abstrato*, uma vez que desconsidera as peculiaridades de cada uma das partes no plano material, acabando por refletir eventuais disparidades desse plano dentro do processo. Por fim, é *avalorativo*, visto que o juiz não tem função alguma no desenvolvimento do processo e na efetivação do contraditório compreendido como informação/reação, deixando ao alvedrio das partes o controle da arena processual, bastando para tanto a aplicação cega da lei para garantir a *simetria* das posições abstratamente previstas pelo legislador.

2.2. Concepção *dinâmica*: o Direito Fundamental à isonomia processual e a *promoção do equilíbrio* entre os sujeitos do processo.

O processo não pode ser o veículo principal de promoção de igualdade social, mas incumbe a esse, e daí sua vinculação com a igualdade, estruturar-se de modo que, quando duas pessoas estiverem litigando, por maiores que sejam suas diferenças, que essas não sejam determinantes para o resultado do pleito³⁰⁹. Quando abordada em perspectiva *micro*, a igualdade, reduzida à necessidade de *simetria* nas possibilidades de informação e reação (*paridade de armas*), atém-se a parcela ínfima do inteiro fenômeno processual, não sendo suficiente para evitar que o processo premie o litigante mais

³⁰⁷ Sobre o tema, não há como deixar de apontar a centralidade da crítica à *ordinariedade* do processo brasileiro na obra de Ovídio Baptista da Silva. Por todos, ver a coletânea: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

³⁰⁸ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A 'plenitude de defesa' no processo civil. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 120.

³⁰⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dimensiones sociales del proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 31.

hábil, prestigioso ou endinheirado ao invés de dar razão aquele que realmente a tenha³¹⁰. De fato, *paridade de armas* pressupõe *identidade* de ônus, deveres, poderes e faculdades, mas isso não acarreta a predisposição de mecanismos processuais que permitam a *equalização* de posições dos sujeitos do processo. Nessa medida, fica clara a sua insuficiência.

Em seu perfil *estático*, a igualdade pressupõe condutas passivas do juiz na *garantia da simetria* das posições *das partes* no processo. Porém, o desenvolvimento da noção de igualdade (na perspectiva *macro*) demonstra, inequivocamente, que essa não pode se confundir com identidade³¹¹, e isso também se aplica à perspectiva *micro*, ora enfrentada. Não basta, pois, uma perspectiva *estática* da isonomia processual, se as disparidades no que diz respeito às oportunidades de desempenhar o contraditório de forma plena resultarem na criação de obstáculos para as partes tutelarem seus direitos. Assim como o conceito de igualdade na perspectiva *macro* passou por transformações ao longo dos últimos séculos, a noção de *paridade de armas* - que constitui a manifestação *processual* da *igualdade perante a lei* - também se mostrou insuficiente para uma asseguarção qualificada da isonomia. Faz-se necessário, portanto, compreender a igualdade em seu perfil *dinâmico*, o que pressupõe a superação da generalidade, da abstração e da carência de conteúdo valorativo que estão por detrás da concepção *estática* e sua compreensão a partir de outras balizas.

2.2.1. Posições processuais *equilibradas*: a equiparação de posições dos *sujeitos do processo* como derivação da isonomia *na lei*.

A igualdade em perspectiva *interna* ao processo não se refere somente ao livre exercício do direito de ação e defesa, mediante *simetria* nas posições desempenhadas por cada ator do embate processual, mas à necessidade de que esses disponham de *equivalentes oportunidades práticas*, durante todo o *iter* procedimental, em matéria de debate probatório, alegações, recursos e demais posições, para que tenham, na prática (e não simplesmente na teoria), *iguais possibilidades de obter*

³¹⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dimensiones sociales del proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 31.

³¹¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. T. IV. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 237.

*justiça*³¹². A credibilidade do processo como instrumento de resolução de conflitos depende de sua capacidade de oferecer uma perspectiva de *equilíbrio* a todos os seus participantes, sendo indispensável que os litigantes possam nutrir alguma expectativa de vitória³¹³. O art. 125, I, CPC – “Art. 125 - O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, competindo-lhe: I - assegurar às partes igualdade de tratamento” – não significa conformidade ao manifesto *desequilíbrio* entre as partes. Para assegurar igualdade de tratamento muitas vezes será necessário exercer condutas ativas no sentido de construir uma igualdade efetiva³¹⁴. Daí ser possível dizer que a igualdade processual é muito mais uma questão de *equilíbrio* do que de *equidade*³¹⁵. Aos direitos das partes relativos à igualdade correspondem poderes, deveres e proibições ao juiz³¹⁶. Dessa forma, falar em igualdade processual efetiva (ao menos tendencial) significa compreendê-la dentro daquilo que chamamos de segunda fase de evolução do entendimento acerca da igualdade: o igual deve ser tratado igualmente e o desigual, desigualmente, na medida exata de sua diferença. Ou seja, significa tratá-la no quadro de uma *correspondência dinâmica de posições jurídicas das partes*, com vistas a uma igualdade substancial³¹⁷.

É certo que o processo deve se desenvolver de modo *équo*, permitindo às partes que tenham condições de fazer valer e defender adequadamente suas próprias razões³¹⁸. Para que isso seja possível, as partes devem estar em posição de “*equal footing*”³¹⁹ (expressão aliás utilizada nas *Civil Procedure Rules* inglesas como o

³¹² DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Zavalia, 1985, p. 194. Usando igualmente a expressão “iguais possibilidades” ver KOMATSU, Roque. Notas em torno dos deveres processuais do juiz. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 708.

³¹³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual*. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68.

³¹⁴ MITIDIERO, Daniel. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004, p. 529.

³¹⁵ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. Égalité des armes. In: CADIET, Löic (coord.). *Dictionnaire de la Justice*. Paris: Puf, 2004, p. 405.

³¹⁶ REICHELDT, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. In: *Revista de Processo*, nº 210. São Paulo: RT, 2012, p. 15.

³¹⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Il ‘Giusto Processo’ civile nella dimensione comparatistica. In: *Giusto Processo. Atti del Convegno, Roma, 28-29 Marzo 2002*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, p. 223.

³¹⁸ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manuale di diritto processuale civile. Principi*. 6ª Ed. Milão: Giuffrè, 2002, p. 9.

³¹⁹ ANDREWS, Neil. English Civil Procedure. *Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford: Oxford Press, 2003, p. 114; CRANSTON, Ross. *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 217-218; GALLIGAN, Denis James. *Due Process*

primeiro dos “*overriding objectives*” daquele diploma³²⁰); a isonomia processual, assim, é um componente primordial do Direito Fundamental ao Processo Justo³²¹ ou *équitable*, compreendido como um processo *équilibré*³²². Essa exigência pode advir de expressa norma constitucional, mas não necessariamente. No direito alemão, por exemplo, assim como no direito brasileiro³²³, o direito à “igualdade de armas” é extraído diretamente da Constituição, naquilo que prevê a igualdade de todos³²⁴. No plano internacional, por sua vez, segundo o art. 6º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem³²⁵, um processo *equitativo* é entendido como um processo em que ambas as partes estejam em pé de igualdade, quanto ao modo de exporem as suas razões e quanto às consequências do modo como são expostas³²⁶. Deve consistir na concessão a ambas as partes *análogas possibilidades* de expressão e prova³²⁷, igualdade efetiva de possibilidades e ônus para

and Fair Procedures. A study of administrative procedures. Oxford: Clarendon Press, 1996, p. 220. Sobre o tema, o Tribunal Europeu dos Direitos Humanos já se pronunciou inúmeras vezes. Ver, exemplificativamente, *Bönisch v. Austria* (European Court of Human Rights, Chamber, Application n. 8658/79, julgado em 06.05.1985) e *Borgers v. Belgium* (European Court of Human Rights, Plenary, Application n. 12005/86, julgado em 30.10.1991).

³²⁰ Sobre as CPR inglesas de 1998, ver ANDREWS, Neil. *The New English Civil Procedure Rules* (1998). In: VAN RHEE, C. H. (coord.). *European Traditions in Civil Procedure*. Antwerp: Intersentia, 2005, pp. 161-181.

³²¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 639, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet. Sobre o tema, em perspectiva pontualmente diversa, ver MATTOS, Sérgio Wetzel de. *Devido processo legal e proteção de direitos*. Porto. Alegre: Livraria do Advogado, 2009, pp. 209-213.

³²² GUINCHARD, Serge (et al.). *Droit Processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*. 4ª Ed. Paris : Dalloz, 2007, p. 852. De outro modo, “La notion d'égalité des armes constitue, plus qu'une notion séparée, un critère parmi d'autres pour apprécier s'il y a eu ou non procès équitable”. SALVIA, Michele de. *Procès équitable et égalité des armes dans le cadre de contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil dans la jurisprudence de la commission européenne des droits de l'homme*. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 48.

³²³ “A CF 5º *caput* e I estabelece que todos são iguais perante a lei. Relativamente ao processo civil, verificamos que o princípio da igualdade significa que os litigantes devem receber do juiz tratamento idêntico”. NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo na Constituição Federal. Processo civil, penal e administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 97.

³²⁴ No direito alemão, a doutrina aponta o fundamento da igualdade de armas no art. 3º da Constituição Alemã (“*Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich*” ou “Todas as pessoas são iguais perante a lei”, em tradução livre). Sobre o tema, ver STÜRNER, Rolf; MURRAY, Peter. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, p. 154.

³²⁵ Convenção Europeia dos Direitos do Homem, Roma, 4 de Novembro de 1950: “Art. 6º *Direito a um processo equitativo*. 1. *Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei (...)*”.

³²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, pp. 272-273. Nesse sentido, “Il principio della uguaglianza delle armi è presentato dalla giurisprudenza della Commissione e della Corte come una delle implicazioni di quell'idea del processo equo che fa parte della più ricca tematica dell'art. 6 conv.” UBERTAZZI, Giovanni Maria. *Divieto di discriminazione e uguaglianza delle armi nel processo civile secondo la commissione dei diritti dell'uomo*. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 108.

³²⁷ A ideia de necessária igualdade de oportunidades aparece na *ratio decidendi* de *Apeh Üldözötteinek Szövetsége and others v. Hungary* (European Court of Human Rights, Second Section, Application no.

os sujeitos do processo³²⁸, sendo vedada a introdução de discriminações em função da natureza subjetiva da parte em causa³²⁹, quando não haja razão suficiente para essa desigualação³³⁰.

Também no direito processual, assim, redescobre-se o caráter *relativo e relacional* da igualdade, que legitima *aplicação e/ou criação* de leis que tratem desigualmente os desiguais: o processo também requer isonomia *na lei*³³¹. Ao lado disso, justamente com base nessa noção, impõe-se também uma atitude proativa do legislador e do aplicador da legislação processual, abandonando-se a concepção de que basta o tratamento *idêntico* das partes para promoção da igualdade. O reconhecimento de uma verdadeira isonomia processual impõe ao juiz e ao parlamento, como consequência, o papel de *atenuar*, na medida do possível, as *desigualdades* entre os sujeitos do processo, fornecendo tratamento verdadeiramente *isonômico*³³². A isonomia ordena, inicialmente, uma equiparação formal, mas visa também a que sejam vedadas

32367/96, julgado em 31.08.1999); *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands* (European Court of Human Rights, Chamber, Application no. 14448/88, julgado em 27.10.1993) e *Ruiz-Mateos v. Spain* (European Court of Human Rights, Plenary, Application no. 12952/87, julgado em 23.06.1993), todos da Corte Europeia de Direitos Humanos. Na doutrina de fora da Europa, ver COUTURE, Eduardo Juan. *Las garantías constitucionales del proceso civil*. In: COUTURE, Eduardo Juan. *Estudios de derecho processual civil*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948, tomo I, p. 66.

³²⁸ Nesse sentido a Sentencia nº 61/2002 de Tribunal Constitucional Espanhol, Sala 1ª, 11 de Marzo de 2002: “Asimismo, y en conexión con lo anterior, el hecho de que la entidad gestora dejara de suministrar los datos acerca de las cotizaciones interesadas, pese a obrar tales antecedentes fácticos exclusivamente en su poder, situó a ésta en una situación hegemónica en la fase probatoria. Dicha conducta es contraria al principio procesal de igualdad, que ha de estar también presente en la fase probatoria como una de las garantías esenciales protegidas por el art. 24.2 CE, pues, en el diseño del proceso establecido en dicha norma fundamental, la evidencia, presupuesto ineludible de la Sentencia, ha de obtenerse *evitando las situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes en la traída de los hechos al proceso o, lo que es lo mismo, garantizando la igualdad efectiva de las posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos para lograr la plenitud del resultado probatorio.*” (grifo nosso).

³²⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, pp. 272-273.

³³⁰ O que também é defendido por BAYLES, Michael. *Principles of Law. A normative analysis*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, pp. 10-11.

³³¹ “El principio de igualdad debe ser entendido y observado en un sentido material, habida cuenta de las condiciones concretas, singulares, individuales, bajo las cuales, *hic et nunc*, se ejercerán los derechos y se cumplirán los deberes que los textos legales otorgan a los miembros de la comunidad: ya no basta la garantía, típica del liberalismo ortodoxo, de una igualdad puramente formal. Es en tal perspectiva en la que se deben plantear y resolver las innumerables cuestiones atinentes a los distintos aspectos del problema: la igualdad de riesgos, la igualdad de oportunidades y principalmente la igualdad de tratamiento de las partes por el órgano judicial”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Dimensiones sociales del proceso civil*. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 23-33.

³³² “O juiz tem deveres primários de promoção e preservação da igualdade substancial entre as partes, *neutralizando eventuais desigualdades*” (grifo nosso). LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Garantia do tratamento paritário das partes*. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 110 e ss.

discriminações destituídas de fundamento constitucional³³³ e que eventuais desigualdades dadas sejam compensadas, também em matéria processual³³⁴. Somente quando se admite a desigualdade entre os litigantes pode-se conceber a introdução de mecanismos de efetiva compensação destinados a *reestabelecer* o nivelamento entre eles³³⁵, proporcionando *equilíbrio*³³⁶, e não o mero acesso formal ao processo³³⁷. O juiz, ao assegurar às partes igualdade de tratamento (art. 125, I, CPC) deve certificar-se que estas estejam *niveladas*, não bastando a igual consideração do juiz para uma e outra³³⁸.

Está na base da noção de isonomia a ideia de *equilíbrio*³³⁹, de modo que o tratamento desigual, para ser suficientemente justificável, deve ser aquele que busca

³³³ Tarzia defende que a igualdade, em seu aspecto substancial significa a “esigenza che nell'esercizio della giurisdizione e nell'attribuzione dei poteri processuali non si attuino discriminazioni fra le parti, che non siano giustificate dalla posizione che esse sono venute assumendo nel processo, *ex lege*, per effetto dei provvedimenti pronunciati”. TARZIA, Giuseppe. Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LIII, n° 3. Padova: CEDAM, 1998, p. 664.

³³⁴ MAURER, Hartmut. Direito processual estatal-jurídico. In: MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 210-211. No mesmo sentido, propugnando que a igualdade entre as partes não seja apenas formal, mas também material, real, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 128.

³³⁵ “O direito de defesa merece uma revisão crítica, na tentativa de estabelecer um método de interpretação orientado pelo propósito de promover o nivelamento de autor e réu (reduzindo as diferenças de seus poderes apenas ao mínimo inerente às posições por eles assumidas na relação processual), e extraindo (ao menos parte das) conseqüências dessa alteração de perspectiva sobre a estrutura do processo”. SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3. Igualmente, ALVES, Maristela da Silva. Princípio da isonomia constitucional. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 142 e KOMATSU, Roque. Notas em torno dos deveres processuais do juiz. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 708.

³³⁶ “Elle exigerait que du point de vue des moyens offerts par la procédure l'égalité entre les parties soit assurée et qu'il n'y ait pas déséquilibre dans la présentation des thèses respectives. Le déséquilibre d'ailleurs peut résulter tant de dispositions légales que d'actes de procédure, en matière par exemple d'administrations des preuves”. SALVIA, Michele de. Procès équitable et égalité des armes dans le cadre de contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil dans la jurisprudence de la commission européenne des droits de l'homme. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 47.

³³⁷ FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O papel do juiz na preservação do Estado Democrático de Direito. In: _____. *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 406. No mesmo sentido, na doutrina européia, ver UBERTAZZI, Giovanni Maria. Divieto di discriminazione e uguaglianza delle armi nel processo civile secondo la commissione dei diritti dell'uomo. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 111.

³³⁸ DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 2. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 117.

³³⁹ PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2012, p. 160; SILVESTRI, Gaetano. Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell'Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 22; PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no processo civil. O Conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92.

equilibrar situação de desequilíbrio *anterior* ao processo ou que surja *durante* o processo³⁴⁰. A realidade processual também pressupõe, portanto, um caráter *dinâmico* da igualdade³⁴¹. Essa concepção dinâmica da isonomia processual tem ao menos quatro ramificações que se complementam, cada qual com sua operacionalidade: (i) neutralidade e igual respeito aos sujeitos do processo (noção atrelada àquela da imparcialidade); (ii) não-discriminação (proibição de distinções arbitrárias no conteúdo e na aplicação da lei processual); (iii) redução de desigualdades que impõem desvantagens práticas (culturais, de língua, geográficas, econômicas, entre outras) e (iv) igual acesso à informação (exclusão de qualquer barreira de acesso aos meios de prova e eventuais materiais de interesse para a defesa de alguma das partes)³⁴².

As duas primeiras noções referem-se a uma perspectiva da igualdade que remonta à primeira dimensão dos direitos fundamentais, direitos de cunho negativo que funcionam como salvaguarda da cidadania contra o arbítrio estatal³⁴³. De outro lado, as duas últimas ramificações podem ser reconduzidas à segunda dimensão dos direitos fundamentais, que impõe ao Estado uma tarefa promocional e, portanto, uma atitude positiva diante da desigualdade. As últimas, portanto, são repercussões de uma das noções mais importantes da isonomia, qual seja, a da *igualdade de possibilidades*, que, consubstanciada no caráter dialético do processo, significa a exigência de uma intervenção equilibrada de ambas as partes³⁴⁴, assim como uma distribuição equilibrada

³⁴⁰ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. I. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 167.

³⁴¹ Igualmente defendendo uma dupla perspectiva da igualdade, mas com diferente estruturação ver, SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução de desigualdades no processo civil. In: *Revista de Processo*, nº 192. São Paulo: RT, 2011.

³⁴² ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford: Oxford Press, 2003, pp. 114-116. Com relação ao último aspecto, defendendo sua aplicação no direito processual brasileiro, afirma Rui Portanova: “O sistema do Código de Processo Civil tem orientação clara em relação à atividade judicial que exige dinâmica no andamento do processo, percuciente na investigação probatória e atenção à efetiva igualdade das partes”. PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: *Revista da AJURIS*, ano XXI, nº 62, 1994, pp. 286-287.

³⁴³ Parte da doutrina alemã, por exemplo, trata a igualdade diante do juiz como sinônimo de “proibição de arbítrio”. Sobre o tema, ver WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Nº 3. Padova: Cedam, 2001, p. 738.

³⁴⁴ FIX-ZAMUDIO, Héctor. Les garanties constitutionnelles des parties dans le Procès Civil en Amérique Latine. CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (coord.). *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation*. Milão: Giuffrè, 1973, p. 68. Nesse sentido: “A prioridade é conceder a cada uma delas o direito de ocupar e de exercer de forma eficiente a sua respectiva posição dentro da dinâmica que forma a teia processual, distribuindo-se de forma equilibrada as forças atuantes na formação do debate.” (REICHELT, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 151).

dos ônus e riscos do processo³⁴⁵.

Portanto, o dever de tratamento isonômico não se reduz ao oferecimento de iguais oportunidades às partes (primeiro passo), nem à vedação de discriminações arbitrárias no conteúdo da lei (segundo passo), mas também ao dever de conferir às partes a possibilidade de litigar em situação equilibrada³⁴⁶. Isso pressupõe eventualmente a desigualdade no tratamento, daí ser mais adequada a noção de *equivalência de oportunidades*³⁴⁷. O terceiro passo a ser dado na promoção da isonomia processual consiste, nessa medida, em conferir tratamento desigual que substancialmente iguala³⁴⁸, e, portanto, *equilibra* as posições, sem implicar portanto identidade formal absoluta de meios³⁴⁹. Para que haja diferença no tratamento, é necessária uma justificação objetiva e razoável, cuja valoração deve atentar para as finalidades perseguidas pela lei e para a adequação dos meios utilizados para atingir esses fins³⁵⁰. Daí ser possível dizer que é inconstitucional qualquer instituto que, ainda que de natureza extraprocessual, subtraia das partes a possibilidade concreta de determinar-se no êxito do seu pleito³⁵¹, uma vez que esta é a finalidade precípua da igualdade processual³⁵², como veremos na segunda parte desse trabalho.

³⁴⁵ ZUCKERMAN, Adrian. Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. In ZUCKERMAN, Adrian (coord.). *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*. Oxford: Oxford press, 1992, pp. 5-6; BAUR, Fritz. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d'Allemagne. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (coord.). *Fundamental Guarantees of The Parties in Civil Litigation*. Milão: Giuffrè, 1973, p. 19.

³⁴⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210.

³⁴⁷ Como ressalta COMOGLIO, “in forza di tale ‘eguaglianza’ debba riconoscere a ciascuna delle parti l’equivalente possibilità di fruire di una ‘ragionevole opportunità di esporre il proprio caso – comprese le prove – a condizione che non la pongano in posizione di sostanziale svantaggio nei confronti della controparte’, tanto da far reuptare persino ammissibile in via eccezionale (se sia la sola, in concreto, a disposizione) una prova testimoniale di un teste incapace o di un teste la cui deposizione sarebbe, altrimenti, inammissibile”. COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e Tecnica del “Giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 252.

³⁴⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 209.

³⁴⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, pp. 272-273. Registre-se, por oportuno, a redação do recentíssimo Código de Processo Civil Português (2013), que em seu artigo 4º dá conta da necessidade de promoção de igualdade substancial no processo: “Artigo 4º. Igualdade das partes. O tribunal deve assegurar, ao longo de todo o processo, um estatuto de igualdade substancial das partes, designadamente no exercício de faculdades, no uso de meios de defesa e na aplicação de cominações ou de sanções processuais”.

³⁵⁰ PICÓ i JUNOY, Juan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2012, p. 160.

³⁵¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *La Garanzia Costituzionale dell’Azione ed il Processo Civile*. Padova: Cedam, 1970, p. 154.

³⁵² Dessa forma, pode-se falar em dois sentidos nos quais atua a igualdade processual: “in modo che il meccanismo processuale non crei senza una ragione accettabile situazioni di minor difesa di una parte

A igualdade processual é *dinâmica* porque o direito de ação³⁵³ e o próprio fenômeno processual³⁵⁴ são dinâmicos. Desse modo, o *equilíbrio dos sujeitos do processo* não pode ser dado *a priori*, mas depende justamente das atividades desempenhadas por cada um, do fato de terem ou não se desincumbido de determinados ônus, por exemplo³⁵⁵. O processo, assim, mesmo antes de seu término, pode ter de colocar uma das partes em situação de vantagem substancial com respeito à outra³⁵⁶, na medida em que isso se justifique em face da atividade probatória de ambas³⁵⁷, a legitimar a imediata executoriedade de determinado provimento ou outra diferenciação no bojo do processo. Isso é resultado do seu caráter *relacional*: o *equilíbrio* se dá com relação a determinada posição, ônus, faculdade ou dever e não pode ser compreendido na estrutura processual como um todo³⁵⁸. As interações entre cada sujeito processual são

rispetto all'altra o alle altre, per il fatto che è diversa la posizione processuale (attore-convenuto, impugnante-impugnato, ecc.)” e “in modo anche che le situazioni sostanziali non determino una preferenza di una parte sull'altra non ricavabile dalla stessa disciplina di diritto materiale”. FRANCHI, Giuseppe. Processo civile italiano e diritti dell'uomo. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 53.

³⁵³ O direito de ação é o direito a um plexo de situações jurídicas (demandar, contestar, interpor recurso, etc.), um verdadeiro direito composto. A lição é de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, pp. 139-140.

³⁵⁴ É da natureza do processo o seu caráter eminentemente dialético e sua estrutura de relações dinâmicas, daí ser possível até mesmo vislumbrá-lo como um conjunto de “cadeias de vínculo”, formadas “por posições jurídicas que estejam entre si numa relação de influência reflexiva (são atos que se encontram mutuamente numa ligação de condicionamento recíproco), de modo que sejam entrelaçadas argumentativamente em torno dos objetivos processuais pretendidos pelos sujeitos, bem como através das vinculações que voluntariamente assumem. É a partir das interações decorrentes do contraditório que poderá ser inferida a composição da cadeia de vínculos. Essas interações combinam-se pelos atos comissivos e omissivos praticados em diversos momentos, que se unem por sua mútua implicação no âmbito do contraditório-influência. A cadeia de vínculo, portanto, é formada por um conjunto de conexões de condicionamentos”. CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 331-332. Daí ser possível dizer que o processo é uma relação extremamente dinâmica.

³⁵⁵ “A compreensão da noção ora proposta passa ainda pela consideração dos mecanismos que integram a estrutura dialética à qual está relacionada à atuação dos sujeitos do debate. É ela ponto de partida para o desenvolvimento da ideia de distribuição adequada e equilibrada das possibilidades de participação efetiva atribuídas aos sujeitos processuais ao longo do feito. Esta última, por sua vez, revela-se uma condição a ser necessariamente atendida para que o processo possa realizar na prática os escopos que lhe são atribuídos”. REICHEL, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 19.

³⁵⁶ “Definitivamente, o princípio da igualdade é dinâmico, no sentido de promover a igualização das condições entre as partes”. PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 47.

³⁵⁷ RASCIO, Nicola. Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale. In: *Rivista di Diritto Civile*. n. 5, 2001, p. 611.

³⁵⁸ “Trata-se de fazer com que as normas destinadas a regular o processo sejam moldadas de forma a oferecer às partes possibilidades efetivas de participação eficiente, *fixada a medida da intensidade de atuação de cada sujeito no caso concreto*, respeitados os valores de ordem pública que integram o ordenamento jurídico” (grifo nosso). REICHEL, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à*

dinâmicas, de modo que o exame acerca do equilíbrio ou não de posições deva sê-lo sempre com relação a um contexto situacional específico³⁵⁹. Cada posição processual deve ser vista em concreto (e nas suas relações com as demais posições), com atenção à função conferida àquele determinado ato processual e às alternativas possíveis àquele sujeito naquele determinado momento, quando se trata de verificar a *igualdade de possibilidades* de seu desempenho³⁶⁰.

2.2.2. Isonomia processual, contraditório como potencialidade de influência e a igualdade de oportunidades aplicada ao processo.

Na sua relação com as demais garantias processuais a doutrina costuma dizer que a isonomia processual é uma projeção da imparcialidade do exercício jurisdicional³⁶¹. Na França, por exemplo, a doutrina costuma derivar da ideia de *égalité devant la justice* a exigência de juiz natural e de acesso aos tribunais³⁶². Há, ainda, quem defenda que pode haver afronta à isonomia quando ausente a motivação dos atos judiciais³⁶³. Não há dúvida, entretanto, que o tema da isonomia processual está

realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 91.

³⁵⁹ “As dinâmicas interações da relação processual fazem de cada contexto situacional um específico ponto de interesses materiais diversos e cambiantes”. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e 'zonas de interesse' sobre a migração entre polos da demanda. In: *Revista da SJRJ*, nº 26. Rio de Janeiro, 2009, p. 39.

³⁶⁰ Tratando do problema do interesse processual e da necessidade de análise de cada posição, em concreto, assim leciona Antonio do Passo Cabral: “A situação legitimante, nessa ordem de ideias, poderia ser analisada sob o prisma das funções e das específicas posições processuais em que praticados atos no processo (ônus, direito, poder, faculdade, etc.), ou do complexo de alternativas que estejam abertas para o sujeito numa determinada fase processual. Tradicionalmente, o complexo desses poderes era descrito como 'ação', o que dificulta a correta compreensão de um fenômeno dinâmico como a relação processual”. CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e 'zonas de interesse' sobre a migração entre polos da demanda. In: *Revista da SJRJ*, nº 26. Rio de Janeiro, 2009, p. 25.

³⁶¹ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no processo civil. O Conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 89. Nesse mesmo sentido: “Para coibir atos arbitrários existem os instrumentos legítimos da suspeição e do impedimento, garantias infra-constitucionais que têm por escopo propiciar a imparcialidade do juiz e, em última análise, garantir a própria igualdade entre as partes”. LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 110 e ss. Sobre o problema da isonomia processual a partir da ótica da imparcialidade, naquilo que diz respeito à possibilidade de audiência do julgador com a parte (ou seu advogado) sem a presença da parte contrária (ou de seu procurador) ver BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, pp. 35-37.

³⁶² OPPETIT, Bruno. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en Droit Français. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (coord.). *Fundamental Guarantees of The Parties in Civil Litigation*. Milão: Giuffrè, 1973, pp. 487-488.

³⁶³ Como é o caso da decisão do CCPR em Dieter Wolf v. Panama, Communication No. 289/1988, U.N. Doc. CCPR/C/44/D/289/1988 at 80 (1992): “6.6 The author claims that he was denied a fair trial; the

intimamente ligado à noção de contraditório, das mais diversas formas³⁶⁴. Se a temática da igualdade no processo impõe a análise das possibilidades inerentes à prática de cada ato em concreto por determinado sujeito, é claro que o contraditório aparece como elemento ineliminável de seu núcleo de significado³⁶⁵. Em outras palavras, a prática de atos processuais (e dessa forma a noção de igualdade como equilíbrio no exercício de posições jurídicas processuais) está inequivocamente relacionada ao contraditório³⁶⁶.

State party has denied this allegation by generally affirming that the proceedings against Mr. Wolf complied with domestic procedural guarantees. It has not, however, contested the allegation that the author was not heard in any of the cases pending against him, nor that he was never served a properly motivated indictment. The Committee recalls that the concept of a "fair trial" within the meaning of article 14, paragraph I, must be interpreted as requiring a number of conditions, such as equality of arms and respect for the principle of adversary proceedings. These requirements are not respected where, as in the present case, the accused is denied the opportunity to personally attend the proceedings, or where he is unable to properly instruct his legal representative. In particular, the principle of equality of arms is not respected where the accused is not served a properly motivated indictment. In the circumstances of the case, the Committee concludes that the author's right under article 14, paragraph 1, was not respected."

³⁶⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e Tecnica del 'Giusto Processo'*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 53; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210. Entendendo que o contraditório é um aspecto do direito de igualdade, THEODORO JR., Humberto. *Direito e Processo*. v. 5. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 79. "O contraditório, sem o qual não há participação, é apenas um aspecto do direito fundamental de igualdade, que no processo se traduz na necessidade de *equilíbrio* das partes no processo". Há quem diga mesmo que igualdade e contraditório se sobrepõem uma à outra. Nesse sentido MATSCHER, Franz. *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence des organes de la convention européenne des droits de l'homme*. In: *Le droit à un procès équitable*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 2000, p. 17. Entendendo que a igualdade processual deve desenvolver-se dentro do marco de um processo em contraditório, PICÓ i JUNOY, Juan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2012, p. 161. Entendendo que o desenvolvimento do processo em absoluta igualdade é pressuposto básico do contraditório, TUCCI, José Roberto Cruz e. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, p. 109. Posicionando-se no sentido de que o direito de defesa (*audiatur et altera pars*), núcleo essencial da garantia do contraditório, tem seu foco fortemente centrado na preservação da igualdade das partes, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 121. De forma bastante enfática, Rui Portanova, por sua vez, afirma: "Sem que as partes estejam em certa igualdade de condições de postularem seus direitos (que não raro desconhecem) o contraditório é uma farsa". PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: *Revista da AJURIS*, ano XXI, nº 62, 1994, p. 289. Nas relações entre igualdade e contraditório, para Fazzalari, o contraditório é instrumento para a realização da igualdade. FAZZALARI, Elio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XII, nº 3. Milano: Giuffrè, p. 869.

³⁶⁵ Antes mesmo da vigência da Constituição de 1988, essa relação íntima entre contraditório e igualdade (ainda que seus conceitos apresentem distinção com relação ao que é defendido no presente trabalho) já era demonstrada pela doutrina: "O fundamento constitucional do contraditório e da defesa é o próprio princípio da igualdade, que compreende a igualdade processual, temos então defesa e contraditório garantidos, ambos, para qualquer processo, pela Constituição do Brasil, como decorrência da igualdade processual". GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 19, 1982, p. 14.

³⁶⁶ "Nel processo, i poteri, attraverso il cui esercizio si attua la partecipazione degli interessati alla fase preparatoria del provvedimento, sono distribuiti dalla norma fra i partecipanti in maniera da atuare una effettiva corrispondenza ed equivalenza fra le varie posizioni". FAZZALARI, ELio. *Diffusione del processo e compiti della dottrina*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XII, nº 3. Milano: Giuffrè, p. 869.

No processo, as partes são postas em equilíbrio dinâmico, com equivalência de oportunidades, e o tecido que perpassa esse equilíbrio é o chamado “princípio do contraditório”³⁶⁷, cujo núcleo duro não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo³⁶⁸ e na possibilidade de contraditá-los³⁶⁹. O contraditório, desse modo, não constitui um instrumento de luta entre as partes, mas um instrumento operativo do juiz e, portanto, um aspecto fundamental do juízo³⁷⁰. É noção que se estende a todo o material de interesse jurídico para a decisão, tanto jurídico quanto fático, tanto de natureza processual como material³⁷¹, garantindo a participação efetiva e, portanto, igualitária das partes³⁷². Contraditório, pois, em sentido forte³⁷³, entendido como o direito de *influência*³⁷⁴ de todos os sujeitos nos desígnios do processo e na formação do

³⁶⁷ PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 227.

³⁶⁸ “Assimilato ad una regola di eguaglianza formale, altre volte, il principio del contraddittorio, ancora isolatamente considerato, appare inadeguato ad apprestare i presupposti minimi perché la parte possa, se voglia, contribuire a lumeggiare il thema decidendum e, comunque, difendersi”. GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n.4, 1966, p. 591. As noções são, entretanto, complementares: “Não se pretende, aqui, negar ou diminuir a relevância das garantias de ciência e manifestação das partes, representadas e operadas pelo contraditório. Porém, o princípio tem outras aplicações que o afastam daquela noção tradicional, devendo ser encarado hoje numa perspectiva mais elástica”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 111.

³⁶⁹ “Effettività del contraddittorio non significa, peraltro, soltanto dibattito delle questioni tra le parti, ma concreto esercizio del diritto di difesa ai fini della formazione del convincimento del giudice”. DENTI, Vittorio. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. In: *Sistema e Riforme. Studi sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, p. 179.

³⁷⁰ PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LIII, n° 3. Padova: CEDAM, 1998, p. 680. Nesse sentido, na doutrina brasileira: “O delineamento dessa moderna concepção isonômica do contraditório se inicia de modo mais efetivo a partir desse momento, mediante a percepção da doutrina processual germânica de que este não poderia mais ser analisado tão-somente como mera garantia formal de bilateralidade de audiência, mas, sim, como uma possibilidade de influência”. THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: *Revista de Processo*, n° 168, 2009, p. 122. Nesse sentido também MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 65.

³⁷¹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 37.

³⁷² ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 159.

³⁷³ PICARDI, Nicola. *Manuale del Processo Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010, p. 228 e ss.; PICARDI, Nicola. ‘Audiatur et Altera Pars’ – Le Matrici Storico-Culturali del Contraddittorio. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003, p. 7 e ss. No Brasil, a idéia de contraditório em sentido forte aparece na obra do Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, em especial: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In *Revista de Processo*, n° 71. São Paulo: RT, 1993; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 227-241.

³⁷⁴ “Ma in questo suo 'nucleo essenziale' il contraddittorio non esprime l'esigenza che le parti si trovino su un piano di parità formale nel processo, né postula affatto la cd. neutralità del giudice, bensì richiede semplicemente che gli interessati siano posti in grado di influire attivamente sull'esito del giudizio.” TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 385-386; Nesse mesmo sentido, dentre outros, COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e*

convencimento do juiz, pressupõe uma participação em pé de igualdade³⁷⁵. Ainda que certos sujeitos processuais não possam exercer poder de maneira coercitiva, podem condicionar condutas alheias através de influência, compreendida como qualquer condicionamento significativo à conduta dos demais sujeitos do processo. Esse condicionamento realiza-se a partir de posições críticas ou omissões conclusivas, transmitidas comunicativamente e que caso não existissem, poderiam, mantidas as demais condições, motivar o sujeito condicionado a agir de modo diverso³⁷⁶. O cidadão busca na justiça uma decisão justa e racional, que leve em consideração os argumentos das partes e os fatos provados. Isso só é possível com o tratamento igualitário, pelo juiz, no processo³⁷⁷.

Nesse quadro, o contraditório assume o papel de verdadeiro “*cardine della ricerca dialettica*”³⁷⁸, com vistas à formação da decisão justa³⁷⁹. Trata-se de veículo que operacionaliza a abertura democrática dos procedimentos estatais, transformados em palcos dialógicos inclusivos e pluralistas, permitindo aos cidadãos o condicionamento argumentativo do exercício do poder³⁸⁰. Esse condicionamento, entretanto, é apenas

Tecnica del 'Giusto Processo'. Torino: Giappichelli, 2004, p. 31; WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Nº 3. Padova: Cedam, 2001, p. 735; MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 149; DIDIER, JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e Processo de conhecimento*. V. 1. 12ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 52; NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 29, 2004, p. 78.

³⁷⁵ LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 96. Dinamarco fala em contraditório equilibrado: “equilíbrio do contraditório, agora sim, nos traz a ideia de igualdade das partes. Tudo se faz para que haja uma igualdade de oportunidades das partes no processo”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 19, 1982, p. 36. Não podemos concordar, entretanto, quando resume ele o contraditório às partes no processo, como exporemos adiante.

³⁷⁶ A definição é de CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 119-120.

³⁷⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 19, 1982, p. 41.

³⁷⁸ A expressão aparece em PICARDI, Nicola. Il principio del contraddittorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LIII, nº 3. Padova: CEDAM, 1998, p. 680.

³⁷⁹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 150.

³⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 128. Nesse sentido: “A leitura dinâmica da garantia do contraditório, como incentivador ao aspecto dialógico do procedimento, impõe uma efetiva participação dos sujeitos processuais em todo o *iter* formativo da decisão. (...) A participação advinda da leitura dinâmica do contraditório (e de outras garantias processuais constitucionais) importa uma democratização do sistema de aplicação da tutela mediante a assunção de responsabilidade de todos que dele façam parte”. NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 29, 2004, p. 85.

franqueado às partes, não lhes sendo obrigatório³⁸¹, representando *potencialidade de influência*, uma vez que o processo é espaço de estratégia que respeita a autonomia da vontade, prevendo, de outro lado, conseqüências para a inação ou a carência de funcionalidade de determinado ato³⁸². O processo, espaço democrático de participação que é³⁸³, atribui um direito (e não um dever) às partes de fazerem uso de sua capacidade crítica³⁸⁴. O que não significa, entretanto, que possam fazer uso de estratégias antiéticas: a atuação das partes deve ser pautada pela ética³⁸⁵. O Estado tem, portanto, o *direito* de exigir das partes retidão no manuseio do processo³⁸⁶.

O contraditório, entendido como *potencialidade de influência* (na sua forma dinâmica, pois³⁸⁷), assegura que as escolhas de conduta dos sujeitos processuais sejam resultado da influência dos atos dos demais, devidamente levados em consideração³⁸⁸. O objetivo do contraditório não se resume, assim, à possibilidade de oposição e/ou resistência, mas também à possibilidade ou potencialidade de influência³⁸⁹. Nessa

³⁸¹ Nesse sentido, em perspectiva parecida, Dierle Nunes, para quem “o contraditório não constitui uma obrigação, mas, sim, uma faculdade que se resolve em ônus processual, pois não existe a necessidade do seu exercício, mas, sim, a possibilidade de fazê-lo atuar de modo a garantir a cada um dos interessados uma equivalência e correspondência nas respectivas posições, explicando de maneira constante e não episódica uma série de escolhas, de controles e reações que podem ser feitas”. NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 29, 2004, pp. 79-80.

³⁸² CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, pp. 153-154. O mesmo autor exemplifica, quanto às omissões: “Quando presentes situações em que opções estratégicas são permitidas aos agentes, as omissões são praticadas assumindo os riscos comunicativos de não interferirem positivamente na decisão. O não oferecimento da exceção de incompetência, a não-interposição de recursos, dentre outros, são atos em que a omissão equivale a uma declaração de vontade”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 158.

³⁸³ A doutrina fala na participação como “premissa constitucional para a apreciação do princípio do contraditório”. DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. In: *Revista de Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 19, 1982, p. 22.

³⁸⁴ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 154.

³⁸⁵ Sobre o tema ver MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, pp. 105-108.

³⁸⁶ CABRAL, Antonio do Passo. O Contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*, vol. 126, 2005, p. 62 e ss.

³⁸⁷ “A influência não é produto de apenas um sujeito porque o ato processual não se forma isoladamente. A cadeia do procedimento supõe as fases anteriores e o dinamismo das interações faz com que as condutas e condicionamentos que decorreram dos acontecimentos pretéritos compoñham o suporte fático para as posteriores normas e condutas produzidas paulatinamente no seu curso” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 134.

³⁸⁸ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 128.

³⁸⁹ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 371. Nesse sentido também Luis Alberto Reichelt, “Destaque-se que o conteúdo de tal feixe de garantias diz respeito tanto à existência de um debate efetivo junto à *possibilidade de os*

medida, no que diz respeito à igualdade, todos aqueles com análogas posições processuais devem ter análogos poderes de influenciar a formação da decisão³⁹⁰, por meio de condicionamentos à conduta dos demais sujeitos. Daí ser possível dizer que isonomia e contraditório caminham juntos, cada qual com seu conteúdo normativo; contraditório em equilíbrio é aquele que pressupõe e é fundado na isonomia³⁹¹. Não se realiza um contraditório equilibrado e razoável se não se assegura aos sujeitos do processo condições de efetiva igualdade de possibilidades de influência - com o exercício dos poderes de argumentação, de dedução e de prova - na formação do convencimento decisório do juiz. Agrega-se, assim, à exigência de *Waffengleichheit* (igualdade de “armas”) a *Chancengleichheit* (igualdade de “possibilidades”)³⁹². Ao lado da exigência formal de *armas* equivalentes, o processo deve dar às partes equivalentes *chances* de influir nos desígnios do processo³⁹³, possibilitando a obtenção de uma tutela efetiva e adequada aos seus interesses³⁹⁴.

participantes exercerem real influência sobre a construção da decisão judicial e à possibilidade de os mesmos terem seus respectivos interesses realizados de forma concreta e efetiva no final do processo” (grifo nosso). REICHEL, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, pp. 156-157.

³⁹⁰ “Todos aqueles com a mesma posição processual devem ter iguais poderes de influenciar a formação da decisão. Mas ainda assim, mesmo com o esforço de igualar as potesdades processuais, o exercício do poder e influência não se afigura correlacional e tampouco se manifesta em graus analogamente comparáveis. As variações de poder dependerão de inúmeros fatores: se estamos no processo civil ou penal, se a causa versa sobre direitos disponíveis ou indisponíveis, se aquele ordenamento atribui mais poderes ao juiz que às partes. E essa irregularidade também se verifica no exercício da influência, e decorre do envolvimento interativo ao qual corresponde um intercâmbio de condicionamentos em inevitável assimetria”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 175.

³⁹¹ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e Tecnica del 'Giusto Processo'*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 53; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210. Contra, entendendo que o contraditório é um aspecto do direito de igualdade, THEODORO JR., Humberto. *Direito e Processo*. v. 5. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 79. “O contraditório, sem o qual não há participação, é apenas um aspecto do direito fundamental de igualdade, que no processo se traduz na necessidade de *equilíbrio* das partes no processo”. Há quem diga mesmo que igualdade e contraditório se sobrepõem uma à outra. Nesse sentido MATSCHER, Franz. *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence des organes de la convention européenne des droits de l’homme*. In: *Le droit à un procès équitable*. Strasbourg: Editions du Conseil de l’Europe, 2000, p. 17. Entendendo que a igualdade processual deve desenvolver-se dentro do marco de um processo em contraditório, PICÓ i JUNOY, Juan. *Las Garantías Constitucionales del Proceso*. 2ª Ed. Barcelona: Bosch, 2012, p. 161.

³⁹² COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e Tecnica del 'Giusto Processo'*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 64.

³⁹³ “Hay que asegurar a ambas partes el poder de influir igualmente en la marcha y en el resultado del pleito. Por ende, ambas deben tener las mismas posibilidades de actuar y también quedar sujetas a las mismas limitaciones.” BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 70.

³⁹⁴ REICHEL, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 78.

Em razão das recíprocas influências entre contraditório e igualdade, essa última acaba se redimensionando. O contraditório não se efetiva apenas com a *bilateralidade de instância*, assim como a isonomia não se efetiva apenas com a *simetria* de posições. Para que haja efetivo contraditório exige-se também a *potencialidade de influência*; para que haja efetiva isonomia exige-se também a *promoção do equilíbrio*. Assim, a isonomia processual funciona como suporte ao contraditório, como meio para sua realização³⁹⁵: são necessárias equivalentes oportunidades de desempenho do contraditório, entendido como potencialidade de influência³⁹⁶. Daí porque, no desenvolvimento da atividade processual, a tônica do problema envolvendo a igualdade recai sobre a noção de “igualdade de oportunidades”³⁹⁷.

Para o processo civil, a teoria de Amartya Sen (o *capability approach* de que se cuidou *supra*) acerca da igualdade de oportunidades pode funcionar como útil referencial teórico. Ostentar “*basic capabilities*”, como já se disse, significa estar apto desempenhar certas ações.³⁹⁸ De outro lado, o conceito de “*functioning*” está ligado aos elementos constitutivos de bem-estar. A pessoa deve ter capacidade de “funcionar” e para isso deve dispor de um arranjo mínimo (e variável segundo suas características pessoais) de condições que a permitam potencialmente alcançar esse bem-estar. O processo tem que permitir que, dentro dos seus espaços de liberdade, os sujeitos processuais possam efetivamente influir na construção da decisão judicial. Essa, portanto, a *functioning* primordial, que deve ser alcançada como elemento de bem-estar de todos aqueles que participam do processo. Dessa maneira, dado que o foco está na potencialidade de obtenção dos resultados pretendidos (e não apenas nos meios), o

³⁹⁵ MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. Égalité des armes. In: CADIET, Lööc (coord.). *Dictionnaire de la Justice*. Paris: Puf, 2004, p. 405. Nesse sentido, a igualdade é condição de realização do contraditório: “cuida-se de condição necessária para a realização de um contraditório efetivo, garantindo aos participantes as condições necessárias para que suas respectivas expectativas de obtenção de um provimento justo sejam, na medida do possível, mantidas até o final do processo.” REICHEL, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 151.

³⁹⁶ “A completa realização do princípio do contraditório depende de respaldo legal no sentido de ser alcançada a efetiva igualdade das partes, não sendo suficiente a formal e retórica igualdade de oportunidades”. LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 50.

³⁹⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 70

³⁹⁸ SEN, Amartya. Equality of What?. In: McMurrin S. *Tanner Lectures on Human Values*, V. 1. Cambridge: Cambridge University Press, 1980, p. 218.

processo deve fornecer *reais oportunidades* de exercício dessa potencialidade de influência, compreendida como condicionamento argumentativo do exercício do poder estatal. Pode ser necessário, assim, submeter as partes a tratamentos desiguais com o fito de equilibrar suas oportunidades³⁹⁹. Nesses casos, devem ser identificadas, de um lado, quais as condições (e qual o *deficit*) de cada sujeito em termos de condições de participação no debate processual e, de outro, qual a relação de causa e consequência derivada da aplicação diferenciada das normas processuais, com vistas ao equilíbrio dessas condições⁴⁰⁰.

Há ainda outro aspecto que sobressai dessa relação entre contraditório e igualdade. Participação e influência significam para o contraditório também uma mudança no que tange aos seus sujeitos. Não somente as partes, mas também o juiz se submete ao contraditório⁴⁰¹. É claro que, de um lado, o juiz é sujeito passivo do contraditório, uma vez que deve velar pela sua observância e é submetido aos condicionamentos das partes, pelo exercício de seu direito de influência⁴⁰². Entretanto, o contraditório impõe ao juiz também condutas comissivas. Convertendo-se em verdadeiro poder-dever do juiz - que deve controlar a observância e, ele mesmo, observá-lo⁴⁰³ -, o contraditório reforça-se também no que diz com todas as questões

³⁹⁹ “Em certos casos nos quais as partes se encontrem em uma situação inicial de indesejável desigualdade, o ordenamento jurídico deverá submeter as partes a consequências jurídicas distintas, com o que elas passarão a ser consideradas em situação de equivalência no que se refere às possibilidades de participação no debate processual”. REICHELTL, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. In: *Revista de Processo*, nº 210. São Paulo: RT, 2012, p. 26.

⁴⁰⁰ REICHELTL, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. In: *Revista de Processo*, nº 210. São Paulo: RT, 2012, p. 26.

⁴⁰¹ “Além da obrigação das partes em contribuir eticamente para a resolução do conflito, o contraditório impõe ainda um dever ao juiz, no sentido de instalar verdadeiro debate judicial sobre as questões discutidas no processo”. CABRAL, Antonio do Passo. O Contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*, vol. 126, 2005, p. 62 e ss.

⁴⁰² “Qualquer ato se dirige, difusa e potencialmente, ao condicionamento de todos os sujeitos processuais. Assim, qualquer um pode ser sujeito condicionado, inclusive o juiz” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143. Ressalte-se que “Qualquer sujeito processual condiciona a atividade dos demais, e mesmo um juiz influencia outro juiz” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 133. Além disso, “O juiz, através de suas condutas (ao praticar atos processuais, ainda que sem conteúdo decisório), e também pelas suas omissões (quando deixa de praticar um ato que dele se poderia esperar), condiciona diretamente os comportamentos subsequentes dos demais sujeitos, alertando-os, direcionando-os, criando expectativas, etc. Prática, portanto, atos estimulantes, e isso o faz ao longo de todo o procedimento, na condição de sujeito condicionante”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 143.

⁴⁰³ É o texto da primeira parte do art. 16 do Code de Procédure Civile: “*Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction*” (grifo nosso). Sobre o

(fáticas e/ou jurídicas) que possam influir na esfera de direitos das partes⁴⁰⁴, vendo ampliada sua concepção no sentido de importar em deveres de colaboração dos litigantes e de participação do juiz em verdadeiro debate judicial⁴⁰⁵.

Como sujeito do contraditório, o papel do juiz no processo redimensiona-se, a partir de três grandes vetores, quais sejam: (i) poder de direção do processo (inspirado pelo princípio do impulso oficial, com aplicação quase absoluta); (b) exercício de iniciativa probatória (mesmo de ofício) e, talvez mais importante; (c) dever de diálogo entre juiz e partes, impondo-se a prévia discussão para solução de questões cognoscíveis de ofício⁴⁰⁶. Este último aspecto, um verdadeiro dever de consulta⁴⁰⁷, que consiste no dever de o órgão jurisdicional consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão⁴⁰⁸. O contraditório (e, portanto, a igualdade) é desrespeitado sempre que proferida decisão-surpresa, com relação a fatos ou questões jurídicas (ainda que cognoscíveis de ofício) não discutidas previamente pelas partes⁴⁰⁹. Nessa mesma medida, redimensiona-se o papel do juiz quanto à igualdade. Não só as partes, mas também o juiz se sujeita à isonomia⁴¹⁰. Vale dizer: o juiz deve colher a impressão das partes a respeito dos rumos do processo⁴¹¹, pautando sua ação de forma isonômica. O juiz deve ser paritário no diálogo e assimétrico na decisão⁴¹².

tema ver a análise de FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civil e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 65.

⁴⁰⁴ COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e Tecnica del 'Giusto Processo'*. Torino: Giappichelli, 2004, p. 71.

⁴⁰⁵ CABRAL, Antonio do Passo. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*, vol. 126, 2005, p. 60.

⁴⁰⁶ SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O Direito de Defesa no Processo Civil Brasileiro. Um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 44.

⁴⁰⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 648, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁴⁰⁸ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 85. Sobre o tema ver, nas suas relações com a igualdade, SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução de desigualdades no processo civil. In: *Revista de Processo*, nº 192. São Paulo: RT, 2011.

⁴⁰⁹ TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 361.

⁴¹⁰ “Il principio del contraddittorio che al giudice viene imposto mette le parti in situazione di parità con il giudice medesimo”. FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civil e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 65.

⁴¹¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 82.

⁴¹² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 81.

Deve o juiz respeitar os espaços de liberdade das partes no âmbito do processo, velando, entretanto, para que o exercício de suas capacidades (e, portanto, dessa liberdade) seja destituído de qualquer óbice de ordem extra ou intraprocessual. Assim, deve sujeitar-se inclusive à autonomia dessas em eventual disposição que façam a respeito do procedimento⁴¹³, desde que não resultem de uma negociação *desequilibrada*, a minar a manifestação de vontade de uma das partes. Se o poder é exercido tão somente em função dos cidadãos, não há justificativa para idealizar um juiz assimétrico na condução do processo, de modo que a isonomia impõe uma postura isonômica que inclui o próprio juiz no *equilíbrio* de forças dos sujeitos do processo. Dessa forma, a isonomia processual, em seu perfil *dinâmico*, pressupõe condutas ativas (do legislador e do juiz) na *promoção do equilíbrio dos sujeitos* no processo.

2.2.3. A divisão de trabalho entre juiz e partes (processo como ambiente de participação?) e o *direito fundamental* à isonomia processual.

Em um primeiro momento, a noção de igualdade processual remetia à concepção de igualdade perante a lei, que propugnava tão somente a aplicação indiscriminada das normas (em específico, processuais), *garantindo*, assim, uma *simétrica* construção de poderes, deveres, faculdades e ônus na estrutura procedimental pré-concebida pelo legislador. O fato de possuírem as mesmas *armas* não impunha necessariamente o desempenho equilibrado de suas posições processuais. Essa *identidade de posições* ao longo do processo, que permitia às *partes* exercer contraditório por meio do binômio conhecimento/reação, em um processo concebido como uma arena de luta, não se mostrou suficiente, portanto, para uma asseguarção qualificada da igualdade processual⁴¹⁴.

Daí derivou a necessidade de se repensar o papel do juiz na divisão de trabalho do processo. A promoção do *equilíbrio* processual, nessa medida, impôs o

⁴¹³ Sobre o tema dos chamados “acordos processuais” ou “negócios jurídicos processuais” ver a coletânea *Accordi di Parte e Processo*. Milano: Giuffrè, 2008. No direito brasileiro ver DIDIER JR., Fredie. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. 12ª Ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

⁴¹⁴ Barbosa Moreira, por exemplo, critica o uso da expressão paridade de armas (ou igualdade de armas, *Waffengleichheit*), por denotar com demasiada força uma concepção de processo como duelo. Sobre o tema, ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: Temas de Direito Processual. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 70, nota 6.

redimensionamento dos poderes e deveres do julgador⁴¹⁵, reconhecendo-se, assim, uma função dinâmica e ativa, que não significa, entretanto, autoritarismo ou dirigismo judicial⁴¹⁶. A sua posição não é hierarquicamente superior à das partes; o juiz, na condução do processo, deve estar em posição equilibrada com relação aos demais sujeitos processuais, exercendo hierarquicamente sua autoridade apenas no momento em que decide: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão⁴¹⁷. Devem ser rechaçadas as figuras do juiz-espectador, totalmente inerte frente aos maiores desmandos das partes, e do juiz-ditador, que atua em cada passo da marcha processual. O caminho a ser seguido é o do juiz-diretor⁴¹⁸. Importa, assim, fundamentalmente o exercício da cidadania dentro do processo, índice da colaboração das partes com o juiz (e deste com os sujeitos processuais), igualmente ativo, na investigação da verdade e na consecução da justiça⁴¹⁹. O sentido dinâmico da igualdade (em seu aspecto positivo, igualizador), não pode ser missão única do juiz ou das partes: a sua promoção grava a todos os atores do processo⁴²⁰.

⁴¹⁵ Para um relato das tendências de desenvolvimento no problema envolvendo a divisão de trabalho do juiz e das partes no processo civil, com considerações de ordem histórica e técnica ver Van RHEE, C.H. *The Development of Civil Procedural Law in Twentieth Century Europe*. In: Van RHEE, C.H. (Org.). *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*. Antwerp: Intersentia, 2008, pp. 11-22.

⁴¹⁶ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civil e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 42.

⁴¹⁷ “Tudo somado, o modelo de processo civil pautado pela colaboração visa a outorgar nova dimensão ao papel do juiz na condução do processo. O juiz do processo cooperativo é um juiz isonômico na sua condução e assimétrico apenas quando impõe suas decisões. Desempenha duplo papel: é paritário no diálogo e assimétrico na decisão”. MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-Porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, vol. 194, 2011, p. 57.

⁴¹⁸ ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y Autoritarismo en el proceso. *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. Tomo II. México: UNAM, 1974, p. 286. Usando a mesma expressão DIDIER, JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e Processo de conhecimento*. V. 1. 11ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 43. No mesmo sentido Fraçois Ost, ainda que sob ótica diversa daquela processual: entre um juiz Júpiter e um juiz Hércules há um juiz Hermes. OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*. n. 14, Espanha: Universidad de Alicante, 1993, p. 169-194. Na verdade, a ideia de juiz-diretor pode ser criticada por denotar um excessivo controle do juiz, retirando, assim, o aspecto de colaboração entre as partes e este no andamento do processo. A crítica é de Tarzia: “Se, infatti, appartiene alla sensibilità politica e alla cultura del tempo una visione del giudice come soggetto direttamente impegnato nella vicenda processuale, e quindi come voce del dialogo oltre che 'direttore' del procedimento; se questa visione rispecchia esigenze di 'partecipazione' che si avvertono ormai vive nei più vari sistemi giuridici, e corrisponde di certo ad una concezione democratica dalla funzione giudiziaria, è però anche chiaro che tutto ciò postula che l'iniziativa officiosa sia armonizzata col canone dell'eguaglianza delle parti”. TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 355.

⁴¹⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 194-195.

⁴²⁰ PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

Da ideia de *igualdade* ou *paridade de armas* - associada à concepção de processo como arena -, passa-se à noção de *equilíbrio processual* - coadunada com o modelo de processo como participação ou cooperação⁴²¹. Recupera-se, assim, o valor essencial do diálogo judicial⁴²² na formação do juízo, fundamento da noção de colaboração⁴²³. O contraditório torna-se um filtro de validade do processo, que impõe que todos os protagonistas, em franca colaboração com o juiz, tenham a possibilidade de efetivamente participar e influir no provimento final⁴²⁴. O magistrado passa a ser um ‘agente-colaborador do processo’, participando do (e fomentando o) debate, promovendo as condições para que haja um processo dialógico⁴²⁵. Uma divisão de trabalho na qual há, de um lado, um juiz ativo e colocado no centro da controvérsia, em equilíbrio com partes que, de outro lado, têm seus poderes fortalecidos, cuja participação se torna mais ativa na formação da decisão⁴²⁶. Uma verdadeira “comunidade de trabalho”⁴²⁷. O juiz, no desenvolvimento do diálogo, coloca-se no mesmo nível das partes, e sua atividade é tendente à busca da verdade⁴²⁸. O lema desse processo que divide incumbências de forma equilibrada passa a ser o da colaboração do juiz para com as partes⁴²⁹.

⁴²¹ JACOB, Joseph M. *Civil Justice in the Age of Human Rights*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 106.

⁴²² GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n.4, 1966, p. 587.

⁴²³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*, nº 27, 2003, p. 26. Há na doutrina interessante polêmica acerca do fundamento da colaboração/cooperação, ora apontando a participação (distribuída de forma equilibrada entre os sujeitos processuais), como defende Daniel Mitidiero, por exemplo (MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011), ora apontando a boa-fé (em sua acepção objetiva), como defende Fredie Didier Jr, por exemplo (DIDIER, JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010).

⁴²⁴ CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006, pp. 107-108.

⁴²⁵ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235.

⁴²⁶ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*, nº 27, 2003, pp. 26-27.

⁴²⁷ Faz-se menção aqui à “Arbeitsgemeinschaft” como proposta por Rudolf Wassermann. WASSERMANN, Rudolf. *Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978, pp. 97-125.

⁴²⁸ GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n.4, 1966, p. 609.

⁴²⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 50.

Estrutura-se, com isso, um modelo de processo caracterizado pela isonomia na condução do processo e assimetria no quando da decisão⁴³⁰. A posição equilibrada conferida às partes também o é com relação ao juízo. A isonomia está em que, mesmo tendo poderes de direção processual e material do processo, o juiz submeta-se ao contraditório entendido em seu sentido forte. Com isso, pelo mote da colaboração, a ele são impostos deveres para com as partes⁴³¹, os quais têm reflexos importantíssimos na realização do direito fundamental à igualdade no processo civil⁴³². O modelo de processo cooperativo funciona como resposta *equilibrada* ao problema da divisão do trabalho entre os seus participantes⁴³³, com uma verdadeira *revisão da cota de*

⁴³⁰ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 81.

⁴³¹ A doutrina tradicionalmente trabalha com quatro deveres impostos ao juízo na condução do processo: “O dever de esclarecimento constitui “o dever de o tribunal se esclarecer junto das partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo”. O de prevenção, o dever de o órgão jurisdicional prevenir as partes do perigo de o êxito de seus pedidos “ser frustrado pelo uso inadequado do processo”. O de consulta, o dever de o órgão judicial consultar as partes antes de decidir sobre qualquer questão, possibilitando antes que essas o influenciem a respeito do rumo a ser dado à causa. O dever de auxílio, “o dever de auxiliar as partes na superação de eventuais dificuldades que impeçam o exercício de direitos ou faculdades ou o cumprimento de ônus ou deveres processuais”. MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p.627, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet. O mesmo texto é encontrado em MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil como prêto-à-Porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck*. In: *Revista de Processo*, vol. 194, 2011, p. 63 e em MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 85, com pequenas adaptações. A temática é bastante longa e foge ao escopo do presente trabalho uma análise pormenorizada dos deveres inerentes ao modelo de processo cooperativo e das divergências entre autores que tratam do tema. Sobre o assunto, consultar a tese MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011 e, em perspectiva diversa, DIDIER, JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. Na doutrina estrangeira, ver SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997, pp. 65 e ss.

⁴³² SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução de desigualdades no processo civil. In: *Revista de Processo*, nº 192. São Paulo: RT, 2011, p. 61.

⁴³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p.623, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet. A utilização de um modelo baseado na cooperação é fenômeno que não se restringe à realidade brasileira. Para uma demonstração de como o direito inglês está se aproximando de um modelo de maior equilíbrio na divisão de trabalho entre partes e juiz, especialmente no que tange à busca da verdade, ver JOLOWICZ, J. A. The Woolf Report and the Adversary System. In: *Civil Justice Quarterly*, vol. 15, 1996, pp. 198-210; O direito francês, por sua vez, há bastante tempo considera a cooperação como componente inarredável do *procès équitable* (CADIET, Löic (et al). *Théorie générale du proces*. Paris: Puf, 2010, p. 385). No direito alemão, por sua vez, a cooperação é compreendida como princípio processual (*Kooperationsmaxime*). Sobre o tema, ver GREGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. In: *Revista de Processo*, nº 206, São Paulo: RT, 2012, pp. 123-133. No direito português, para uma análise pormenorizada, ver DIDIER, JUNIOR, Fredie. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010 e SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997. No direito italiano, por sua vez, ver o pioneiro trabalho de GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n.4, 1966, pp. 580-609.

participação que se defere a cada um deles ao longo do processo⁴³⁴, uma divisão de responsabilidades na organização do processo⁴³⁵. Como estrutura ideal, a colaboração é um modelo de processo fundado na participação de todos os sujeitos de forma paritária, mas como norma é um princípio (*princípio da colaboração*), que impõe o dever de o juiz não conduzir o processo de maneira passiva ou autoritária, impondo às partes, de outro lado, o dever de não somente dialogar pela gestão adequada do processo com o juiz, mas também participar dessa gestão⁴³⁶.

Essa repartição de funções, na qual se busca um “equilíbrio funcional centrífugo, do qual decorrerá uma anulação ou compensação vetorialmente recíproca das forças dos diversos sujeitos envolvidos”, concilia um maior ativismo processual do juiz a um reforço de certas prerrogativas das partes⁴³⁷. Entre a iniciativa das partes (corolário do princípio dispositivo em sentido processual) e o poder de estímulo e intervenção do juiz (princípio inquisitório), constrói-se um equilíbrio ponderado e harmônico⁴³⁸. Um processo estruturado e respeitoso ao princípio dispositivo pode servir-se de maiores poderes do juiz na direção do procedimento, desde que fundado no contraditório⁴³⁹. É necessário um modelo de processo que atribua ao juiz os poderes necessários para reequilibrar posições processuais desequilibradas, mas é também necessário que o juiz de fato exercite esses poderes⁴⁴⁰, criando condições para o desenvolvimento de uma ampla discussão entre os sujeitos, velando por iguais

⁴³⁴ MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-Porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, vol. 194, 2011, p. 62.

⁴³⁵ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civil e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pp. 65-66

⁴³⁶ GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. In: *Revista de Processo*, vol. 226, 2013, p. 120. Sobre a caracterização da colaboração como modelo de processo e como norma jurídica ver, ainda, MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil como *prêt-à-porter*? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, vol. 194, 2011, p. 62.

⁴³⁷ CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Imparcialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: *Revista de Processo*, vol. 149, 2007, p. 344.

⁴³⁸ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 724.

⁴³⁹ Sérgio Mattos fala em uma relação de complementaridade entre poderes instrutórios oficiais e contraditório (e por consequência, a igualdade). MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 61 e ss.. Nesse sentido também FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civil e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 42.

⁴⁴⁰ TARUFFO, Michele. Problemi in tema di uguaglianza delle armi nel processo civile: l'accesso alle corti e la funzione del giudice. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 352.

oportunidades de manifestação e incentivando os demais sujeitos a participarem⁴⁴¹.

Ao poder de controlar o equilíbrio das posições processuais agregam-se os poderes de direção ativa do processo e de iniciativa probatória para a apuração da verdade, em caso de eventual falta de iniciativa das partes, permitindo-se, assim, além da garantia de tratamento igual, a promoção da isonomia nas reais situações das partes, através de desigualdades de tratamento justificadas⁴⁴². O incremento nas faculdades instrutórias oficiais, longe de constituir incompatibilidade à devida imparcialidade do juiz⁴⁴³, contribui para uma decisão o mais próximo possível da verdade e, portanto, ajuda o julgador a dar razão a quem de fato a tem⁴⁴⁴. A posição ativa do juiz no processo facilita a obtenção da justiça, representando uma forma de minorar desigualdades reais existentes entre os litigantes⁴⁴⁵. A opção por maiores poderes instrutórios ao juiz, além de velar por uma efetiva igualdade de condições das partes⁴⁴⁶, tem o condão de privilegiar a busca por uma melhora qualitativa na decisão, uma vez que com isso tende-se a obter um grau mais próximo de correspondência à verdade, no plano da apuração dos fatos⁴⁴⁷. Isso porque no momento em que determina uma diligência, não é dado ao juiz adivinhar-lhe o êxito, não havendo espaço para discussões a respeito de sua imparcialidade⁴⁴⁸. Ao contrário, o juiz deve participar ativamente da instrução, pois somente assim será possível um contraditório efetivamente equilibrado⁴⁴⁹.

⁴⁴¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 235.

⁴⁴² TARUFFO, Michele. Problemi in tema di uguaglianza delle armi nel processo civile: l'accesso alle corti e la funzione del giudice. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 349.

⁴⁴³ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 29.

⁴⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48.

⁴⁴⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 19, 1982, p. 44.

⁴⁴⁶ “As iniciativas probatórias do juiz não infringem o princípio da igualdade processual (art. 5º, caput, da Constituição de 1988 e art. 125, I, do CPC). Para dizer a verdade, concorrem, ainda que indiretamente, para o abrandamento da desigualdade entre as partes. Por consequência, garantem o contraditório equilibrado e efetivo dos litigantes”. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 82.

⁴⁴⁷ Sobre o tema ver, TARUFFO, Michele. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, nº 2, 2006, pp. 451 e ss.

⁴⁴⁸ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 48. Sobre o tema ver, com ampla pesquisa bibliográfica, MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da Iniciativa Probatória do Juiz no Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

⁴⁴⁹ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2001.

Como corolário dessa nova estruturação da divisão de trabalho entre juiz e demais sujeitos processuais, a doutrina trata de uma função de auxílio às partes desempenhada pelo juiz, por meio de comunicações acerca dos seus ônus e das eventuais conseqüências de seu não-desempenho⁴⁵⁰. Esse dever de auxílio às partes pode ser reconduzido aos deveres de esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio, derivados do modelo cooperativo e é defendido até mesmo em caso de deficiência na representação de uma das partes⁴⁵¹. Não é difícil, ainda, encontrar uma estreita relação entre a igualdade e o poder-dever judicial de clarificação (esclarecimento) e informação (consulta), previsto expressamente no §139 (especial nº 3) da ZPO alemã⁴⁵². No que tange à efetivação do equilíbrio pelo juiz, pode-se dizer, portanto, que existe uma profunda conexão entre a colaboração entendida como norma jurídica (*princípio da colaboração*) e o direito à isonomia processual.

Não há dúvidas de que o processo reclama essa maior colaboração entre partes e juiz no seu desenvolvimento, porém há determinadas tarefas que cabem prioritariamente às partes, por responderem à esfera de liberdade e de autodeterminação que subjaz à natureza estratégica do embate processual⁴⁵³. Apesar de ser necessária

⁴⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Derecho Processual. Cuarta Serie*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 77.

⁴⁵¹ Comentando disposição existente na *Zivilprozessordnung* austríaca (§432), referente ao dever de auxílio do juiz e sua relação com a igualdade, MATSCHER, Franz. Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence des organes de la convention européenne des droits de l'homme. In: *Le droit à un procès équitable*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 2000, p. 16.

⁴⁵² Assim determina o §139, 3: “*Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen*” (em tradução livre: “O tribunal tem que chamar atenção às partes sobre considerações que por seu conteúdo devam ser consideradas de ofício”). A afirmação é defendida por TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 456. Sobre o assunto, com ampla discussão acerca dos poderes-deveres do juiz nos países da tradição germânica (em especial Alemanha, Áustria e Suíça), ver OBERHAMMER, P.; DOMEJ, T. Germany, Switzerland and Austria. In: Van RHEE, C.H. (org.). *European Traditions in Civil Procedure*. Antwerpen: Intersentia, 2005, pp. 300-305. Ver, também, CAPPELLETTI, Mauro. *Procédure Orale et Procédure Écrite*. Milano: Giuffrè, 1971, p. 93. Na Alemanha, a doutrina aponta a existência de um dever do juiz de possibilitar a “clarificação” (*Aufklärungspflicht*) de determinadas questões. Sobre o tema ver STÜRNER, Rolf; MURRAY, Peter. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004, pp. 165 e ss., em especial o comentário ao §139 da ZPO.

⁴⁵³ “A iniciativa da instrução cabe, em linha de princípio, às partes, porque melhor conhecem os fatos da causa e estão em condições superiores às do juiz para identificar as fontes de prova. Não obstante, o juiz não deve permanecer à mercê do aproveitamento das iguais chances oferecidas às partes para que subministrem as provas de suas respectivas alegações. Do contrário, perde a justiça, porque, no comum dos casos, não será faculdade ao juiz formar um convencimento seguro sobre a existência ou não dos fatos relevantes”. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, pp. 66-67.

uma postura ativa do juiz, nem toda omissão enseja a sua atuação, visto que os atos das partes devem ser interpretados, em princípio, como manifestações de sua autonomia⁴⁵⁴, sob pena de constituir-se um processo paternalista que não se coaduna com os objetivos de uma democracia erigida sobre o binômio liberdade e igualdade. A postura colaborativa que se espera impõe ao juiz, portanto, uma postura subsidiária e concomitante quanto à produção probatória, cabendo às partes o seu desempenho prioritário⁴⁵⁵. A atitude passiva do julgador perante disparidades intersubjetivas que potencialmente possam influenciar nos desígnios da causa não se coaduna com o modelo de processo que propugnamos. Entretanto, a igualdade pode vir a ser violada também quando, a pretexto de promover o equilíbrio processual, o juiz acabe justamente criando desigualdades destituídas de fundamento, impondo vantagens indevidas a uma parte em relação à outra⁴⁵⁶. Daí ser necessário o controle da atividade judicial na promoção do equilíbrio processual, mediante a aferição da justificativa constitucionalmente relevante para a distinção efetivada e plena possibilidade de influência característica do moderna concepção de contraditório. No seu papel de atenuar desigualdades que potencialmente impeçam uma das partes de desempenhar de forma plena suas capacidades, o juiz deverá efetivar sempre um exame criterioso (um verdadeiro filtro de controle) quanto ao preenchimento das *finalidades constitucionalmente relevantes* que, com relação ao *elemento de comparação* utilizado, guardem uma relação de *pertinência*.

Nessa medida, reestruturada a divisão de trabalho entre juiz e demais sujeitos processuais, resta evidente uma preocupação do processo com uma efetiva *equivalência de oportunidades* de desempenho das capacidades de todos os sujeitos processuais, que corresponde à concepção de igualdade contemporaneamente assumida

⁴⁵⁴ CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: Revista de Processo, vol. 149, 2007, p. 350.

⁴⁵⁵ CABRAL, Antonio do Passo. Imparcialidade e Impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: Revista de Processo, vol. 149, 2007, p. 350.

⁴⁵⁶ TARZIA, Giuseppe. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 354-355. Nesse sentido também Araújo Cintra: "O juiz deve agir com a maior cautela a fim de não promover, na verdade, maior desigualdade, prejudicando o escopo do próprio processo. Concluindo, parece que a diferença entre igualdade formal e igualdade substancial no processo é uma diferença um tanto difícil de suprir". CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 19, 1982, p. 44.

como válida dentro do quadro de um Estado preocupado em *diminuir* desigualdades⁴⁵⁷. Nesse modelo de processo, no qual a preocupação é promover para *todos os sujeitos* processuais *equilíbrio no desempenho de suas posições*, - tratamento igualitário como garantia contra o arbítrio e, também, como *uniformidade de tratamento* das situações iguais e *diferenciação de tratamento* das situações assim merecedoras -, a isonomia processual (*tratamento equilibrado de todos*) ensarta-se nessa divisão de trabalho entre juiz e partes, em que o domínio de todo o desenrolar do processo é compartilhado entre as partes e um juiz ativo dotado de poderes de direção. A isonomia processual funciona, portanto, primeiramente, como uma garantia do cidadão contra o arbítrio do Estado, evitando que o processo possa servir de meio de instituição de privilégios, mas, também, como um meio de *promover um maior equilíbrio de posições processuais*, permitindo, assim, o *pleno desempenho do contraditório* por todos os sujeitos processuais. Trata-se, pois, de um verdadeiro *Direito Fundamental à Isonomia Processual*⁴⁵⁸, que serve à preservação da igualdade *perante a lei* e à promoção de uma igualdade *na lei*, atuando como um direito de cunho negativo, voltado à exigência de aplicação *uniforme* da lei processual, e um direito de cunho positivo, voltado à promoção de um estado de *equilíbrio* no processo, reduzindo-se as disparidades internas que afetam o exercício do contraditório como potencialidade de influência.

2.2.4. A isonomia dentro do processo em seu perfil *dinâmico* (particular, concreta e valorativa).

Diante do que já exposto, é possível conceituar o segundo perfil conceitual da igualdade em perspectiva *micro* e, portanto, *interna* ao fenômeno processual. Em primeiro lugar, a concepção de igualdade processual compreendida como *equilíbrio de posições jurídicas processuais* revela-se intimamente ligada à noção de *igualdade na lei*, cujo caráter marcante está em ser esta *relacional, comparativa e valorativa*⁴⁵⁹. Essa

⁴⁵⁷ “A odisséia processual se resolve, à evidência, no exercício conjugado dos poderes instrutórios pelo juiz e do direito à prova pelas partes, para fins da formação da convicção judicial. É dentro desse quadro, enfim, que ganha corpo a ideia do processo como obra de colaboração entre juiz e partes”. MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 76.

⁴⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p.641, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁴⁵⁹ “Resta fermo, in ogni caso, il carattere «relativo», «relazionale» o «parametrato» dell’eguaglianza, per la cui corretta definizione, in contrapposizione al concetto di «identità» ed in risposta ad alcuni risalenti quesiti, occorre pur sempre l’identificazione di un «termine di comparazione» (o, come si usa dire, di un

igualdade no direito processual, inerente à ideia de *equilíbrio processual*, faz dela uma exigência de ordem também *material* e, portanto, *dinâmica*, surgindo para o juiz um dever geral de *promoção do equilíbrio processual*, consistente na *neutralização justificada* de qualquer desigualdade que possa afetar o desempenho dos ônus, faculdade, deveres e poderes das partes, o que, ao fim e ao cabo, é o desiderato maior da igualdade.

Esse perfil *dinâmico da igualdade é particular*, já que o *equilíbrio* só pode ser analisado na medida das oportunidades de que dispõem os sujeitos processuais em determinado processo e para cada determinado ato processual⁴⁶⁰. É também *concreto*, uma vez que atenta às peculiaridades de cada um dos sujeitos no plano material, preocupando-se em evitar que eventuais disparidades desse plano possam repercutir dentro do processo. Por fim, é *valorativo*, visto que o juiz tem função ativa no desenvolvimento do processo e na efetivação do contraditório compreendido como potencialidade de influência, colaborando com as partes na direção do processo como ambiente de participação, sendo necessária a atenção à aplicação prática e particular do diploma processual na promoção do *equilíbrio* das posições abstratamente previstas pelo legislador⁴⁶¹.

2.3. A atividade complexa de promoção da isonomia no processo (legislador, executivo e judiciário) e sua complementaridade.

tertium comparationis), per un necessario confronto fra oggetti sostanzialmente «diversi» (pur se, talvolta, alquanto «simili»)”. COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela Differenziata e Pari Effettività nella Giustizia Civile. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell’Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 227.

⁴⁶⁰ Há quem defenda que essa concepção de igualdade é indeterminada e elástica: “Va però notato che il principio dell’uguaglianza delle armi è per sua natura indeterminato ed elastico. Indeterminato perché non può stabilirsi in astratto quando l’uguaglianza delle armi sia stata rispettata o violata, dovendosi aver riguardo alle circostanze proprie di ogni singolo caso concreto. Elastico perché (similmente a quanto si usa dire per l’ordine pubblico nel diritto internazionale privato) esso varia nello spazio e nel tempo”. VITTA, Edoardo. Uguaglianza delle armi nel processo civile e previo esaurimento dei ricorsi interni nella convenzione europea dei diritti dell’uomo. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L’uguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, p. 123.

⁴⁶¹ “El mecanismo de la ley no siempre logra, por sí solo, compensar de modo satisfactorio las desigualdades substanciales. La deficiencia de información jurídica, v.g., tan frecuente entre los menos acaudalados, puede ser causa de que se vean privados de la adquisición o del goce de un derecho, al omitir esta o aquella providencia cuya necesidad ignoraban, al dejar vencer un plazo del cual no estaban advertidos, y así en adelante”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 68.

O processo civil, compreendido a partir dos pressupostos teóricos de uma concepção de *igualdade perante a lei*, estruturava-se a partir da noção de *paridade de armas* (relacionada à noção de *contraditório como bilateralidade de instância*), impondo a um *juiz passivo* que deixava o controle da *arena processual* às partes a *aplicação indistinta e geral das normas processuais* e o *respeito à legalidade processual* para a *garantia de identidade de tratamento* das partes. O fenômeno processual, compreendido a partir dos pressupostos teóricos de uma concepção *igualdade na lei*, estrutura-se a partir da noção de *equilíbrio processual* (relacionado à noção de *contraditório como potencialidade de influência*) impondo a um *juiz ativo* que colabora com os demais sujeitos processuais no *ambiente de participação* que é o processo, a *neutralização de desigualdades* que possam afetar o efetivo desempenho de todas as capacidades processuais na *promoção de uma equivalência de oportunidades* a todos os sujeitos processuais.

O caráter *relativo, comparativo, relacional e valorativo* da isonomia processual denota, portanto, a sua complexidade, tanto no que diz respeito aos destinatários dessa exigência, quanto no que atine à sua tipologia normativa.

2.3.1. Da garantia da simetria das partes à promoção do equilíbrio dos sujeitos do processo. A fundamentalidade do direito à isonomia no processo e seus destinatários.

A necessidade de igualdade no plano processual desenvolveu-se de modo parecido à noção de igualdade na perspectiva *macro*, a que se fez referência supra. Da garantia de identidade no tratamento de todos, corolário da idéia de *igualdade perante a lei*, o processo inicialmente extraiu o dever de aplicação indistinta das leis processuais a todos os sujeitos, quaisquer fossem as peculiaridades subjetivas ou objetivas da causa. Passou-se, depois, à compreensão de que determinadas situações reclamam diferenciações no conteúdo da formulação legislativa, noção inarredavelmente ligada àquela da *igualdade na lei*. A esse papel agregou-se o dever de criação de mecanismos processuais voltados à redução de eventuais desigualdades que pudessem refletir em vantagem ou diferenciação ilegítima a um dos sujeitos processuais. Também no plano processual, a igualdade apresenta-se sob dois prismas, reconduzíveis à primeira e à segunda dimensão dos direitos fundamentais: como reflexo dos direitos de liberdade, impõe a garantia de tratamento igualitário, e como reflexo dos direitos sociais de

segunda dimensão, a promoção de uma maior igualdade por meio de desigualdades justificadas. Dessa forma, não basta a igualdade na aplicação da lei processual - mandamento voltado primordialmente ao Estado-juiz -, sendo necessária a vinculação também do Estado-legislador e da Administração Pública, na proibição de tratamento discriminatório e a atitude compartilhada de todos na promoção de ações com vistas à diminuição de desigualdades potencialmente perniciosas à tutela efetiva e adequada dos direitos. A isonomia processual é norma multifacetada que se dirige, pois, a todos os poderes do Estado.

De um lado, ao legislador, na elaboração dos textos legislativos processuais, é vedada a efetivação de discriminações arbitrárias aos litigantes (igualdade *na lei*). Trata-se, assim, daquilo que a doutrina chama de “proibição de arbítrio processual” ou proibição de irrazoabilidade⁴⁶². De outro lado, é um dever do legislador criar mecanismos compensatórios, destinados, quando necessário, a equilibrar as possibilidades concretas das partes⁴⁶³. Como resultado desse necessário dinamismo, inerente à promoção qualificada da igualdade processual, pode ser necessária a utilização pelo legislador de técnicas legislativas abertas, mediante a utilização de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados⁴⁶⁴. Não basta a instituição de regras específicas e rígidas; a realidade impõe que a própria legislação seja maleável ao caso concreto, alçando mão de textos legislativos abertos que permitam, num misto de indução e dedução, a permeabilidade dos textos às situações concretas⁴⁶⁵. Em seu aspecto negativo, a isonomia processual vincula o legislador, vedando-lhe instituir técnicas processuais que resultem em *desequilíbrio* das posições processuais. Em seu aspecto positivo, a isonomia impõe ao legislador a instituição de técnicas processuais idôneas a promover o equilíbrio de posições processuais (mediante a criação de mecanismos compensatórios ou sistemas de redistribuição de riscos, por exemplo), preponderantemente (mas não só) por meio da utilização de técnica legislativa aberta.

⁴⁶² WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVI, n. 3, 2001.

⁴⁶³ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

⁴⁶⁴ Sobre a definição de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, ver: MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999, p. 324-327.

⁴⁶⁵ Para um tratamento adequado da temática no âmbito do processo civil, ver DIDIER JUNIOR, Fredie. Cláusulas Gerais Processuais. In: *Revista de Processo*, nº 187, 2010, pp. 69-83.

De outro lado, ao juiz é vedada a aplicação não isonômica da legislação. Ou seja, é ilegítima qualquer diferenciação no momento da aplicação das normas processuais que não seja precedida de criterioso exame de constitucionalidade, a ensejar, por exemplo, a superação de regras processuais quando existente justificção constitucionalmente relevante para tanto, no caso concreto. Ao judiciário, assim, incumbe não só a interpretação e aplicação das normas processuais de forma igualitária (casos iguais devem ser tratados de forma igual)⁴⁶⁶, mas também o papel de condução do processo velando pela adaptação do procedimento ao caso, quando necessário para *reequilibrar* certas posições de cujo desequilíbrio resulte prejuízo ao efetivo desempenho do contraditório entendido como potencialidade de influência.

Ao executivo, por sua vez, impõe-se a execução de políticas judiciárias que reduzam as desigualdades em sede da administração da justiça, permitindo a redução de entraves ao acesso à justiça (pela estruturação de órgãos da administração aparelhados para tanto) e diminuindo ou neutralizando as repercussões que desigualdades no plano material possam vir a ter no plano processual. Resulta à administração da justiça a sua vinculação à execução equânime das políticas judiciárias, sendo-lhe vedada a criação de desigualdades no exercício de seu poder regulamentar e na efetivação das políticas públicas inclusivas de ordem processual.

2.3.2. A complementaridade dos perfis estático e dinâmico da isonomia no processo. A tipologia normativa da isonomia na perspectiva *micro*.

Assim como ocorreu com a noção de igualdade em perspectiva *macro*, o perfil *estático* (a garantia da *paridade de armas*) da igualdade processual foi complementado por uma concepção *dinâmica* (o direito ao *equilíbrio processual*). Há nesse desenvolvimento, portanto, um caráter *complementar*. É claro que o primeiro pressuposto para a promoção efetiva da igualdade no plano processual passa por uma presunção apriorística de aplicação indistinta das normas processuais. Ao lado e como

⁴⁶⁶ “Even in its narrowest formulation our second value, equality before the law, demands the equal application of legal rules irrespective of endowments like power, wealth, status, and race. In other words courts by their very nature can to an extent cut through social and economics inequalities in their treating of like cases alike. In practice that turns importantly on an equality of arms before the courts; in other words, effective access to justice. Treating like cases alike is clearly not confined to courts but extends to all agencies of the state in their daily application of the law”. CRANSTON, Ross. *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 310.

resultado disso, ao legislador processual também fica vedada a efetivação de distinções arbitrárias no conteúdo de suas disposições. Porém, diante do dinamismo característico do fenômeno processual na contemporaneidade, na análise de cada posição processual (com vistas à verificação da efetiva possibilidade de influência a ser desempenhada pelos sujeitos envolvidos em cada ato) impõe que se assuma também para a igualdade uma concepção mais dinâmica, a permitir a neutralização de eventuais desigualdades e a promoção de equilíbrio, em concreto, pelo juiz, em diálogo com as partes.

A asseguaração qualificada da igualdade, portanto, requer a compreensão de que suas noções são *complementares* e não *alternativas* ou *excludentes*. À *igualdade ou paridade de armas* soma-se a proibição de distinções arbitrárias e a promoção justificada do equilíbrio *no conteúdo e a na aplicação da lei processual*. Esse perfil complexo reflete-se na multiplicidade de tipologias normativas (estrutura de normas tipo-regra, tipo-princípio e tipo-postulado⁴⁶⁷) em que se manifestam os direitos de igualdade em perspectiva interna ao processo. A igualdade, em âmbito processual entendida como o Direito Fundamental à Isonomia Processual, ostenta um perfil normativo *múltiplo*.

Tradicionalmente, a noção de igualdade - na sua relação com o processo civil - é compreendida como um princípio de ordem processual: no mais das vezes chamado de princípio da paridade de armas, mas também princípio da paridade de tratamento⁴⁶⁸, da igualdade processual⁴⁶⁹, da isonomia processual⁴⁷⁰ ou princípio igualizador⁴⁷¹. Nessa medida, funciona como uma norma imediatamente finalística, que impõe a promoção de um estado ideal de coisas, por meio da prescrição indireta de

⁴⁶⁷ Mais uma vez, adota-se aqui a tripla tipologia das normas proposta por ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

⁴⁶⁸ Exemplificativamente, AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 1º volume. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 296.

⁴⁶⁹ Por exemplo, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 208.

⁴⁷⁰ Por todos, TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regrimentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 37. Ver, ainda, PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no processo civil. O Conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92; NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. Processo Civil, Penal e Administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2009, p. 97.

⁴⁷¹ Como o denomina PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

comportamentos cujos efeitos são havidos como necessários para essa promoção⁴⁷², extraída da combinação das diversas manifestações legislativas da igualdade no plano constitucional com a norma insculpida no art. 125, I, CPC, (cujo texto normativo prevê a necessidade de o juiz “assegurar às partes igualdade de tratamento”). Trata-se, nessa medida, de um princípio que impõe ao legislador a tarefa de construir técnicas processuais adequadas ao fim de obter um processo isonômico e ao juiz a tarefa de *conduzir o processo de modo a promover esta isonomia*. O legislador, em perspectiva *geral*, e o juiz, na perspectiva *do caso*, deverão adotar comportamentos que promovam um estado de *equilíbrio de tratamento dos sujeitos processuais*, um estado de *equivalência de oportunidades* de desempenhar o contraditório de forma plena, com vistas à obtenção de uma decisão justa.

Entretanto, se regra é a norma imediatamente descritiva de comportamento devido ou atributiva de poder⁴⁷³, certo que a igualdade, ao menos em seu aspecto negativo, pode apresentar a tipologia de uma norma tipo-regra, na medida em que preveja a proibição de tratamento discriminatório injustificado dos sujeitos processuais. Trata-se de uma função bloqueadora típica de um direito fundamental de conteúdo negativo que descreve condutas determinadas vedadas ao titular do poder estatal no plano legislativo processual. Pode-se extrair do mesmo art. 125, I, CPC, um comando de proibição, no sentido de vedar ao juiz o tratamento das partes de forma desigual, sem justificativa relevante. Assim, a igualdade também significa a imposição de uma conduta negativa ao juiz, proibindo uma série de condutas concretas anti-isonômicas na condução do processo, principalmente aquelas ligadas à noção de contraditório como binômio conhecimento/reação. Esta a norma igualdade-regra.

Como desdobramento da noção de igualdade na perspectiva *macro*, a isonomia processual também pode apresentar a tipologia de postulado, funcionando como metanorma que direciona a aplicação isonômica de qualquer norma processual. Qualquer que seja a finalidade determinada no plano processual, deverá ser esta interpretada de modo isonômico, funcionando a igualdade também na perspectiva *micro*, ora proposta, como método que estrutura de aplicação de outras normas.

⁴⁷² ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 6ª 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.

⁴⁷³ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 102.

São absolutamente válidas as afirmações feitas *supra* acerca da *pluralidade e complementaridade* das estruturas tipológico-normativas que podem ser cogitadas para a noção de igualdade processual. Também no plano processual, as três manifestações da igualdade podem atuar de forma conjunta ou em separado, a depender do caso. Como igualdade-princípio no processo, funciona como norma imediatamente finalística, que impõe a promoção de *equilíbrio* das posições processuais de todos os sujeitos do processo, mediante o nivelamento da potencialidade de influência de cada um, em concreto. Ao lado disso, como regra, trata-se de um comando proibitivo de discriminações no conteúdo e na aplicação da legislação processual quando ausente justificativa constitucionalmente relevante para a desigualação, e como postulado, como uma *metanorma que direciona a aplicação isonômica* de todo arcabouço de normas processuais.

3. Conclusões Parciais: o atual significado da isonomia em perspectiva *macro* e *micro* e suas relações com o processo civil.

Pretendeu-se enfrentar o problema relativo à indeterminação de significado de uma noção tão abstrata como é a igualdade a partir de duas perspectivas. Sempre com vistas a identificar o perfil conceitual da igualdade em suas relações com o processo civil, buscou-se delimitar o conceito de igualdade em perspectiva *macro* e *microscópica*, nas suas relações com o fenômeno processual. Isso porque só é possível compreender a concepção contemporânea de igualdade processual se levado em consideração o desenvolvimento da noção no plano material. É o momento, portanto, de uma síntese do que até aqui foi exposto.

A noção de igualdade, em perspectiva *macroscópica* e *geral*, em uma primeira fase evolutiva, consistia em uma garantia de *igualdade perante a lei*, de caráter *estático*, que impunha a *aplicação indistinta das normas*, compreendidas estas como objeto da interpretação, e o *respeito à legalidade* para a realização de uma pretensa uniformidade de tratamento, voltada prioritariamente ao aplicador, na medida em que obrigava-o tão somente a aplicar o direito sem efetivar distinções quanto aos seus destinatários. Essa tinha como pressuposto teórico uma concepção *formalista* da

interpretação jurídica, confiando, assim, na *univocidade da lei* como garante exclusivo da segurança jurídica.

Em um segundo momento, à igualdade agregou-se a noção de *igualdade na lei*, de caráter *dinâmico*, que impunha a uniformidade no conteúdo das previsões legais, voltada prioritariamente ao legislador, na medida em que a esse se vedou a instituição de distinções ilegítimas (permitindo-as apenas quando presente justificativa constitucionalmente relevante), respeitada, assim, uma exigência de legalidade isonômica (*igualdade jurídica; igualdade como fim*). De outro lado, passou-se a reconhecer que inúmeras situações de desigualdade legitimam a *aplicação e/ou criação* de leis que no seu *conteúdo* tratem desigualmente os desiguais, na medida em que reconhecida que uma das funções do direito é *atenuar*, na medida do possível, as *desigualdades (igualdade de fato; igualdade como meio)*, outorgando aos cidadãos igualdade de oportunidades (ou de *capacidades* que permitam o desempenho de certas *funcionalidades*). De uma igualdade perante a lei (*na aplicação da lei*), migrou-se, assim, para uma igualdade (relativa) também na lei (*na formulação da lei*).

Em um terceiro momento, entretanto, passa-se a reconhecer a necessidade de promoção de *igualdade perante o direito*, também esta de caráter *dinâmico*, que impõe a *interpretação uniforme das disposições textuais*, compreendidas estas como resultado da interpretação, e o *respeito ao precedente* para a realização da verdadeira uniformidade de tratamento, voltada prioritariamente ao aplicador (mas também ao legislador que deve prever técnicas que permitam a sua consecução), na medida em que o obriga a *tratar igualmente as situações assim merecedoras*, quando presentes os mesmos pressupostos de fato. Essa noção, que assume a *insuficiência da concepção formalista*, tem como pressuposto teórico uma concepção *lógico-argumentativa* da interpretação jurídica, confiando na *consistência das decisões judiciais* como veículo não-exclusivo, mas necessário, da segurança jurídica.

Funcionando como um direito substancial multifacetado, de cunho negativo (direito fundamental de primeira dimensão) e positivo-prestacional (direito fundamental de segunda dimensão), a *igualdade* tem como destinatários todos os poderes do Estado. À igualdade *perante a lei* soma-se a proibição às distinções arbitrárias e a promoção de desigualações justificadas *na lei*; a estas, por sua vez, soma-se a noção de *igualdade*

diante das decisões judiciais, que corresponde à necessária *uniformidade de tratamento* das situações iguais e a *diferenciação de tratamento* das situações assim merecedoras. Esse perfil complexo reflete-se na multiplicidade de tipologias normativa em que se manifestam os direitos de igualdade (normas tipo-regra, tipo-princípio e tipo-postulado). Todos esses fatores, conjugados, permitem uma asseguarção qualificada do direito fundamental à igualdade em perspectiva *macro* e, portanto, *externa* ao ordenamento processual civil.

O desenvolvimento da noção de igualdade, em perspectiva *microscópica*, especificamente quanto ao processo civil, reflete muitas características relativas à evolução da noção em perspectiva *macroscópica*. Em um primeiro momento, compreendido a partir dos pressupostos teóricos da noção de *igualdade perante a lei*, a igualdade processual significava a exigência de *paridade de armas*, de caráter estático, relacionada à noção de *contraditório como bilateralidade de instância*, impondo a um *juiz passivo* que deixava o controle da *arena processual* às partes a *aplicação indistinta e geral das normas processuais* e o *respeito à legalidade processual* para a *garantia de identidade de tratamento* das partes. Em um segundo momento, compreendido a partir dos pressupostos teóricos da noção de *igualdade na lei*, a igualdade processual passa a significar também *equilíbrio processual*, de caráter dinâmico, relacionado à noção de *contraditório como potencialidade de influência*, impondo a um *juiz ativo* que colabora com os demais sujeitos processuais no *ambiente de participação* que é o processo, a *neutralização de desigualdades* que possam afetar o efetivo desempenho de todas as capacidades processuais na *promoção de uma real equivalência de oportunidades* a todos os sujeitos processuais de condicionar argumentativamente o exercício do poder estatal.

Funcionando como um direito processual multifacetado, de cunho negativo (direito fundamental de primeira dimensão) e positivo-prestacional (direito fundamental de segunda dimensão), a *igualdade processual* tem como destinatários todos os poderes do Estado. À *igualdade ou paridade de armas* soma-se a proibição de distinções arbitrárias e a promoção justificada do equilíbrio *no conteúdo e na aplicação da lei processual*. Esse perfil complexo reflete-se na multiplicidade de tipologias normativas em que se manifestam os direitos de igualdade processual (normas tipo-regra, tipo-princípio e tipo-postulado). Todos esses fatores, conjugados, permitem uma asseguarção

qualificada do direito fundamental à igualdade também em perspectiva *micro*, *específica* e *interna* ao processo civil.

PARTE II. Perfil Funcional: o Direito Fundamental à Isonomia e sua relação com a Tutela dos Direitos em uma Perspectiva *Geral e Particular*. A Funcionalidade da Isonomia.

Devidamente compreendidos os contornos a respeito do significado da igualdade e das implicações daí derivadas, passa-se a analisar o problema a partir das funções que a igualdade nas suas relações com o processo pode desempenhar. Inevitavelmente, para tratar da finalidade da igualdade, em perspectiva *macro* ou *micro*, centrando-se o estudo nas suas relações com o fenômeno processual, é necessário dar um passo atrás, na tentativa de reconstruir a própria função do processo civil. É por meio dessa reconstrução que a abordagem ora proposta irá buscar compreender o perfil funcional da isonomia.

Até meados do século XIX, o processo não era compreendido como um ramo autônomo do direito. Ao contrário, era concebido como um mero apêndice do direito material, um produto da *praxe judiciária*, que tinha como função a realização dos direitos subjetivos particulares⁴⁷⁴, em um sistema que tratava como sinônimos “ação” e “direito subjetivo”⁴⁷⁵, com caráter bastante ligado ao direito privado. A teorização do processo como ciência autônoma é tradicionalmente relacionada aos estudos desenvolvidos principalmente pela doutrina alemã de meados do séc. XIX⁴⁷⁶, e com ela consolida-se o caráter publicístico da jurisdição (como exercício de poder

⁴⁷⁴ Sobre esse período, a que se convencionou chamar de fase metodológica do *praxismo*, ver MITIDIÉRO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil*: pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 32-35.

⁴⁷⁵ Sobre esse problema, cujo tratamento pela doutrina remonta à polêmica entre Windscheid e Muther sobre a “actio” romana, ainda no século XIX (os ensaios foram compilados e têm tradução para o espanhol) ver, WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la ‘actio’*. Trad. Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJE, 1974. No direito brasileiro ver a coletânea MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

⁴⁷⁶ Reside certo consenso na doutrina processual quanto à origem da autonomia conceitual do processo estar na obra de Bülow, de 1868, sobre as exceções e os pressupostos processuais (tradução para o espanhol, BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: EJE, 1964). Há autores, entretanto, que defendem que a distinção dos planos processual e material seja fruto da obra dos jusnaturalistas de origem germânica do final do séc. XVIII e início do séc. XIX, como Nettelblatt e Grolman. Sobre o tema ver, por todos, DENTI, Vittorio. *Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione. Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, pp. 97-99.

estatal). O processo deixa de ser mero procedimento, convertendo-se na abstrata relação jurídica que obedece a pressupostos próprios de existência e validade⁴⁷⁷.

O desenvolvimento dessa concepção é dado pela escola histórico-dogmática italiana, que rompe definitivamente com o método exegético⁴⁷⁸. A história passa a instrumento de construção dogmática, muitas vezes como elemento justificativo (por vezes forçado) de determinados institutos⁴⁷⁹. Trata-se de uma renovação do próprio método científico⁴⁸⁰, surgindo com isso, pela primeira vez, uma preocupação doutrinária em fornecer respostas aos problemas práticos, o que consolida o processo como uma ciência com caráter propositivo⁴⁸¹. A ideia do processo como relação de direito público reforça-se: passa-se da *procedura*, de inspiração privatística, para um *diritto processuale*, de cunho publicístico⁴⁸². À jurisdição é outorgada a finalidade de atuar a vontade concreta da lei⁴⁸³. Da autonomia da ação passa-se a uma autonomia do próprio direito processual em relação ao direito material, distanciando-se o instrumento de sua própria finalidade. Como reflexo dessa postura metodológica, que propugnava a elaboração de conceitos processuais próprios e neutros em relação ao direito substancial, a que se denominou chamar de “processualismo”⁴⁸⁴, o processo teria por finalidade precípua a prolação de uma sentença de mérito, entendida não como um

⁴⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 36.

⁴⁷⁸ TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: GUASTINI, Riccardo (coord.). *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, p. 43.

⁴⁷⁹ O famosíssimo ensaio “Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile, de Giuseppe Chiovenda (CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile. *Saggi di Diritto Processuale Civile*, v. I. Roma: “Foro Italiano”, 1930.) é exemplo dessa tentativa de justificação histórica de determinados institutos, principalmente no Direito Romano. É de se ressaltar, entretanto, que muitas vezes carecem de maior rigor as constatações apresentadas, principalmente no que tange à diferenciação entre os regimes processuais dos períodos históricos romanos (arcaico, clássico e pós-clássico) e suas conseqüências. Exemplificativamente, “Noi vediamo dunque, per dare una rapida occhiata al processo che suol chiamarsi romano-canonico, unico il giudice all'uso romano e con le funzioni del giudice romano (...)” (p. 199). Como se sabe, a função do juiz romano é bastante diversa no período pós-clássico, quando comparada aos períodos anteriores. A indistinta afirmação, por isso, aparece com um artifício retórico utilizado por Chiovenda na busca da justificação da tradição histórica dos institutos.

⁴⁸⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 73.

⁴⁸¹ TARUFFO, Michele. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980, p. 185.

⁴⁸² MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil: pressupostos Sociais, Lógicos e Éticos*. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 37.

⁴⁸³ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. II, p. 3.

⁴⁸⁴ Por todos ver, MITIDIERO, Daniel. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*, nº 183, 2010, pp. 165 e ss.

instrumento capaz de propiciar a tutela dos direitos, mas como um provimento de fechamento do processo⁴⁸⁵.

A doutrina, então, dá-se conta de que a separação entre direito material e processo (fruto do processualismo) não pode significar o distanciamento desse das suas finalidades precípua. É resultado disso a sua impositação como instrumento para a realização do direito material, reflexo da fase metodológica do “instrumentalismo”⁴⁸⁶. A jurisdição passa a ter o papel de polo metodológico, preocupada que estava a doutrina com a sua efetividade⁴⁸⁷. O influxo do constitucionalismo, aliado à tríplice alteração no que concerne à compreensão do Direito (quanto à teoria das normas, à técnica legislativa e à interpretação jurídica)⁴⁸⁸, permite uma ressignificação da instrumentalidade do processo, passando-se a compreendê-la como uma relação de circularidade⁴⁸⁹ entre direito material e processo. Como já se escreveu, o direito material ilumina o direito processual que, pela atividade jurisdicional, devolve o direito material, já de forma qualificada pela irreversibilidade externa, dissolvendo a incerteza e resolvendo o problema que é posto à apreciação do poder judiciário. O direito processual é condicionado à existência de normas materiais (pois o *meio* só existe em função do *fim*), assim como a efetividade do direito substancial depende da predisposição de instrumentos idôneos à sua satisfação (o *fim* só é atingido se existentes *meios* idôneos para tanto). Daí ser possível afirmar que a própria juridicidade de um ordenamento depende da possibilidade de exigir-se o cumprimento das normas materiais.

Para que o direito material possa efetivamente ser tutelado (de forma que o processo atinja seu escopo de dar *tutela aos direitos*), é necessária a previsão de técnicas processuais que se estruturam com vistas a esse resultado. A titularidade de um direito

⁴⁸⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. V. I. Teoria Geral do Processo*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 243.

⁴⁸⁶ No Brasil, a obra de referência dessa guinada metodológica é indubitavelmente a monografia de Cândido Rangel Dinamarco, *A instrumentalidade do Processo*. (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1987), já na sua 15ª edição.

⁴⁸⁷ A afirmação é de ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 14.

⁴⁸⁸ Sobre o tema ver MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, pp. 13-14.

⁴⁸⁹ ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 165 e ss.

deve significar uma posição juridicamente protegida, para a qual são imprescindíveis formas de tutela ao direito⁴⁹⁰. Essas formas de tutela são devidas pelo Estado para a proteção dos direitos e estão no plano material, pois são o resultado prático que o processo deve outorgar (no caso do processo judicial, *tutela jurisdicional dos direitos*)⁴⁹¹. Conceber o processo civil como instrumento do direito material, longe de significar neutralidade daquele em relação a esse, importa compreendê-lo dentro da óptica de *meios e fins*. O processo (*meio*) tem por *função* dar tutela aos direitos (*fim*)⁴⁹². A existência e o modo de existência do próprio direito substancial dependem da predisposição de procedimentos idôneos a fornecer formas de tutela jurisdicional dos direitos adequadas à necessidade específica de cada situação posta em juízo⁴⁹³. O processo deve ter condições de atender às necessidades de proteção ou de tutela relevadas pelo direito substancial⁴⁹⁴. Em outras palavras, o fenômeno processual, além de conferir oportunidade à adequada participação das partes e possibilidade de controle da atuação do juiz, deve outorgar efetiva proteção ao direito material⁴⁹⁵. Pode-se afirmar, desse modo, que *é impossível conceber o processo senão em função do direito material*.

Tendo em vista o fato de que o processo visa a garantir resultados no plano material, seu escopo é a *tutela concreta dos direitos*⁴⁹⁶. A dignidade da pessoa humana e a segurança jurídica, de forma complementar, impõem a *tutela dos direitos como função*

⁴⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. V. I. Teoria Geral do Processo*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 307.

⁴⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. V. I. Teoria Geral do Processo*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 304. O *meio* (a *técnica processual*) para a efetivação desse resultado (*fim*) esperado do processo judicial (*tutela jurisdicional dos direitos*) deve ser idôneo à sua realização. Daí porque “a classificação das sentenças somente tem razão de ser quando pensada a partir da classificação das tutelas” (MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 115).

⁴⁹² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 16.

⁴⁹³ PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*. 4ª Ed.. Napoli: Jovene Editore, 2002, p. 6.

⁴⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. V. I. Teoria Geral do Processo*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007, p. 244.

⁴⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 113. Concordando - ao menos na premissa -, também ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 93.

⁴⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 452. Nesse sentido: “O Estado Constitucional existe para promover os fins da pessoa humana - e isto quer dizer que o processo civil no Estado Constitucional existe para dar tutela aos direitos” MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 25.

*precípua do processo civil no Estado Constitucional*⁴⁹⁷. Essa finalidade é desempenhada pelo processo por meio de uma dupla perspectiva: mediante a *formação de precedente* para promoção da uniformidade de tratamento dos cidadãos e unidade do direito para a *sociedade em geral* e mediante a prolação de *decisão justa* para o adequado tratamento do caso concreto para as partes⁴⁹⁸.

De um lado, é imprescindível assumir que o direito material somente poderá ser efetivamente tutelado se o for de forma estável, contínua, previsível e uniforme, já que o Estado Constitucional requer respeito à segurança jurídica e à igualdade⁴⁹⁹. Dito de outro modo, significa constatar que da exigência de tutela efetiva dos direitos surge a imposição ao estado-juiz de fornecer resultados *uniformes, estáveis, contínuos e previsíveis*, mediante a formação de (e respeito aos) *precedentes*⁵⁰⁰. De outro lado, é necessário compreender que o processo civil deve dar respostas *adequadas* às diferentes situações de direito material carentes de tutela⁵⁰¹. Em outras palavras, significa dizer que da necessidade de resolver casos concretos surge a imposição ao estado-juiz de fornecer um resultado qualitativamente alto, mediante a prolação de uma *decisão justa* para as partes⁵⁰². É possível, portanto, identificar duas perspectivas relativas à função precípua do processo civil (dar tutela aos direitos): uma perspectiva *objetiva e geral* e uma perspectiva *subjetiva e particular*⁵⁰³.

⁴⁹⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 18.

⁴⁹⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 16. Nesse sentido, apesar de não chegar à mesma conclusão, ver TARUFFO, Michele. La corte di cassazione e la legge. In: TARUFFO, Michele. *Il vertice ambiguo*. Bologna: Il Mulino, 1991, pp. 90-91: “L’interpretazione della legge, quando è finalizzata all’applicazione della norma ad un caso particolare, può essere orientata in due direzioni diverse: l’una mirante ad *individuare la soluzione più giusta* in rapporto alla peculiarità del caso concreto; l’altra mirante a *stabilire a livello generale quale è il significato più giusto da attribuire alla norma*. Si tratta di interpretazioni che *possono convergere poiché può accadere che la giusta soluzione del caso concreto coincida con la giusta interpretazione della norma in sé considerata, ma che possono anche divergere*, quando ad es. i caratteri del singolo caso spingono ad adottare una soluzione interpretativa che non sarebbe giustificabile o spiegabile in termini generali” (grifo nosso). Registre-se que Taruffo verifica a possibilidade de que o respeito ao precedente possa acarretar uma solução injusta para o caso, acentuando, assim seu caráter de justiça formal.

⁴⁹⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 121.

⁵⁰⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 16.

⁵⁰¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela Inibitória*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2006, p. 442.

⁵⁰² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 16.

⁵⁰³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 16.

A essa dupla perspectiva correspondem também *duas direções*: a tutela dos direitos serve à *sociedade em geral*, pelo processo, e serve às *partes*, no processo. Para aquela, o meio de que se vale o processo para a obtenção desse escopo é o *precedente judicial* (e, em sendo o caso, suas técnicas de superação, distinção e demais instrumentos); para essas, a *decisão justa* (e, em sendo o caso, as técnicas adequadas para sua efetividade). Disso tudo deriva a conclusão de que se pode tutelar os direitos no e pelo processo em uma dimensão *geral* e em uma dimensão *particular*⁵⁰⁴.

Para que seja viabilizada essa dupla perspectiva relativa à finalidade do processo, é necessário que se tenha em conta a existência de um também *duplo discurso* referente à decisão judicial⁵⁰⁵, sem o qual resta inviável, de forma concomitante, a *orientação segura das condutas humanas* e a *realização dos direitos em concreto*⁵⁰⁶. O primeiro, um *discurso voltado para a ordem jurídica*; o segundo, um *discurso voltado para o caso concreto*⁵⁰⁷. Na perspectiva *objetiva e geral*, o meio que permite o alcance da finalidade *tutela dos direitos* é o *precedente* e as técnicas para sua aplicação. Para tanto, é necessário concentrar-se em um discurso relativo à ordem jurídica, ligado à exigência de *unidade do direito e tratamento uniforme dos cidadãos*. Na perspectiva

⁵⁰⁴ MITIDIÉRO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 17.

⁵⁰⁵ “O processo civil no marco do Estado Constitucional deve ser compreendido como meio para tutela dos direitos (...) essa tutela deve ter uma dupla direção e servir-se de um duplo discurso”. MITIDIÉRO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 21.

⁵⁰⁶ “É necessário perceber, portanto, a necessidade de um duplo discurso no processo a partir da decisão judicial - um discurso ligado às partes e um discurso ligado à sociedade. Sem esse duplo discurso, a Justiça Civil será incapaz de realizar os direitos proclamados pela ordem jurídica e de orientar de forma segura a conduta social”. MITIDIÉRO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 26.

⁵⁰⁷ “The judge's decision has three aspects. In the first place it will decide what is to happen to the plaintiff and defendant, e.g. whether the defendant pays a sum of money to the plaintiff. In the second place the judge will give his reasons for his findings of fact, e.g. that he believes the plaintiff to be telling the truth. In the third place, he will give his reasons for any legal ruling he has to make as to the legal meaning of negligence. These reasons are useful if an appeal should be taken from his decision to a higher court. They are also precedents for other courts of equal jurisdiction to follow as a matter of obligation. While it is the primary duty of a court of justice to dispense justice to litigants, it is its traditional role to do so by means of an exposition of the relevant law”. KIRALFY, A. K. R.. *The English Legal System*. 8ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1990, p. 75. Nesse sentido, na doutrina brasileira, MITIDIÉRO, Daniel. *Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 62. Identificando essa dupla dimensão na atividade do juiz inglês, ainda na primeira metade do século XX, Gian Antonio Micheli: “Il giudice inglese può però per tale via da un lato porre quella ratio decidendi, che è idonea ad essere formulata astrattamente, dall'altro attuare concretamente la tutela giuridica, vagliando tutte le peculiarità del caso concreto, realizzare cioè nel modo più completo la giustizia rispetto al singolo caso”. MICHELI, Gian Antonio. *Contributo allo studio della formazione giuridica del diritto. “Case law” e “Stare Decisis”*. Pavia: Libreria Internazionale F.lli Treves, 1938, pp. 83-84.

subjetiva e particular, o meio que permite o alcance da finalidade *tutela dos direitos* é a *decisão justa* e as técnicas para sua concreta efetivação. Para isso, é necessário concentrar-se em um discurso relativo ao caso concreto, ligado ao *contraditório* e à *fundamentação* das decisões⁵⁰⁸.

A igualdade, em ao menos duas de suas manifestações, relaciona-se à problemática envolvendo a tutela dos direitos e sua dupla dimensão. Concebida como *igualdade perante o direito*, relaciona-se à dimensão *objetiva e geral* da tutela dos direitos, uma vez que funciona como padrão de justiça *formal* (em uma concepção *generalista* de justiça)⁵⁰⁹, servindo à redução de arbitrariedades na aplicação do direito. Qualquer que seja o tratamento imposto pelo direito, deve sê-lo de modo *uniforme*. Nessa medida, ao limitar externamente a atuação dos poderes públicos, impondo uma obrigação de coerência em sentido dinâmico⁵¹⁰ - na aplicação uniforme das normas -, o tratamento igualitário é um dos resultados esperados do processo. Daí porque pode a igualdade ser compreendida como um valor meramente funcional⁵¹¹: é importante simplesmente por permitir um tratamento igualitário dos indivíduos. A sua funcionalidade faz parte de sua essência.

⁵⁰⁸ Esse duplo discurso também pode ser relacionado ao resultado voltado às partes e ao ordenamento e ao fator de vinculação que daí advém (ou ao modo como o processo responde à necessidade de segurança jurídica): “Thus the court’s order is binding on the parties under the *res judicata* doctrine; the *ratio decidendi* is binding on other courts in accordance with the principles outlined above under the doctrine of binding precedent”. SMITH, S. H.; CHING, J. P. L.; TAYLOR, N. W. *The Modern English Legal System*. 7ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2007, p. 516.

⁵⁰⁹ O presente trabalho, como ressaltado na sua introdução, não tem a pretensão (e isso nem seria pertinente) de tratar das mais variadas concepções de justiça. Assim, na esteira de Neil MacCormick, “I follow John Rawls in distinguishing between specific conceptions of justice and the concept of justice. The difference is that the concept of justice is abstract and formal; the requirement of formal justice is that we treat like cases alike, and different cases differently, and give to everyone his due; what various conceptions of justice supply is different sets of principles and/or rules in the light of which determine when cases are materially similar and when they are materially different, and what is each person’s due”. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Reimp. 2003. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 73.

⁵¹⁰ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 342.

⁵¹¹ A noção de igualdade como valor funcional é baseada na noção de que *valores puramente funcionais não possuem qualquer valor adicional além do valor que é incorporado pela função que cumprem*. O conceito é apresentado por MARMOR Andrei. *Law in the age of pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 9: “Purely functional values do not have any additional value beyond the value that is instantiated by the function they perform”. O mesmo conceito aparece em ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 181 e ss. Registre-se que os valores aqui tratados são positivados pelo ordenamento, passando, assim, do plano axiológico e teleológico ao plano deontológico, estabelecendo a obrigatoriedade de adoção de condutas necessárias à promoção gradual de um estado de coisas. Nesse sentido, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 104. Sobre a natureza normativa da igualdade (em perspectiva *macro* e *micro*) ver, na parte I do presente trabalho, os itens 1.3.2. e 2.3.2.

Ocorre que, mesmo compreendida desse modo, deriva da realização da igualdade de tratamento mediante a formação e respeito aos precedentes a *promoção indireta da segurança jurídica*⁵¹². Isso porque a igualdade diante das decisões judiciais e a conseqüente unidade do direito que dela é resultado possibilitam que os cidadãos possam *confiar* no direito e *calcular* o espectro de conseqüências atribuíveis abstratamente a atos ou fatos⁵¹³. Dessa forma, a uniformidade de tratamento também promove, *mediatamente*, a dignidade da pessoa humana (e por conseqüência a liberdade, compreendida como possibilidade de autodeterminação), visto que o indivíduo necessita de *confiabilidade* e *calculabilidade* para realizar-se plenamente e de forma digna⁵¹⁴. Atribui-se à igualdade perante o direito, portanto, também um valor instrumental: ainda na perspectiva *objetiva* e *geral* da tutela dos direitos, cumpre compreendê-la e conformá-la aos fins a cuja realização ela serve⁵¹⁵.

De outro lado, a igualdade concebida como *equilíbrio processual*, relaciona-se à dimensão *subjetiva* e *particular* da tutela dos direitos, uma vez que funciona como *meio* que propicia o ambiente adequado ao efetivo desempenho do contraditório (compreendido como potencialidade de influência) e, por conseqüência, um resultado tendencialmente mais justo às partes. Para que o processo possa legitimar-se como exercício de poder estatal é necessária a participação, e para que essa seja de fato concretizada é necessário que os sujeitos processuais estejam em posições equilibradas. O *equilíbrio processual* é *meio* para que o processo obtenha os *resultados* esperados. Daí porque a igualdade, nessa compreensão, é um valor instrumental (e não uma finalidade em si mesma). É importante porque funciona como *instrumento para consecução de determinados fins* constitucionalmente legítimos, especificamente, a promoção de um ambiente propício ao condicionamento argumentativo do exercício do

⁵¹² ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 229.

⁵¹³ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 230.

⁵¹⁴ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 225-234.

⁵¹⁵ A igualdade funciona, assim, como “instrumento para realizar outros valores” (como valor instrumental). Esse conceito de valor instrumental é de ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 181 e baseia-se em MARMOR Andrei. *Law in the age of pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 9.

poder, pelos sujeitos processuais, com vistas à prolação de uma *decisão justa*, exigência ligada ao ideal de participação.

Aparece de modo nítido o perfil multifacetado da igualdade: ao lado da sua condição de princípio instrumental e, portanto, *meio* (que deve ser necessariamente adequado e efetivo) para a consecução de determinados fins estabelecidos como prioritários pelo Estado Constitucional, também pode ser compreendida ela mesma como um *fim*, que exige esforço na *formulação e execução de políticas públicas* e na *previsão e aplicação de técnicas processuais* que promovam de forma idônea a sua realização⁵¹⁶.

1. O Direito Fundamental à Isonomia e a Tutela dos Direitos em uma Perspectiva Objetiva e Geral. A Isonomia Perante o Direito e sua Relação com a Formação e o Respeito ao Precedente.

1.1. A perspectiva *objetiva e geral* da tutela do direito e o Direito Fundamental ao Processo Justo.

Faz parte do *modelo mínimo de conformação* do processo o direito fundamental à segurança jurídica no e pelo processo⁵¹⁷. O cidadão tem direito à cognoscibilidade, à confiabilidade, à calculabilidade e à efetividade das situações jurídicas processuais⁵¹⁸, sendo tarefa do processo a construção de técnicas que concedam às partes segurança pela estabilidade, compreendida como continuidade, dos atos processuais⁵¹⁹. Mas não só. Além do respeito às situações e posições particulares, estabilizadas ao longo e ao final do procedimento, e da necessidade de prévio conhecimento da forma e da estrutura do rito pelos sujeitos que do processo participam,

⁵¹⁶ “Assim, a igualdade se expressa ora como meio, ora como fim; ora como um valor em si, ora como um valor para outros valores; ora de forma primária, ora de forma secundária ou auxiliar”. GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p. 230.

⁵¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 671, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁵¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 671, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁵¹⁹ Sobre o tema da segurança no processo como resultado do encadeamento de vínculos entre atos processuais, em perspectiva totalmente renovada das noções de coisa julgada e preclusão, ver CABRAL, Antonio do Passo. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 298 e ss.

a segurança jurídica que dele é exigida também deve ser observada no que diz respeito ao resultado da prestação jurisdicional⁵²⁰: é imprescindível ao Estado Constitucional, como ordem jurídica dotada de eficácia e potencialidade de impor-se aos cidadãos, que o ordenamento seja estável, outorgando às decisões judiciais um mínimo de continuidade⁵²¹.

De outro lado, é componente inafastável do direito fundamental ao processo justo o direito à igualdade⁵²². Não somente no que diz respeito às posições processuais (aquilo que se conceituou como *equilíbrio processual*), mas também com relação ao seu resultado, o processo tem de se estruturar com técnicas capazes de promover a *igualdade de todos perante a ordem jurídica*⁵²³. É imprescindível que o Estado Constitucional zele pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais⁵²⁴. Daí porque segurança jurídica e igualdade impõem o respeito ao precedente judicial como meio para a tutela dos direitos⁵²⁵.

Em perspectiva *objetiva e geral*, um processo que internamente respeite posições jurídicas consolidadas e permita o prévio conhecimento de seu desenvolvimento pelas partes não poderá tutelar adequadamente os direitos se, na atividade interpretativa que é desempenhada pelo julgador, não puder ser vislumbrado um padrão decisório que respeite as decisões judiciais pretéritas. Ao lado disso, não há como fugir da constatação de que a igualdade deve ser observada também no momento mais importante da função jurisdicional, qual seja, no momento em que o estado-juiz

⁵²⁰ “A segurança jurídica pode da mesma forma ter como objeto não a norma propriamente dita, mas a sua aplicação uniforme e não-arbitrária”. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 148.

⁵²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 315.

⁵²² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 639, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁵²³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 643, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁵²⁴ “É imprescindível, em um Estado Constitucional, zelar pela igualdade de tratamento em face das decisões judiciais. Nada nega tanto a igualdade quanto dar, a quem já teve o seu direito violado ou sofre iminente ameaça de tê-lo, uma decisão desconforme com o padrão de racionalidade já definido pelo judiciário em casos iguais ou similares”. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 164.

⁵²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 674, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

prolata a sua decisão⁵²⁶. Longe de ter uma dimensão puramente particular, a tutela dos direitos pode ser compreendida em *dimensão geral*, cuja finalidade é propiciar *uniformidade de tratamento e unidade ao direito* mediante a *afirmação e o respeito aos precedentes*⁵²⁷. Aparece de forma nítida, portanto, a perspectiva *objetiva e geral* do sistema de tutela dos direitos: *objetiva*, porque seu foco é a ordem jurídica e a consistência de suas decisões; *geral*, porque exigência concernente ao direito como um todo e não a um caso particular, direcionando-se aos juízes (a quem incumbe dar unidade ao direito) e aos jurisdicionados (que precisam de previsibilidade para seu desenvolvimento de modo pleno)⁵²⁸.

1.1.1. A formação e o respeito ao precedente como resultado desejável da densificação do Direito Fundamental ao Processo Justo em perspectiva geral.

Como já se disse, o processo tem por função dar tutela aos direitos. Em perspectiva *objetiva e geral*, isso significa dizer que na escolha e – principalmente – na interpretação do direito aplicável ao caso, a necessidade de promoção da segurança jurídica (como elemento inafastável do Estado Constitucional⁵²⁹) e da igualdade (compreendida como “igualdade perante o direito”⁵³⁰) impõe respeito aos precedentes judiciais⁵³¹. A finalidade do processo só será plenamente atingida se, ao lado da preocupação *particular e subjetiva* na obtenção de uma *decisão justa*, for também considerado essencial, em perspectiva *geral e objetiva*, o respeito ao *precedente*. É possível, assim, colocar a *unidade da ordem jurídica - pela uniformidade de tratamento - como um dos resultados desejáveis* pelo estado ao estruturar um processo que respeita

⁵²⁶ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 134.

⁵²⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, pp. 25-26.

⁵²⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 221.

⁵²⁹ “O Estado de Direito é uma condição possível de ser atingida nos governos humanos. Entre os valores que ele assegura, nenhum é mais importante que a certeza jurídica, exceto talvez pelos princípios que a acompanham, a saber, a segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e seus agentes. Isso porque uma sociedade que alcança esses ideais de certeza e segurança jurídicas permite a seus cidadãos viverem vidas autônomas em circunstâncias de mútua confiança”. MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 22.

⁵³⁰ “O principal fundamento de um sistema de precedentes obrigatórios está na igualdade de todos perante o direito. O Estado Constitucional não apenas proclama e incentiva a igualdade nas relações sociais, mas tutela a igualdade”. MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 162.

⁵³¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 674, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

e promove os direitos fundamentais processuais e, portanto, o direito fundamental ao processo justo, na perspectiva da sociedade.

O direito material somente poderá ser efetivamente tutelado se o for de forma estável, contínua e previsível. Da exigência de tutela efetiva dos direitos surge a imposição ao estado-juiz de fornecer resultados *uniformes*, mediante a formação de (e respeito aos) *precedentes*⁵³². O respeito às decisões pretéritas, como mandamento de consistência e unidade, é um meio *geral* de efetivação da tutela dos direitos. Seu foco, aqui, é a ordem jurídica e a sociedade civil como um todo⁵³³. Impõe-se, no Estado Constitucional, a possibilidade de que os cidadãos autodeterminem-se, podendo definir seu próprio comportamento⁵³⁴ de acordo com as expectativas normativas vigentes⁵³⁵. Para tanto, dos órgãos incumbidos de aplicar o direito exige-se respeito às decisões pretéritas⁵³⁶. Isso por uma razão simples: *se a interpretação e aplicação do direito envolvem sempre, em concreto, uma reconstrução da ordem jurídica pela adscrição de sentidos aos textos normativos, a unidade do direito não se garante apenas pela lei, mas pela jurisdição*. É tarefa do precedente reduzir o âmbito de equivocidade inerente à atividade interpretativa⁵³⁷, permitindo que haja previsibilidade das decisões judiciais⁵³⁸. Essa é necessária, pois garante confiabilidade⁵³⁹ do cidadão no direito, concretizando,

⁵³² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 16.

⁵³³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 17.

⁵³⁴ “Um ordenamento destituído da capacidade de permitir previsões e qualificações jurídicas unívocas e, assim, de gerar um sentido de segurança nos cidadãos, não pode sobrevir, ao menos enquanto ordenamento “jurídico””. MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 320.

⁵³⁵ “For the law to be able to guide human conduct, it must maintain considerable congruence between the rules promulgated and their actual application to specific cases. In other words, the law cannot guide human conduct if actual deviations from it are not treated as such, namely, as deviations from the rule” MARMOR, Andrei. *Law in the age of pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 8.

⁵³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 310.

⁵³⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 28.

⁵³⁸ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 161 e ss.

⁵³⁹ Contra, entendendo que a confiança não é uma justificativa para o respeito ao precedente, BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 101.

com isso, a cidadania⁵⁴⁰ e, portanto, legitimando o exercício de poder. O que se busca não é certeza, mas regularidade e continuidade do Direito⁵⁴¹.

O processo deve ser pensado em função de sua finalidade precípua de dar tutela aos direitos. Em perspectiva *geral e objetiva*, impõe-se atenção ao seu resultado, importando, entretanto, que esse resultado conforme-se à ordem jurídica e, portanto, respeite as decisões pretéritas. Dito de outro modo, compreendendo-se o poder judiciário como uma unidade institucional, para que o processo atinja seus fins em uma dimensão *geral e objetiva*, seu resultado deve servir à *conformação de uma ordem jurídica isonômica mediante o respeito aos precedentes*.

1.1.2. O discurso da ordem jurídica: formação e respeito ao precedente e universalização.

Em perspectiva *objetiva e geral*, a *tutela dos direitos* requer respeito ao precedente como *meio* idôneo de sua efetivação. Seu discurso é voltado imediatamente à sociedade (juízes e jurisdicionados) e, portanto, à ordem jurídica, e está ligado à exigência de *unidade do direito e tratamento uniforme dos cidadãos*. A formação e o respeito ao precedente, por estarem inseridos na necessidade de tratamento igualitário, permitem uma maior previsibilidade⁵⁴² do direito pelos intérpretes e pelos jurisdicionados, permitindo planejamento e evitando arbitrariedade⁵⁴³. Para essa dimensão *objetiva* (e para esse direcionamento *geral*) impõe-se a utilização de um discurso voltado imediatamente à ordem jurídica, consubstanciado na compreensão de

⁵⁴⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 314.

⁵⁴¹ “All of this means that the ideal is not 'certainty' at all, in any of the senses in which that term is commonly applied to legal matters. The true ideal is reasonable regularity of decision. If there is regularity, there is continuity enough; and be it noted that sharp, sudden upset is almost never needed, if there has been no prior piled-up log jam to block passage of the prior needed small adjustments”. LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*. Boston: Little Brown and Co, 1960, p. 216.

⁵⁴² BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 100.

⁵⁴³ “In leaving matters settled, it conserves resources. It facilitates predictability and private planning. It generally tends to serve the ends of treating like cases alike, and delimits scope for arbitrariness. It tends to make for better quality law in the decision of new cases, for the deciding court is called upon to think through implications of alternative decisions and their rationales for future similar cases”. SUMMERS, Robert. The form and content of a precedent methodology. In ZIEGERT, Klaus; DOEKER-MACH, Guenther (coord.). *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*. Stuttgart: Franz Steiner, 2004, p. 277.

que as razões que levaram a determinado julgamento devem ser replicadas para outros casos sempre que os mesmos fatos jurídicos tidos por relevantes no caso pretérito estiverem presentes no caso em julgamento.

Dado que a necessidade de promoção da segurança jurídica⁵⁴⁴ e da igualdade⁵⁴⁵ impõe a vinculação às razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais⁵⁴⁶, deve o legislador prever (e o julgador conformar) técnicas processuais idôneas ao reconhecimento e aplicação dos precedentes judiciais em juízo⁵⁴⁷. A linguagem que o operador deve utilizar para a consecução dessa finalidade pode muitas vezes soar estranha para aquele que está habituado à tradição processual *continental*, de matriz histórica *romano-canônica*⁵⁴⁸. O discurso do precedente impõe compreender quais as razões que efetivamente vinculam institucionalmente e como esse raciocínio deve ter em conta o passado (vinculação) e o futuro (replicação)⁵⁴⁹.

As ferramentas necessárias para compreender, analisar e manejar precedentes judiciais não são as mesmas com as quais se enfrenta o problema da decisão judicial visando à resolução do caso concreto. Utilizam-se, assim, expressões como

⁵⁴⁴ “A segurança jurídica reflete a necessidade de a ordem jurídica ser estável. Esta deve ter um mínimo de continuidade. E isso se aplica tanto à legislação quanto à produção judicial, embora não haja, na prática dos tribunais brasileiros, qualquer preocupação com a estabilidade das decisões. Frise-se que a uniformidade na interpretação e aplicação do direito é um requisito indispensável ao Estado de Direito. Há de se perceber o quanto antes que há um grave problema num direito variável de acordo com o caso”. MARINONI, Luiz Guilherme. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 311.

⁵⁴⁵ “A igualdade está em tratar todos que atuaram em determinado momento temporal de forma isonômica, seja por razões individuais ligadas à formação da coisa julgada, seja por razões gerais atinentes ao conhecimento de determinado precedente e à confiança nele depositada”. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 78.

⁵⁴⁶ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 71.

⁵⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 674, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁵⁴⁸ Esta não é a sede para discutir as matrizes históricas do processo civil, especialmente na conhecida distinção entre o processo civil de *Civil Law* e o processo de *Common Law*. Cumpre consignar, entretanto, que essa distinção, no que diz respeito à estruturação do processo civil, tem sido posta em xeque pelos mais renomados processualistas preocupados com o direito comparado. Sobre o tema ver TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law. Trad. Daniel Mitidiero. In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado. Ensaio*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 11-34.

⁵⁴⁹ SUMMERS, Robert. The form and content of a precedent methodology. In ZIEGERT, Klaus; DOEKER-MACH, Guenther (coord.). *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*. Stuttgart: Franz Steiner, 2004, p. 281.

ratio decidendi, *obiter dictum* e requer-se o conhecimento de técnicas como a distinção, superação, sinalização, reescrita e transformação⁵⁵⁰. O judiciário fixa a interpretação adequada para o caso e, por meio desse, reconstrói a própria ordem jurídica. O precedente surge justamente dessa decisão, mas com ela não se confunde⁵⁵¹, uma vez que aquele se identifica nas razões determinantes que levaram à decisão⁵⁵². Precedente, assim, não é sinônimo de decisão judicial, uma vez que é representado por uma situação de fato compreendida em conjunto a um resultado, que é estampado na forma de uma norma jurídica geral extraída da decisão da questão, que ilustra a razão pela qual esse resultado foi alcançado⁵⁵³.

Com vistas à identificação do *precedente* judicial, o primeiro passo do operador⁵⁵⁴ deve ser a busca da *ratio decidendi* do caso (ou *holding*)⁵⁵⁵. Essa deve levar em conta os fatos essenciais apreciados pelo juiz na decisão e o resultado que deriva da consideração desses fatos⁵⁵⁶, mas não só. Em verdade, não se trata propriamente de um problema envolvendo somente fatos: o juiz, ao decidir determinada questão, está reconstruindo a ordem jurídica, de modo que parece mais correto falar em *ratio decidendi* como um *regramento de qualquer questão jurídica, expressa ou*

⁵⁵⁰ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 75.

⁵⁵¹ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 70.

⁵⁵² MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 192.

⁵⁵³ “A precedent case is represented as a fact situation together with an outcome as well as a rule through which that outcome is reached”. HORTY, John F. *Rules and Reasons in the Theory of Precedent*. In: *Legal Theory*, v. 17, nº 01, 2011, p. 5.

⁵⁵⁴ “The first step will be for the court to identify, largely from the material facts and the arguments of the litigants, the policies and principles relevant to the form and content of the proposed precedent.” SUMMERS, Robert. The form and content of a precedent methodology. In ZIEGERT, Klaus; DOEKER-MACH, Guenther (coord.). *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*. Stuttgart: Franz Steiner, 2004, pp. 279-280.

⁵⁵⁵ Esta a dimensão objetiva do precedente judicial (conforme TARUFFO, Michele. *Dimensioni del precedente giudiziario*. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLVIII, nº 2, 1994). Nesse sentido, “The objective dimension refers to the determination of that which attributes efficacy to the precedent; in other words, what the precedent is in a strict sense. As a first approximation, one might say that the efficacy of the precedent is limited by the *ratio decidendi*, leaving aside the *obiter dicta*”. ITURRALDE, Victoria. Precedent as subject of interpretation (a civil law perspective). In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos (coord.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, V. III*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 109. Com vistas a determinação do que efetivamente vincula em um precedente, ver MARSHALL, Geoffrey. What is binding in a precedent? In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 503-517.

⁵⁵⁶ GOODHART, Arthur. Determining the *Ratio Decidendi* of a Case. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 40, Nº 2, 1930, p. 182.

*implicitamente empregada pelo juiz como passo para chegar na sua conclusão*⁵⁵⁷. Se é verdade que o que se espera de um precedente é a asseguuração da igualdade e da segurança jurídica, todas as questões efetivamente enfrentadas e resolvidas (e que tenham o condão de explicitar a posição do poder judiciário acerca de um questão relevante para os indivíduos poderem ter autodeterminação) devem ser encaradas como *rationes decidendi*, replicáveis, portanto, a casos futuros⁵⁵⁸. Daí porque a sua identificação envolve a análise da dimensão fático-jurídica da questão apreciada⁵⁵⁹, não somente com relação ao resultado fornecido ao caso. Os fatos considerados essenciais para a resolução da questão jurídica específica são importantes porque permitem a comparação dos casos futuros (e de suas peculiaridades) para fins de identificação de situações que se amoldem ao precedente⁵⁶⁰. *Ratio decidendi*, assim, haverá sempre que for possível identificar uma *razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante de um caso*⁵⁶¹, seja ela determinante para o resultado da causa ou apenas argumentação com vistas ao afastamento de uma defesa processual ou material, direta ou indireta⁵⁶². Compreendido o problema dessa forma, parece absolutamente

⁵⁵⁷ O conceito é, em parte, extraído de CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 72 (“The ratio decidendi of a case is any rule of law expressly or impliedly related by the judge as a necessary step in reaching his conclusion), com a ressalva feita por MacCormick (MACCORMICK, Neil. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLDSTEIN, L. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, p. 179), no sentido de que qualquer questão jurídica decidida, ainda que não seja a própria conclusão do caso, pode constituir uma *ratio* (na sua expressão, qualquer “ruling on a point of law”). Na mesma esteira, Chiassoni, para quem a *ratio decidendi* em sentido objetivo, pode ser assim conceituada: “una norma generale – espressa da un enunciato formulato in una sentenza, o in essa implicita – è una ratio decidendi se, ma solo se, alla luce della struttura logica della giustificazione della sentenza (così come ricostruita secondo le direttive di una qualche metodologia oggettiva di analisi delle sentenze), non possa essere espunta dalla motivazione in diritto di una decisione, senza privare la decisione della norma giuridica – o quantomeno: di una delle regole giuridiche, tra loro alternative e concorrenti – su cui si fonda” CHIASSONI, Pierluigi. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (ed.). *Analisi e diritto*, 2004. Torino: Giappichelli, 2005, p. 87.

⁵⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 260.

⁵⁵⁹ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 72.

⁵⁶⁰ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 274.

⁵⁶¹ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 72.

⁵⁶² Parece ser essa a solução propugnada por MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, pp. 260-263. MacCormick, por sua vez, propõe um conceito pontualmente diferente: “Uma ratio decidendi é uma justificação formal explícita ou implicitamente formulada por um juiz, e suficiente para decidir uma questão jurídica suscitada pelos argumentos das partes, questão sobre a qual uma resolução era necessária para a justificação da decisão no caso” (MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 203).

natural que o mesmo julgado possa conter duas ou mais razões, o que é bastante discutível se identificarmos a *ratio* com a resolução do caso⁵⁶³.

Há, entretanto, certas posições externadas pelo julgador que não constituem propriamente as razões de decidir e, portanto, podem ser encaradas como *obiter dictum*: aquilo que é dito (ou escrito) em um julgamento, mas não diz respeito a uma questão controvertida ou, fazendo referência a essa, não constitui proposição necessária para sua solução⁵⁶⁴. Todas aquelas afirmações e argumentações que constem da motivação da decisão, mas não constituam parte integrante da fundamentação jurídica que levou ao resultado, mesmo sendo úteis para a compreensão de seus motivos, e por isso constituam observações tangenciais⁵⁶⁵, serão consideradas *obiter dictum*⁵⁶⁶. Trata-se de conceito compreendido por exclusão⁵⁶⁷: qualquer passagem da motivação do julgamento que contenha argumentação marginal ou simples opinião prescindível para a resolução de questão controvertida⁵⁶⁸.

É possível, assim, distinguir o regramento estabelecido pela decisão (*ruling*), que servirá a outros casos futuramente julgados e por meio da qual um julgamento torna-se suscetível de interpretação por analogia, dedução ou redução⁵⁶⁹, da “adjudicação em sentido estrito”, entendida como a aplicação das consequências desse regramento às partes envolvidas no caso *sub judice*⁵⁷⁰, efetivamente julgando a controvérsia. A *ratio decidendi*, assim, é o componente mais importante desse discurso *objetivo e geral* que pode ser extraído da decisão judicial, permitindo que sejam os precedentes encarados como “*yealding strict rules*” (*regras de observância necessária*),

⁵⁶³ “A dificuldade em ver um julgado com várias *ratios decidendi* tem a ver com a ideia de que o precedente, no *common law*, reflete a solução do caso e não a solução das questões nele envolvidas”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 244.

⁵⁶⁴ O conceito é adaptado de MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 72.

⁵⁶⁵ DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 26.

⁵⁶⁶ TARUFFO, Michele. Precedente e giurisprudenza. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LXI, nº 3, 2007, p. 715.

⁵⁶⁷ TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente guidiziaro. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLVIII, nº 2, 1994, pp. 420-421.

⁵⁶⁸ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004, p. 177.

⁵⁶⁹ “Through its *ratio decidendi*, a judgement becomes accessible for deductive, reductive and analogous thinking”. BALEKJIAN, Wahé H. Ratio or axio decidendi. In: *Reason in Law. Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, V. III. Milano: Giuffrè, 1988, p. 210.

⁵⁷⁰ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 457.

a serem aplicadas em casos futuros, respeitando o ideal de consistência geral do ordenamento jurídico⁵⁷¹.

Compreendida dessa forma, a decisão judicial funciona como um fato institucional⁵⁷², versado em linguagem específica que permite seu uso como base para decisões futuras. Esse discurso *objetivo e geral* tem endereço institucional e impõe a utilização de razões generalizáveis, que permitam a resolução do caso concreto e a sua replicabilidade para situações similares futuras⁵⁷³. A aderência ao precedente não significa consistência apenas em um dado momento, mas no tempo⁵⁷⁴. O precedente, assim, nada mais é do que uma abstração feita pelo intérprete a partir das razões externadas na decisão judicial. Essas razões generalizáveis respondem à necessidade de respeito à exigência de *universalidade*⁵⁷⁵ (tratada por alguns como a regra da justiça formal⁵⁷⁶), que determina que *se um precedente não pode ser universalizado para casos verdadeiramente similares, ele potencialmente inexistente como precedente ou deve ser inevitavelmente reformulado*⁵⁷⁷. Falar em precedentes no campo da argumentação jurídica significa reivindicar que os conceitos e normas gerais empregados na

⁵⁷¹ “The model of formally binding precedent suggests that, in some contexts at least, precedents can be read as yielding strict rules. The *ratio decidendi* identified in a precedent then falls to be applied as a rule in future cases to which it is relevant. This looks to the idea of overall consistency in a strict sense in the legal system. Whatever rules there are validly established, decision-making must respect these rules as they are”. MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. In: *Acta Juridica*, 1998, Juta & Co. Ltd, 1998, p. 186. Dito de outra forma, “A *ratio decidendi* é a regra ou princípio de decisão para o qual um dado precedente empresta autoridade, seja essa regra ou princípio de decisão tratado como vinculante ou como persuasivo em maior ou menor grau em relação às decisões posteriores de questões semelhantes.” MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 193.

⁵⁷² MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 69.

⁵⁷³ “To be right discretion, to be lawful exercise of discretion (though there be neither rule nor precedent nor likelihood of repetition), the action so far as it affects any man or group adversely must be undertaken with a feeling, explicit or implicit, of willingness, of readiness, to do the like again, if, as, and when a like case may arise”. LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*. Boston: Little Brown and Co, 1960, p. 217.

⁵⁷⁴ BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 98.

⁵⁷⁵ Para uma profícua tentativa de justificação da atividade das cortes de vértice a partir da universalidade ver a excelente dissertação de Paula Pessoa Pereira (PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos. Uma justificativa a partir do universalismo*. Dissertação de Mestrado. Orientador Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: UFPR, 2013).

⁵⁷⁶ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 113.

⁵⁷⁷ “If a proposed precedent cannot be justifiably ‘universalized’ to cover truly similar (and therefore non-distinguishable) cases that can now be envisioned, then this will be one argument, perhaps a strong one, against the proposed precedent, and it may call for reformulation”. SUMMERS, Robert. The form and content of a precedent methodology. In ZIEGERT, Klaus; DOEKER-MACH, Guenther (coord.). *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*. Stuttgart: Franz Steiner, 2004, pp. 279-280.

justificação de um caso sejam também empregados na solução dos demais casos, sempre que forem similares nos aspectos considerados relevantes nas razões ou fundamentos da decisão do primeiro caso⁵⁷⁸. Se é verdade que os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente, então novos casos que tenham semelhanças relevantes com decisões anteriores devem (ao menos *prima facie*) ser decididos de maneira igual, já que a fidelidade ao Direito requer que se evite variações frívolas no padrão decisório de um órgão jurisdicional em relação a outro⁵⁷⁹.

Esse conceito de *universalidade* pode ser compreendido a partir de duas ópticas. De um lado, exige que o regramento fornecido quando da presença de certas circunstâncias seja de fato aplicado sempre que essas mesmas circunstâncias estejam presentes em outro caso. De outro lado, o universalismo impõe um teste de adequação do regramento fornecido: somente será adequado se puder ser efetivamente universalizado quando presentes as mesmas condições⁵⁸⁰. *A universalidade é um discurso aplicado mirando o futuro, mas com olhos no passado*. A aderência ao precedente combinada com o respeito à universalidade impõe não só que as decisões presentes sejam proferidas de acordo com o passado, mas que também o sejam com vistas à sua replicação no futuro⁵⁸¹. Ou seja, a partir do caso deve ser possível extrair uma regra universal acerca de uma questão jurídica, a qual deve incidir nos casos futuros sempre que se repetirem as condições presentes na sua hipótese de incidência⁵⁸².

É certo, entretanto, que esse ideal de universalização deve ser visto com cautela, uma vez que circunstâncias ausentes quando da fixação do regramento podem

⁵⁷⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 275.

⁵⁷⁹ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 191.

⁵⁸⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 29.

⁵⁸¹ “The requirements of formal justice establish at least a presumptive reason for following relevant precedents, it is no less true, although less commonly observed, that these requirements impose forward looking as well as backward-looking constraints on the decision of litigated disputes”. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Reimp. 2003. Oxford: Oxford University Press, 1978, pp. 75-76. Nesse sentido ver, ainda, GASCÓN, Marina. Rationality and (self) Precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos (coord.). *On the Philosophy of Precedent*. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, V. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 40.

⁵⁸² BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 113.

ensejar exceções ou distinções⁵⁸³. Essas exceções ou distinções, por sua vez, acaso novamente presentes, justificam que o tratamento excepcional se repita. Como ressalta MacCormick, “universais excepcionáveis (*defeasible*) são, contudo, ainda universais”⁵⁸⁴. O fato de ser universal não significa que tenha que ser absoluto. A excepcionalidade da regra universal, contudo, deve sempre ser universalizável, de modo com que sempre que uma exceção com os mesmos elementos ocorrer, a resposta terá de ser a mesma. Sem isso, não há racionalidade. A universalização é condição essencial da justificação⁵⁸⁵, elemento pelo qual se pode aferir a racionalidade da atividade interpretativa e do seu resultado, o qual somente será racional se universalizável⁵⁸⁶. Sem essa condição de replicabilidade, não há objetividade e imparcialidade⁵⁸⁷ na atividade interpretativa.

Além disso, se com as mesmas características relevantes e sob a mesma norma jurídica aplicável, dois casos forem decididos de forma diversa, as decisões (e assim também o próprio ordenamento) serão também necessariamente inconsistentes⁵⁸⁸. Consistência e aderência ao precedente impõem limites à discricionariedade do julgador quanto à consequência jurídica aplicada aos fatos apurados. Mais do que racionalidade, a consistência de decisões para diferentes indivíduos em situações similares, dentro de uma organização, baseia-se na noção de que essa mesma organização (no caso, o judiciário) deve ser compreendida como uma unidade⁵⁸⁹. As normas jurídicas

⁵⁸³ MACCORMICK, Neil. Particulars and Universals. BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (coord.). *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2006, p. 15.

⁵⁸⁴ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 328.

⁵⁸⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 103.

⁵⁸⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, pp. 82-83.

⁵⁸⁷ “Qualquer compromisso com a imparcialidade entre diferentes indivíduos e diferentes casos exige que os fundamentos para o julgamento neste caso sejam tidos como repetíveis em casos futuros”. MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 120.

⁵⁸⁸ BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 91.

⁵⁸⁹ BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 110. Essa compreensão relacionada ao ordenamento como um todo único e ordenado pode ser reconduzida às dimensões institucional e estrutural do precedente (TARUFFO, Michele. Dimensiononi del precedente guidiziario. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLVIII, nº 2, 1994) . Sobre o tema ver, também, ITURRALDE, Victoria. Precedent as subject of interpretation (a civil law perspective). In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos (coord.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International*

formativas de um sistema jurídico devem relacionar-se de forma consistente⁵⁹⁰, e isso inclui as normas universalizáveis que podem ser extraídas de cada decisão judicial. A realização da igualdade requer a universalização do precedente⁵⁹¹.

Ainda que se admita que o precedente tem uma função de inegável importância para a racionalidade e consistência do ordenamento, discute-se a respeito da vinculação independentemente do conteúdo das razões a serem universalmente aplicadas⁵⁹². A doutrina diverge a respeito do tema. Discute-se a eficácia persuasiva ou estritamente vinculante do precedente⁵⁹³, o precedente ou a mera “força gravitacional” das decisões judiciais⁵⁹⁴. Dito de outro modo, a *ratio* poderá ser vinculante ou fortemente persuasiva, a depender do valor que for conferido aos precedentes judiciais por determinada ordem jurídica⁵⁹⁵. É quase um lugar comum na doutrina de *civil law* a

Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, V. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 109.

⁵⁹⁰ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 17.

⁵⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: RT, 2013, p. 164.

⁵⁹² Mesmo partindo de premissas similares a deste trabalho, autores de renome sustentam a necessidade de vinculação apenas aos precedentes que ostentem “boas razões”: “Ahora bien, para conseguir una valoración positiva del precedente desde el punto de vista del funcionamiento del derecho, debe cumplirse una condición esencial: el precedente debe ser “bueno” o “correcto”. Los precedentes “malos” o “equivocados” pueden, es verdad, hacer más uniforme la aplicación del derecho, pero en detrimento de la actuación del derecho como medio de control social, que da eficacia a los valores postulados”. WROBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y Hecho en el Derecho*. San Sebastian: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2008, p. 228; “Os precedentes são mais bem compreendidos se tratados como persuasivos, em maior ou menor grau, em vez de absolutamente vinculantes. Todavia, isso não significa dizer que não haja proposições determinadas que mereçam ser tidas como persuasivas, e que não possam ser consideradas vinculantes em certas situações”. MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 195. No Brasil, propugnando uma *teoria normativa do precedente judicial*, que vincula precedentes apenas pelas suas boas razões, ver ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012; BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial. A justificação e a aplicação das regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

⁵⁹³ Essa a dimensão eficaz do precedente. Sobre o tema ver TARUFFO, Michele. Dimensioni del precedente guidizario. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLVIII, nº 2, 1994. “In a broad sense, the concept of precedent includes both obligatory precedents and persuasive precedents: obligatory precedents are those that the judge must follow even if he or she finds them unjust, unreasonable, erroneous, etc. Persuasive precedents are those that the judge should or may take into account without any obligation to follow them”. ITURRALDE, Victoria. Precedent as subject of interpretation (a civil law perspective). In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos (coord.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, V. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, pp. 109-110.*

⁵⁹⁴ ADAMS, Maurice. Precedent versus Gravitational Force of Court Decisions in Belgium: between theory, law and facts. In HONDIUS, Ewoud (coord.). *Precedent and the law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law. Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 175.

⁵⁹⁵ MACCORMICK, Neil. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 211.

afirmação de que em países dessa tradição as decisões são dotadas de eficácia persuasiva⁵⁹⁶. A discussão não é nem mesmo pacífica em países da tradição de *common law*⁵⁹⁷, ainda que lá tendencialmente imponha-se o respeito ao precedente em razão da aplicação da máxima do *stare decisis*⁵⁹⁸. Certo, entretanto, que em maior ou menor medida, a grande maioria dos países ocidentais outorga eficácia aos precedentes judiciais⁵⁹⁹.

A maior ou menor eficácia outorgada pelo ordenamento aos precedentes judiciais está também diretamente relacionada à respeitabilidade das cortes de vértice⁶⁰⁰. Daí porque o tratamento do problema passa pelo enfrentamento da estrutura do sistema de justiça civil e pela compreensão do papel das cortes de justiça e de vértice em cada ordenamento⁶⁰¹. O problema é intimamente relacionado às eficácias vertical e horizontal do precedente: cortes hierarquicamente paralelas ou iguais, dificilmente poderão servir-se uma vinculação propriamente dita (*binding precedent*), sendo, no mais das vezes, submetidas apenas à persuasão do precedente (*persuasive precedent*); já as cortes hierarquicamente inferiores tendem a vincular-se aos precedentes das cortes hierarquicamente superiores⁶⁰². A doutrina ainda trata da diferença entre seguir (*to*

⁵⁹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 118.

⁵⁹⁷ Daí a constatação de Duxbury: “Common-law judges are not sanctioned for declining to follow precedent, and so precedents do not constrain judges in the classical positivist sense” DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 14. Sobre o tema, ver o relatório de BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 325-327.

⁵⁹⁸ Expressão reduzida do brocardo “*stare decisis et non quieta movere*,” que pode ser definida como uma obrigação de aderência aos precedentes e de manutenção daquilo que já foi estabelecido. BRENNER, Saul; SPAETH, Harold. *Stare Indecisis. The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 1.

⁵⁹⁹ Para uma perspectiva ampla da difusão da aceitação dos precedentes como fonte jurídica ver SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

⁶⁰⁰ “If cases are well reported and the final court of appeal strong, there is a natural tendency for precedent to become more and more binding; for the lower courts will look to the highest court for a lead and the latter will feel bound to preserve some consistency in its decisions”. LAWSON, F. H.. *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*. Reimp. 1ª Ed. 1953. Buffalo: William Hein & Co, 1988, pp. 85-86.

⁶⁰¹ Não à toa, a doutrina tem-se voltado ao estudo do papel das cortes, especialmente àquelas de vértice. Sobre o tema ver, MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013 e MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013.

⁶⁰² Tudo conforme SUMMERS, Robert. The form and content of a precedent methodology. In ZIEGERT, Klaus; DOEKER-MACH, Guenther (coord.). *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*. Stuttgart: Franz Steiner, 2004, p. 276. O tema é tratado também por SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction To Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 36 e ss..

follow) o passado (obedecer - *to obey* - o precedente) e aprender (*to learn*) com o passado (ser persuadido - *be persuaded* - por uma decisão)⁶⁰³.

Há razões bastante convincentes, entretanto, para crer na necessária vinculação das cortes às decisões judiciais pretéritas, independentemente de seu conteúdo. Persuasivos ou obrigatórios, os precedentes respondem a uma exigência de unidade institucional e tratamento uniforme de todos os cidadãos. A recusa de autoridade às decisões proferidas pelas cortes de vértice significa recusa de vinculação ao Direito⁶⁰⁴, tendo em vista que esse encontra expressão na interpretação que lhe é conferida pelo judiciário, dada a separação entre texto e norma⁶⁰⁵. Certamente não é possível efetivar transplantes jurídicos de uma tradição a outra, sem a devida adaptação às particularidades de cada sistema jurídico. Porém, a racionalidade exigida da justificação, aliada à consistência exigida do ordenamento, é motivo suficiente para impor respeito às razões determinantes das decisões pretéritas. Daí porque a aderência ao precedente independe da efetiva vigência de um sistema de precedentes obrigatórios por força de disposições legais, sendo uma mera decorrência da concepção lógico-argumentativa do Direito⁶⁰⁶.

Discute-se ainda o modo de raciocínio utilizado na atividade de identificação e aplicação do precedente. É bastante comum a afirmação segundo a qual

⁶⁰³ SCHAUER, Frederick. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction To Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009, p. 38.

⁶⁰⁴ Em verdade, estar adstrito ao precedente não é substancialmente diverso de estar adstrito às regras. Como bem ressalta Schauer: “If precedent matters, a prior decision now believed erroneous still affects the current decision simply because it is prior, and thus an argument from precedent operates substantially like an argument from rule”. A única diferença está em que, no discurso do precedente, a construção do seu conteúdo normativo envolve uma tarefa por parte do intérprete um pouco diversa daquela da interpretação dos textos normativos positivados. SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in Law and in life*. Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002, pp. 182-183.

⁶⁰⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 103.

⁶⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, pp. 85-86. Assim também MacCormick, ainda que em outras obras defenda a eficácia meramente persuasiva dos precedentes como preferível à eficácia vinculante: “This does not depend on any doctrine or practice of following precedents. On the contrary, the rationality of a system of precedents depends upon this fundamental property of normative justification, within any justificatory framework, its universalizability. Any commitment to impartiality between individuals and different cases entails requiring that the grounds of judgement in this case be deemed repeatable in future cases. Of course, you have to add consistency over time as a further requirement, and in addition, within any normative system, the idea of an overall coherence of values and principles, enduring through time, before you have the basis for an actual system of precedent”. MACCORMICK, Neil. Particulars and Universals. BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (coord.). *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2006, p. 17.

o raciocínio por analogia é o resultado característico da doutrina do precedente⁶⁰⁷. Há quem defenda, entretanto, que raciocinar por precedente significa obedecê-lo, e raciocinar por analogia significa buscar assistência (nas demais decisões) na busca de uma melhor decisão (ou para persuadir alguém de que essa era a melhor decisão a ser tomada)⁶⁰⁸. Certo, no entanto, que o discurso do precedente envolve *identificação*, *comparação* e *replicação*, por meio de duas atividades distintas. A primeira consiste na identificação da *ratio decidendi* e na sua universalização (mediante raciocínio conjectural). A segunda atividade impõe ao juiz “vinculado” ao precedente a determinação da semelhança, ou não, do caso ou questão a ser julgada e do caso ou questão já julgado. O raciocínio aqui é eminentemente comparativo e relacional. Para tanto, deve haver a determinação de quais as características são relevantes para fins da comparação (e, assim, uma preocupação com os fatos essenciais do caso (ou questão) julgado e do caso (ou questão) a ser julgado – um juízo de relevância). O resultado de tudo isso é a aplicação do precedente (*replicação*) ou a distinção (*distinguishing*).

O discurso relativo à tutela dos direitos em sua dimensão *objetiva e geral* pressupõe compreender o precedente judicial como um *meio* voltado à sua efetivação. O processo deve permitir, por meio de seu resultado (ou seja, por meio da decisão judicial), a *conformação de uma ordem jurídica isonômica*. Para que o meio seja efetivamente idôneo à realização dessa finalidade, faz-se necessária a compreensão de certos institutos e conceitos de uso não-habitual ao operador da tradição de *civil law*, como *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Esse discurso voltado à sociedade pressupõe a mirada ao passado – para identificação da *razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante de um caso* - e um raciocínio que mira ao futuro - de *universalização dessas razões para casos similares* – com vistas à estruturação de um ordenamento jurídico isonômico, que trate uniformemente os cidadãos e outorgue unidade ao direito.

1.2. A isonomia perante o direito e sua relação com a tutela dos direitos em perspectiva objetiva e geral

⁶⁰⁷ “The rule of stare decisis causes the judges to *reason by analogy because the principle that like cases must be decided alike involves analogical extension of the decision in an earlier case*”. CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 26.

⁶⁰⁸ SCHAUER, Frederick. Why precedent in Law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. In: DAHLMAN, Christian; FETERIS, Eveline (ed.). *Legal Argumentation Theory: Cross-disciplinary perspectives*. Dordrecht: Springer, 2013, p. 51.

A igualdade compreendida em sua perspectiva conceitual *macro*, na sua acepção de *igualdade perante o direito*, relaciona-se à temática envolvendo a finalidade do processo civil (a *tutela dos direitos*), na perspectiva *objetiva e geral*. A promoção da *uniformidade de tratamento de todos diante da interpretação do direito* tem a finalidade imediata de garantir que a prometida igualdade seja efetivamente respeitada, na medida em que se passa a ter consciência de que o direito é diuturnamente reconstruído pela jurisdição por meio das decisões judiciais, não bastando a promessa de igualdade perante a lei para sua efetivação. Mediatemente, a *isonomia no tratamento diante das decisões judiciais*, cujo resultado direto é a outorga de *unidade ao direito*, tem por efeito secundário a *promoção da segurança jurídica*, porque possibilita aos cidadãos *confiar* no direito e *calcular* o espectro de conseqüências atribuídas aos seus atos. Funciona a *igualdade como um componente inafastável* do direito fundamental ao processo justo na perspectiva de seu resultado, pois o processo, como *instrumento* de efetivação de direitos (e do Direito), deve outorgar *igualdade de tratamento* e possibilitar a *autodeterminação dos cidadãos*, conferindo, assim, *juridicidade* ao ordenamento.

1.2.1. A isonomia como ideal meramente funcional e como princípio instrumental: o precedente como *meio* para o tratamento igualitário e a segurança jurídica como *resultado indireto* da isonomia perante o direito.

O desenvolvimento da sociedade contemporânea tem como premissa fundamental a necessidade de submissão de todos ao Direito e não ao governo dos homens⁶⁰⁹. Sendo assim, é consequência direta da aceitação de que vivemos em um Estado Constitucional a noção de que todos devem ser tratados com base nas mesmas normas jurídicas⁶¹⁰. Porém, a mera aplicação indistinta da *lei escrita* para todos não é mais suficiente se aceitamos a premissa de que o Direito não é algo previamente dado pelo legislador, mas o resultado de uma *reconstrução operada pelo judiciário* a partir

⁶⁰⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 243.

⁶¹⁰ “Whether we think of the rule of law or of due process, we could probably agree that its elements consist at least of the following: fairness, impartiality, independence, equality, openness, rationality, certainty and universality”. MARSHALL, Geoffrey. *Due Process in England*. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. *Due Process. Nomos XVIII. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. Nova Iorque: New York University Press, 1977, p. 70.

de sentidos mínimos reconhecidos nas disposições textuais. Se assumimos que *as normas são o resultado* da interpretação e *não o seu objeto*, inevitavelmente devemos nos preocupar com a conformação de uma ordem jurídica única, resultante das mútuas interações entre legislativo e judiciário, por meio de decisões judiciais estáveis. A noção de que o Direito é um só e deve ser aplicado a todos indistintamente em determinada ordem jurídica (no tempo e no espaço), tomada como premissa de um discurso que se pretenda jurídico⁶¹¹, fundamenta a necessidade de estruturarmos um processo civil voltado à promoção da *igualdade diante das decisões judiciais*⁶¹².

Admitir que o Direito não depende apenas da tarefa legislativa e que a ordem jurídica deve ser compreendida como uma *unidade* (para a qual contribui igualmente o judiciário), significa impor os mesmos padrões decisórios às situações similares ou análogas⁶¹³. É papel das cortes sustentar esse caráter unitário de qualquer sistema jurídico organizado na forma de um Estado Constitucional⁶¹⁴. Daí porque a exigência de *uniformidade das decisões judiciais* e de respeito às decisões pretéritas está intimamente conectada à noção de igualdade perante o direito⁶¹⁵, exigência de justiça formal que protege o cidadão contra arbitrariedades no exercício do poder⁶¹⁶, e às noções de *calculabilidade e confiança*, exigências de segurança jurídica para que os indivíduos possam se autodeterminar.

⁶¹¹ “Justice requires the equal treatment of equal persons in equal or essentially similar circumstances. The realization of justice demands that two situations in which the relevant circumstances are the same should be dealt with in a identical way”. BODENHEIMER, Edgar. *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1962, p. 193.

⁶¹² “Precedent does have real significance for any legal system, any country, in which human equality is respected”. MACCORMICK, Neil. The significance of precedent. In: *Acta Juridica*, 1998, Juta & Co. Ltd, 1998, p. 187.

⁶¹³ “It is a natural practice of the human mind, whether legal or non-legal, to accept the same pattern in similar or analogous cases”. GOODHART, Arthur L. *Precedent in English and Continental Law*. Reprinted from the *Law Quarterly Review*, January, 1934. London: Steven and Sons Ltd., 1934.

⁶¹⁴ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. Rationales for precedent. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 487.

⁶¹⁵ “The concept of uniformity of jurisprudence requires that like things be decided in a like manner”. LARENZ, Karl. *The Open Legal Development: Germany*. In: DAINOW, Joseph (ed.). *The role of judicial decisions and doctrine in civil law and in mixed jurisdictions*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1974, p. 160. Contra, entendendo que a igualdade não impõe qualquer tipo de respeito ou vinculação às decisões pretéritas, ver ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. In: *Southern California Law Review*, vol. 63, nº 1, 1989-1990, pp. 3-62.

⁶¹⁶ “Equality, perhaps the most basic element of justice, would give way to arbitrariness if, without compelling reasons justifying an exception, unequal decisions were made upon identical facts”. MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio (coord.). *Schlesinger’s Comparative Law*. Nova York: Thomson Reuters, 2009, p. 614.

A igualdade, compreendida na dimensão *objetiva e geral* da tutela dos direitos, assume dois papéis. De um lado, pode ser compreendida como uma das finalidades do sistema de *tutela dos direitos*, ou seja, como uma norma imediatamente funcional⁶¹⁷. Nessa medida, o tratamento igualitário dos cidadãos é encarado como um dos *fins* do processo civil do Estado Constitucional. A funcionalidade da igualdade, assim, faz parte da sua própria essência⁶¹⁸. Trata-se de componente inafastável da noção de justiça formal⁶¹⁹, que apesar de não ser suficiente para que haja uma decisão justa (uma vez que não constitui uma base independente para avaliação do conteúdo do julgamento⁶²⁰), importa na medida em que, de um lado, impõe um ônus bastante intenso de justificação quanto às *razões para não seguir a decisão anterior*⁶²¹ (passado) e, de outro, obriga as cortes a efetivar um raciocínio universalista na justificação das decisões judiciais (futuro)⁶²². Essa finalidade processual determina que casos similares recebam tratamento similar (*treat like cases alike*)⁶²³. O meio pelo qual o processo promove

⁶¹⁷ MARMOR Andrei. *Law in the age of pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 9: “Purely functional values do not have any additional value beyond the value that is instantiated by the function they perform”; ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 181 e ss.

⁶¹⁸ “Uniformity of law is an essential part of equality of treatment of essentially similar cases, that is, cases which qualify as similar under a given (and stable) interpretation of the law”. BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. Rationales for precedent. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 488.

⁶¹⁹ “According to the principle of formal justice equal legal consequences are to ensue from equal relevant conditions (...) It is easily demonstrated that this principle equals the postulate that legal judgments must be based on general normative rules”. WEINBERG, Ota. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problems of legal theory and social philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 253.

⁶²⁰ GASCÓN, Marina. Rationality and (self) Precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos (coord.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, V. III*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 40. Sobre o tema ver, ainda, WEINBERG, Ota. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problems of legal theory and social philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 259. Ao fim e ao cabo trata-se de resolver, nos casos em que a igualdade de tratamento impõe a vinculação a um precedente considerado “equivocado”, um conflito inevitável entre justiça geral e justiça particular: “The system seeks to balance the general benefits of consistency and certainty against the requirement of justice in individual cases”. BAILEY, S.H.; CHING, J. P. L.; TAYLOR, N. W. *The Modern English Legal System*. 5ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, p. 475.

⁶²¹ RUIZ MIGUEL, Alfonso. Equality before the Law and Precedent. In: *Ratio Juris*. Vol. 10, No. 4, 1997, p. 390.

⁶²² “The constraints of formal justice obligate a court to attend to the need for generic ruling on points of law, and their acceptability as generic rulings, as essential to the justification of particular decisions”. MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Reimp. 2003. Oxford: Oxford University Press, 1978, p. 86..

⁶²³ Sobre a necessidade de ‘*treat like cases alike*’, ver BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, pp. 87 e ss. Contra, para uma visão menos aderente à necessidade “*treat like cases alike*”, ver MARMOR, Andrei. *Law in the age of pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 183-195. O presente não trabalho não tem a intenção de esgotar a questão. Entretanto, não se pode deixar de consignar a evidente dificuldade em determinar a

uniformidade de tratamento diante das decisões judiciais é o precedente, discurso voltado à sociedade que, como já se deixou claro, é voltado ao passado com vistas à regulação do futuro⁶²⁴.

Não menos importante, a *igualdade perante o direito* desempenha ainda um segundo papel, qual seja, a *promoção indireta da segurança jurídica*⁶²⁵. Isso porque ao promover a *igualdade de tratamento diante das decisões judiciais* e, conseqüentemente, a *unidade do direito*, o precedente proporciona à sociedade em geral um ambiente jurídico-institucional em que se torna possível a *confiabilidade* e a *calculabilidade* do indivíduo no Direito, condições sem as quais não há segurança jurídica. Como ressalta Humberto Ávila, “embora não pareça, a proteção da igualdade é uma forma indireta de se proteger a segurança jurídica”⁶²⁶, funcionando aquela como instrumento dessa, pela uniformidade e imparcialidade que daquela decorre⁶²⁷. A segurança jurídica é, portanto, um *resultado indireto* da promoção da igualdade. De um lado, o raciocínio da universalidade, que é típico do discurso do precedente, permite ao indivíduo planejar as suas atividades, *calculando* o espectro de conseqüências atribuíveis abstratamente aos seus atos ou fatos, já que a reconstrução da ordem jurídica operada pelo judiciário ao fixar a razão necessária e suficiente para resolver uma questão relevante constante de um caso expõe a interpretação compreendida como adequada pela esfera decisória competente. De outro lado, o indivíduo passa a ter *confiança* de que essa reconstrução será replicável para situações similares futuras, crendo, portanto, na estabilidade e na vinculatividade do direito.

Dessa *igualdade de tratamento* em perspectiva geral resulta para o cidadão a

similitude de casos (ou questões) a ensejar o tratamento similar (“There are always difficulties in determining whether two cases are truly 'like'” BAILEY, S.H.; CHING, J. P. L.; TAYLOR, N. W. *The Modern English Legal System*. 5ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, pp. 474-475), problema que, entretanto, apesar de bastante complexo, não constitui razão suficiente para deixar-se de compreender a exigência de tratamento igualitário como uma finalidade do processo civil.

⁶²⁴ “A court's decision is expected to be consistent with decisions in previous cases and to provide certainty for the future so that the parties and others may arrange their affairs in reliance on the court's opinion. These considerations are reflected in the English system of judicial precedent”. BAILEY, S.H.; CHING, J. P. L.; TAYLOR, N. W. *The Modern English Legal System*. 5ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, pp. 474-475.

⁶²⁵ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 229.

⁶²⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 229.

⁶²⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 230.

possibilidade de planejamento de suas ações futuras. Nesse quadro, a *uniformidade de tratamento* promove de forma *mediata* a própria dignidade da pessoa, visto que o indivíduo necessita de *confiabilidade* e *calculabilidade* para realizar-se plenamente e de forma digna⁶²⁸ e, por consequência, a liberdade compreendida como possibilidade de autodeterminação. Ainda que de forma indireta, portanto, é possível agregar um sentido instrumental⁶²⁹ à *igualdade perante o direito*, uma vez que sua promoção indiretamente *serve à realização da segurança jurídica*, em seus elementos *confiabilidade* e *calculabilidade* (e, por consequência, a dignidade da pessoa e a liberdade como autodeterminação).

1.2.2. A exigência de isonomia diante do não-cognitivismo interpretativo: *procedural justice*, a experiência de *common law* e o *stare decisis*.

A noção de igualdade perante o direito proposta no presente trabalho está intimamente ligada à compreensão de que a atividade do juiz (e de todo aplicador do direito) é uma atividade reconstrutiva de sentidos normativos⁶³⁰. Diante dessa compreensão da interpretação jurídica, não há dúvidas de que os precedentes se tornam *meios* de concretização das normas jurídicas⁶³¹. Ainda que seja lugar-comum na doutrina da tradição de *civil law* a defesa do papel meramente *declaratório* da atividade jurisdicional, os sistemas jurídicos contemporâneos são inevitavelmente dependentes da colaboração entre legislativo e judiciário para a reconstrução da ordem jurídica⁶³². A consciência desse papel dos juízes é o que faz com que nos países de tradição de *common law*, diferentemente do que ocorre em outros lugares, haja uma maior preocupação com a igualdade dos cidadãos em face das decisões⁶³³.

⁶²⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 231.

⁶²⁹ MARMOR Andrei. *Law in the age of pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 9.

⁶³⁰ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 53.

⁶³¹ “Precedents have become unavoidable means for the ‘concretization’ of legal rules and principles”. TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 459.

⁶³² GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo. PICKER, Colin. *Comparative Legal Traditions. Text, materials and cases on Western Law*. 3ª Ed. St. Paul: Thomson West, 2007, p. 74.

⁶³³ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: RT, 2013, p. 163.

Ocorre que analisado o processo interpretativo como um todo e, especialmente, a decisão jurídica sob o prisma da sua justificação, resta clara a inexistência de diferenças consideráveis entre as tradições, em que pese diferenças no estilo de decidir⁶³⁴. O lugar-comum de que seria absolutamente contrário à doutrina da separação de poderes encampada pela tradição de *civil law* a vinculação das cortes às decisões pretéritas somente pode ser explicado por apego às noções revolucionárias de que o juiz é apenas a “boca da lei”⁶³⁵. O sistema de precedentes não é um atributo próprio do *common law* (como propagado falsamente) e é indispensável a todo sistema jurídico voltado à tutela da igualdade e da segurança jurídica⁶³⁶. A distinção entre as tradições jurídicas repousa mais no folclore acerca do papel das cortes do que na realidade prática⁶³⁷. Qualquer que seja o ordenamento em análise, será sempre elemento indispensável da justificação jurídica a enunciação de uma regra universal para solução de um problema jurídico particular⁶³⁸, sendo falaciosa, dentro de uma concepção lógico-argumentativa do direito, a asserção de que o processo de raciocínio jurídico seja substancialmente diferente nas tradições jurídicas do *common law* e do *civil law*⁶³⁹.

A igualdade justifica a aplicação e o respeito aos precedentes, dado o desacordo interpretativo ínsito à equivocidade dos textos normativos e em face da necessidade de consistência temporal⁶⁴⁰. A aderência ao precedente, desse modo, limita

⁶³⁴ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 110.

⁶³⁵ MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 23

⁶³⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ enquanto corte de precedentes*. São Paulo: RT, 2013, p. 17. Nesse sentido, “Civil law decisions have weight for the same reasons that underlie the common law doctrine of stare decisis. The most important of these reasons go to the very heart of the legal system; the requirements of reasonable certainty and predictability; the elementary demand of fairness that like cases be treated alike; and the related, but distinct, consideration that justice should not only be done, but should appear to have been done”. GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo. PICKER, Colin. *Comparative Legal Traditions. Text, materials and cases on Western Law*. 3ª Ed. St. Paul: Thomson West, 2007, pp. 246-247.

⁶³⁷ “The important distinction between the civil law and the common law judicial processes does not lie in what courts in fact do, but in what the dominant folklore tells them they do”. MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2007, p. 47.

⁶³⁸ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 111.

⁶³⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 112. Nesse sentido também MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 86.

⁶⁴⁰ BAYLES, Michael. On Legal Reform: Legal Stability and Legislative Questions. ROBISON, Wade (coord.). *The Legal Essays of Michael Bayles*. Hague: Kluwer Law International, 2002, p. 49; ADAMS, Maurice. Precedent versus Gravitational Force of Court Decisions in Belgium: between theory, law and

o espaço de discricção do operador como um *requerimento de justiça formal* (porque não especifica o conteúdo da decisão⁶⁴¹), promovendo a *igualdade de tratamento*⁶⁴² pela submissão ao direito. A tradição de *common law*⁶⁴³ procede dessa forma mediante o respeito à regra do *stare decisis*, segundo a qual, em sentido vertical, toda corte está vinculada às decisões proferidas por cortes de hierarquia superior e, em sentido horizontal, vinculada por suas próprias decisões pretéritas⁶⁴⁴.

Na experiência jurídica americana, sua aplicação é mais antiga (antes mesmo da Revolução Americana)⁶⁴⁵, enquanto na experiência inglesa a doutrina dá conta de uma utilização mais rígida apenas a partir do século XX⁶⁴⁶. O resultado de sua aplicação é a resolução de controvérsias individuais com vistas ao futuro, aumentando, assim, o conhecimento do direito e a responsabilidade dos juízes. De outro lado, essa regra oferece legitimação política institucional à função criativa da atividade judicial que é reconhecida nessa tradição⁶⁴⁷. A progressiva utilização de “*departures from precedent*” (de que são exemplos, dentre outros, a distinção e a superação) nos sistemas anglossaxões demonstra que a submissão ao *stare decisis*, longe de significar

facts. In HONDIUS, Ewoud (coord.). *Precedent and the law. Reports to the XVIIIth Congress International Academy of Comparative Law. Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 153.

⁶⁴¹ GASCÓN, Marina. Rationality and (self) Precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos (coord.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, V. III*. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, p. 40; WEINBERG, Ota. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problems of legal theory and social philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991, p. 259; BAILEY, S.H.; CHING, J. P. L.; TAYLOR, N. W. *The Modern English Legal System*. 5ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007, p. 475.

⁶⁴² BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 110.

⁶⁴³ Sobre as diferenças entre a aplicação do *stare decisis* na Inglaterra e nos Estados Unidos ver GOODHART, Arthur. Case Law in England and America. In: *Cornell Law Quarterly*, Vol. XV, nº 2, 1930, pp. 173-193; DOUGLAS, William O. Stare Decisis. In: *Columbia Law Review*, vol. 49, nº 6, 1949, pp. 735-758; MATTEI, Ugo. *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti D'America*. Milano: Giuffrè, 1988; CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004; LEE, Thomas R. Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, 1999, p. 647-735; WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. In: *Michigan Law Review*, vol. 111, 2012, pp. 02-31; COLE, Charles. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. In: *Revista do Tribunais*, vol. 752, 1998, p. 11 e ss.

⁶⁴⁴ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 6; BRENNER, Saul; SPAETH, Harold. *Stare Indecisis. The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 1.

⁶⁴⁵ SUMMERS, Robert. Precedent in the United States. In: In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 355.

⁶⁴⁶ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 25.

⁶⁴⁷ MATTEI, Ugo. *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti D'America*. Milano: Giuffrè, 1988, p. 358.

congelamento do direito⁶⁴⁸, em verdade é resultado da compreensão de que a atividade interpretativa deve contribuir para uma unidade institucional.

Independentemente da existência de uma regra de direito positivada, o respeito às decisões pretéritas que servem de modelo para decisões futuras deve ser compreendido como uma exigência derivada das concepções não-cognitivistas da interpretação jurídica, especialmente no seu viés lógico-argumentativo. A imagem caricatural dos sistemas de *civil law* - apegados à lei e livres da exigência de respeito aos precedentes - e do sistema de *common law* - caracterizado pela sua escravidão ao passado -, se em algum momento histórico pudesse ser considerada válida, certamente já não mais o é⁶⁴⁹. O decretado ocaso do *stare decisis* não se consumou⁶⁵⁰. Se é verdade que a rigidez da vinculação absoluta (que não comporta superação) foi suplantada⁶⁵¹, é também clara a tendência de países cuja tradição é ligada ao *civil law* ao reconhecimento de gradações mais ou menos intensas de força normativa às decisões judiciais⁶⁵². Isso tudo por um motivo óbvio: por detrás do incremento da força normativa do precedente está a compreensão de que é princípio básico da administração da justiça que casos iguais devem ser tratados de forma igual⁶⁵³.

⁶⁴⁸ “Stare decisis does not signify stasis in law, conceptually or otherwise.”. MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Further General Reflections and Conclusions. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 535.

⁶⁴⁹ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Further General Reflections and Conclusions. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 532.

⁶⁵⁰ “We can, therefore, face the prospect of an eclipse of the doctrine of stare decisis without regret. But whether we regret it or not, I believe that such a change is inevitable. Precedents, and especially the precedent of a single case, will no longer be considered a binding source of law which judges must accept under all circumstances. Only if decided cases have created a practice upon which laymen have relied, will the American courts feel that they are bound to follow them. This, as I have attempted to show, is the doctrine of the civil law and directly contrary to that of the English law with its insistence upon the need for certainty. I therefore believe that, as concerns the fundamental doctrine of precedent, English and American law are at the parting of their ways”. GOODHART, Arthur. Case Law in England and America. In: *Cornell Law Quarterly*, Vol. XV, nº 2, 1930, pp. 173-193.

⁶⁵¹ E a própria experiência inglesa (considerada mais rígida que a americana) pós-1966 dá conta da possibilidade de revogação de precedentes (BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. *Precedent in the United Kingdom*. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 342-343)

⁶⁵² MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. Further General Reflections and Conclusions. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, p. 533.

⁶⁵³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 1.

1.2.3. A isonomia perante o direito pelo respeito ao precedente inserida no discurso da ordem jurídica. A função da isonomia perante o direito (isonomia, respeito ao precedente, unidade do direito e segurança jurídica).

É finalidade precípua do processo civil do Estado Constitucional dar tutela aos direitos. Essa função, em dimensão *objetiva e geral*, impõe *uniformidade de tratamento de todos diante das decisões judiciais* (e a unidade do direito que dela é resultado) pela *afirmação e respeito aos precedentes*. A vinculação às decisões pretéritas é um dos resultados desejáveis pelo estado ao estruturar um processo que respeita e promove os direitos fundamentais processuais e, portanto, o direito fundamental ao processo justo, na perspectiva da sociedade. Assumindo-se que é tarefa da interpretação jurídica a reconstrução de sentidos normativos e, portanto, da própria ordem jurídica, impõe-se a vinculação às razões generalizáveis que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais (os precedentes judiciais) como *meio* de respeito à *igualdade*. O processo deve permitir, mediante seu resultado (ou seja, por meio da decisão judicial), a *conformação de uma ordem jurídica isonômica*. Para tanto, é necessário que o operador conheça e utilize um discurso voltado à ordem jurídica, que requer a compreensão das razões que efetivamente vinculam institucionalmente (*ratio decidendi*) e do raciocínio que deve ser efetivado com vistas à aplicação (*universalização*).

A igualdade compreendida em sua perspectiva conceitual *macro*, na sua acepção de *igualdade perante o direito*, relaciona-se a essa dimensão *objetiva e geral* da tutela dos direitos. Se o direito é diuturnamente reconstruído pelas decisões judiciais a *uniformidade de tratamento de todos diante da interpretação do direito* apresenta-se como uma das finalidades do processo. Nessa medida, a igualdade apresenta-se como um valor meramente finalístico, já que não apresenta finalidade *além do valor que é corporificado pela função que cumpre*⁶⁵⁴. A igualdade é assim uma *finalidade* a ser atingida. De outro lado, a *igualdade perante o direito* tem por finalidade mediata a *promoção da segurança jurídica*, propiciando indiretamente um ambiente idôneo à *autodeterminação dos cidadãos*, conferindo, assim, *juridicidade* ao ordenamento. Compreendida desse modo, pode ser a igualdade também tratada como valor

⁶⁵⁴ MARMOR Andrei. *Law in the age of pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 9

instrumental, que *serve à promoção da segurança jurídica*⁶⁵⁵. Ao restringir a atuação futura com base na atuação passada, a igualdade reduz o espectro e a variabilidade das consequências que podem ser atribuídas a atos praticados pelo cidadão⁶⁵⁶, promovendo também sua confiança de que a reconstrução operada no passado será replicável para situações similares futuras. Como resultado do respeito à igualdade diante das decisões judiciais promove-se, assim, a dignidade da pessoa e, mediatamente, também a própria liberdade. Na medida em que contribui para a inteligibilidade do ordenamento jurídico e sua estabilidade no tempo, a igualdade perante o direito permite ao indivíduo a sua autodeterminação, plasmando o seu presente e planejando o seu futuro com autonomia⁶⁵⁷.

2. O Direito Fundamental à Isonomia e sua relação com a Tutela dos Direitos em uma Perspectiva *Subjetiva e Particular*. O Equilíbrio Processual e sua Relação com a Decisão Justa.

2.1. A perspectiva *subjetiva e particular* da tutela do direito e o Direito Fundamental ao Processo Justo.

Faz parte do *modelo mínimo de conformação* do processo o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva dos direitos⁶⁵⁸. O cidadão tem direito à tutela hábil à realização do seu direito e, portanto, aderente à situação conflitiva concreta⁶⁵⁹. A tutela jurisdicional dos direitos deve ser adequada, atendendo às necessidades do direito material posto em causa e à maneira como esse se apresenta em

⁶⁵⁵ “(...) a proteção da igualdade conduz à garantia da segurança jurídica como segurança do Direito e dos direitos de qualquer cidadão frente ao Estado, a ser realizada pelo Estado por meio da aplicação coerente e consistente do ordenamento jurídico para todos aqueles que se encontram em situação equivalente”. ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 231.

⁶⁵⁶ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 627.

⁶⁵⁷ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 231.

⁶⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 619, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁶⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: SAFe, 1994, p. 57.

juízo⁶⁶⁰, dispendo de meios idôneos para a promoção de sua finalidade. Além disso, deve ser efetiva, na medida em que assegure à parte a atuabilidade prática do direito posto em causa, ou seja, que o resultado do processo seja o mais próximo possível do direito material violado⁶⁶¹. Ter direito, portanto, é ter *direito à tutela efetiva e adequada dos direitos*.

Essa preocupação em promover uma completa aderência do direito processual ao direito material demonstra a inevitável tendência do processo civil contemporâneo à realização dos fins da pessoa humana. Isso porque o processo contemporâneo, ao invés de preocupar-se com a atuação do direito objetivo em abstrato, a “vontade concreta da lei” (e, portanto, concebido como um ambiente de proeminência do interesse público), está voltado à *realização dos direitos tuteláveis em concreto*, de caráter individual ou transindividual⁶⁶², dado o destaque reconhecido à pessoa humana diante do estado no plano constitucional⁶⁶³. O direito fundamental ao processo justo⁶⁶⁴ exige a realização de um estado ideal de protetividade de direitos⁶⁶⁵, podendo ser extraídos dele todos os demais direitos e garantias de cunho processual, propiciando ainda abertura a outras normas que eventualmente apareçam como necessárias à adequação do procedimento ao caso concreto.

É característica principal do modelo de processo civil contemporâneo a preocupação com a tutela do direito em concreto. Não à toa, diz-se que *o direito ao*

⁶⁶⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29.

⁶⁶¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 637, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁶⁶² MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 25.

⁶⁶³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 25.

⁶⁶⁴ Art. 5º. LIV. “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Sobre a idéia de processo justo ver, entre outros: A doutrina sobre o tema é extensa. Exemplificativamente, COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie Costituzionali” e “giusto processo” (modelli a confronto). In: *Revista de Processo*, ano 23, abril/junho 1998, nº 90, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998: 91-150; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010 e THEODORO JUNIOR, Humberto. “Processo Justo e Contraditório Dinâmico”. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto (coord.), *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 261-271.

⁶⁶⁵ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 27

*processo justo visa a assegurar a obtenção de uma decisão justa*⁶⁶⁶. O parâmetro jurídico de atuação do Estado Constitucional, qual seja, a sua juridicidade, assegura *imediatamente* a necessidade de uma *decisão justa* como *meio* para a obtenção da *tutela dos direitos*⁶⁶⁷. Aparece de forma nítida, portanto, a perspectiva *subjetiva* e *particular* do sistema de tutela dos direitos: *subjetiva*, porque seu foco são as partes no processo⁶⁶⁸ e a atuabilidade de suas posições jurídicas, garantidas no plano constitucional e infraconstitucional; *particular*, porque concernente à específica situação posta em juízo, cujas formas de tutela serão determinadas de acordo com as necessidades do caso concreto.

2.1.1. A decisão justa como resultado desejável da densificação do Direito Fundamental ao Processo Justo em perspectiva particular.

Como já se disse, o direito fundamental ao processo justo visa, em perspectiva *particular* e *subjetiva*, à prolação de uma *decisão justa*. A conformação do processo dentro de um módulo mínimo de direitos e garantias fundamentais é pressuposto necessário (mas não único, como defendem alguns teóricos da *procedural justice*) à sua obtenção⁶⁶⁹. Dizer que o processo deve conformar-se de acordo com certos padrões mínimos de respeito a direitos e garantias processuais significa vislumbrar, nesse respeito, o preenchimento de um dos requisitos para que, ao final do processo, seja obtida uma *decisão justa* para as partes. É possível, assim, colocar a *decisão justa como um dos resultados desejáveis* pelo estado ao estruturar um processo mediante o respeito aos direitos fundamentais processuais e, portanto, ao direito fundamental ao processo justo, na perspectiva do caso.

⁶⁶⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 618, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁶⁶⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 17.

⁶⁶⁸ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 17.

⁶⁶⁹ “La correttezza del procedimento non è di per sé sufficiente ad assicurare da sola la giustizia della decisione, contrariamente a quanto ritengono alcuni teorici della *procedural justice*. Sembra evidente infatti che anche a conclusione di un procedimento corretto il giudice possa commettere errori nel giudizio di fatto come nel giudizio di diritto, con la conseguenza che la decisione finale sarebbe ingiusta pur essendo il risultato di un procedimento corretto”. (TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta*. In: TARUFFO, Michele. *Sui Confini. Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 225.)

Sabe-se que o problema da *decisão justa* é, em verdade, o problema da escolha da *decisão melhor*⁶⁷⁰. Para realizar esse ideal, é necessária a presença de três critérios de verificação em nível ao menos aceitável. São eles: (i) a correção de escolha e da interpretação da norma jurídica aplicável ao caso; (ii) a apuração aceitável dos fatos relevantes do caso e (iii) o emprego de um procedimento válido e justo para atingir a decisão⁶⁷¹. A justiça da decisão, nessa medida, não decorre da aplicação de um critério unívoco e unidimensional (definido em termos de sim ou não), mas da verificação dessas variáveis dentro de uma área conceitual na qual seus graus atinjam o mínimo aceitável (definido em termo de mais ou menos)⁶⁷². Isso depende da composição de critérios concernentes ao (i) plano das normas, (ii) ao plano dos fatos e (iii) ao plano do processo em que a atividade do juiz e das partes se desenvolverá⁶⁷³. Os três requisitos (relativos à escolha e interpretação do direito; à apuração dos fatos e ao procedimento) devem estar presentes em grau correspondente a esse mínimo - que será encontrado apenas em concreto, de acordo com circunstâncias do tempo e do espaço em que feita a análise - aceitável⁶⁷⁴.

Quanto (i) à individualização, interpretação e argumentação jurídica, evidencia-se o papel do contraditório, na medida em que viabiliza uma maior aceitação da decisão, mediante uma estruturação do discurso de forma racional e coerente, tornando-o controlável intersubjetivamente⁶⁷⁵. No quadro (ii) das alegações de fato, a busca da verdade (compreendida a partir da ideia de verdade como correspondência à realidade⁶⁷⁶) torna-se pressuposto ético inafastável da conformação do processo, de modo que a decisão será tanto mais justa quanto mais aberto à busca da verdade for o processo⁶⁷⁷. Por fim, (iii) no quadro da estruturação do processo, exige-se o respeito aos

⁶⁷⁰ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: TARUFFO, Michele. *Sui Confini. Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 223.

⁶⁷¹ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: TARUFFO, Michele. *Sui Confini. Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 224.

⁶⁷² TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: TARUFFO, Michele. *Sui Confini. Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 230.

⁶⁷³ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 26.

⁶⁷⁴ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: TARUFFO, Michele. *Sui Confini. Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 233.

⁶⁷⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 26.

⁶⁷⁶ Sobre o tema ver TARUFFO, Michele. *Uma simples verdade. O juiz e construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

⁶⁷⁷ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 27.

direitos fundamentais processuais que compõem o *módulo mínimo de conformação do processo*⁶⁷⁸.

A estruturação do procedimento e da atividade do estado-juiz (o *meio*) é conformada pela *finalidade* precípua do processo, qual seja, dar *tutela aos direitos*. Em perspectiva particular isso impõe dar atenção ao *resultado* obtido pelas partes, ou seja, à decisão judicial. Em perspectiva subjetiva, assim, a prolação de uma *decisão justa* - cujo controle se dá com base nos três critérios apontados, os quais devem estar presentes de forma cumulativa em um grau mínimo de aceitabilidade - é a finalidade precípua do processo judicial, na perspectiva do caso.

2.1.2. O discurso do caso: decisão justa, contraditório e motivação.

A *decisão justa* é o meio pelo qual, em perspectiva *subjetiva e particular*, é possível alcançar a finalidade do processo. Indubitavelmente, ela é o resultado desejável da densificação do direito fundamental ao processo justo na perspectiva do caso judicial. A *tutela dos direitos*, em perspectiva subjetiva e particular, vale-se, portanto, de um discurso específico, ligado à *fundamentação* das decisões, uma vez que o problema da decisão justa (e seus três pressupostos mínimos) está intimamente conectado àquele da motivação.

Se é verdade que a obtenção de uma decisão justa pressupõe uma aceitável escolha e interpretação do direito aplicável ao caso, uma apuração dos fatos da causa de forma mais próxima possível da verdade e uma adequada conformação do procedimento, o contraditório, entendido como a potencialidade de influência (condicionamento) de todos os sujeitos participantes do processo no caminho de formação da decisão, passa a ter papel protagonista⁶⁷⁹. De um lado, é por meio do exercício efetivo do contraditório que se permite uma melhora qualitativa na decisão judicial; de outro, é em razão do contraditório que deve ser construída a fundamentação

⁶⁷⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 618, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁶⁷⁹ “O problema da extensão do dever de motivação das decisões judiciais tem de ser resolvido à luz do conceito de contraditório. É por essa razão que o nexa entre os conceitos é radical. E a razão é simples: a motivação das decisões judiciais constitui o último momento de manifestação do direito ao contraditório”. MITIDIERO, Daniel. *Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial*. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 63.

da decisão. A ligação entre contraditório, motivação e decisão justa aparece de forma bastante clara. A decisão não pode mais ser vista como mera expressão de vontade unilateral do juiz (a fundamentação funcionando como mecanismo formal de legitimação), mas deve legitimar-se pela consideração dos aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes do processo⁶⁸⁰. O exercício do poder, portanto, requer participação⁶⁸¹.

O juiz, ao enunciar os fundamentos de sua decisão, deve considerar o resultado do exercício do efetivo contraditório, indicando o seu condicionamento à participação dos sujeitos interessados na construção da decisão judicial em todos os seus aspectos relevantes, sejam eles fáticos ou jurídicos⁶⁸². O contraditório, nessa medida, é mecanismo (*meio*) que possibilita essa melhora qualitativa na decisão judicial (*fim*), em uma relação cujo respeito vai ser aferido na motivação, a qual vai funcionar como verdadeiro banco de prova⁶⁸³ do exercício efetivo da influência⁶⁸⁴. Isso porque não é possível verificar se foi oportunizada – na prática - a todos os sujeitos processuais a potencialidade de influir no convencimento do juiz, se não há o dever de rebate, por

⁶⁸⁰ THEODORO JUNIOR, Humberto; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: *Revista de Processo*, nº 168, 2009, p. 137.

⁶⁸¹ “The main reason for valuing the participation of the parties in legal processes is the instrumental role it plays in the proper application of authoritative standards and, therefore, in ensuring fair treatment. Without losing sight of the different forms it may have, let us take participation to mean for present purposes that a person affected by a legal process can be involved in it by knowing what is at issue, being able to present evidence and argument. Participation in this sense is a useful way of gaining information which might not otherwise be easily acquired; it also helps the decision-maker to have a more complete and balanced view of the facts and the issues relating to the facts. But perhaps most importantly, *this sense of participation recognizes that legal processes are social processes which are shaped by the parties involved in them and by the contributions they make; participation can also be linked to the rights of parties to be properly considered and to have their circumstances adequately reflected in the outcome.* The instrumental role of participation towards proper and accurate decisions provides the key to its normative justification. Since proper and accurate decisions mean both that social objectives have been achieved and that a person has been treated according to the standards of fair treatment, participatory procedures are fair procedure” (grifo nosso). GALLIGAN, Denis James. *Due Process and Fair Procedures. A study of administrative procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996, pp. 131-132.

⁶⁸² NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 29, 2004, p. 80.

⁶⁸³ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 62.

⁶⁸⁴ “Se o conhecimento é obtido dentro de condições específicas da intersubjetividade, o Estado deve, em respeito ao direito de influência, tomar em consideração a linha argumentativa dos participantes do debate, demonstrando que a decisão é fruto daquele condicionamento específico e não de pré-compreensões isoladas, solitárias, extraídas de um ‘diálogo de um homem só’ ou de ‘monólogos em paralelo’. Trata-se do dever de atenção às alegações, intrinsecamente conectado ao dever de motivação das decisões estatais. A este dever dos órgãos estatais vem o correlato direito de ver sua linha argumentativa considerada ou direito de consideração, do qual são titulares os demais sujeitos do processo”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 151.

parte desse, dos fundamentos articulados pelos litigantes⁶⁸⁵. Nessa medida, *a justificação da decisão deve refletir a atividade de todos os sujeitos processuais ao longo do procedimento.*

No que concerne (i) à escolha e – principalmente - interpretação do direito aplicável ao caso, é por meio do contraditório que se exerce a influência necessária ao exercício da tarefa de reconstrução da ordem jurídica que é inerente à interpretação jurídica. A argumentação (o exercício de condicionamento pelos participantes do processo) tem o papel principal de permitir *influência e controle das individualizações, valorações e escolhas*, naturais à atividade do intérprete, uma vez que *interpretar é reconstruir sentidos*⁶⁸⁶. Daí porque uma decisão somente será racionalmente justificada se as premissas normativas, relativas à escolha e interpretação da norma aplicável, forem objetiva e racionalmente controláveis⁶⁸⁷. O contraditório, nessa atividade, é protagonista.

De outro lado, também para (ii) uma adequada apuração dos fatos (de forma mais próxima possível da verdade, portanto), a influência de todos os sujeitos processuais é imprescindível. Se o direito é reconstruído a partir de núcleos de significado de dispositivos normativos que necessariamente precisam ser conectados a elementos factuais no processo de aplicação do direito⁶⁸⁸, é por meio do exercício de condicionamento e pela colaboração do juiz para com as partes em matéria probatória que se permite atingir um grau aceitável de corroboração de hipóteses, necessário ao alcance de um nível adequado de proximidade à verdade.

Por fim, é desnecessário lembrar que (iii) o direito ao contraditório é componente inarredável do direito fundamental ao processo justo⁶⁸⁹, a demonstrar-se,

⁶⁸⁵ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, p. 64; GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. In: *Revista de Processo*, vol. 226, 2013, p. 125.

⁶⁸⁶ GUASTINI, Riccardo. *Interpretare e argomentare*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 61; MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do Controle à Interpretação, da Jurisprudência ao Precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 60.

⁶⁸⁷ CHIASSONI, Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bolonha: Il Mulino, 2007, p. 14.

⁶⁸⁸ ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 144.

⁶⁸⁹ Desnecessário, aqui, retomar a discussão conceitual envolvendo o direito fundamental ao contraditório e sua relação com o direito fundamental ao processo justo. Como observam Luiz Guilherme Marinoni e

assim, a sua importância na estruturação do processo, terceira variável que deve apresentar-se de modo minimamente aceitável para que seja atingida uma *decisão justa*.

Mostra-se absolutamente intuitiva a relação entre o exercício efetivo do contraditório e a fundamentação das decisões (e o seu correlato discurso voltado ao caso concreto). O contraditório é o veículo que permite influência e controle das escolhas normativas e fáticas efetivadas pelo órgão julgador, as quais devem estar refletidas (e devidamente motivadas) na *fundamentação* das decisões. Trata-se de preocupação imediata com a *tutela do direito das partes* e mediata com a higidez do sistema de justiça e a legitimidade do exercício de poder. É um discurso particular, com função eminentemente subjetiva, que corresponde à necessidade de que, ao fim e ao cabo, *o resultado do processo seja a prolação de uma decisão justa*.

2.2. A isonomia no processo civil e sua relação com a tutela dos direitos em perspectiva subjetiva e particular.

A igualdade compreendida em sua perspectiva conceitual *micro* (*interna* ao fenômeno processual) - o *equilíbrio processual* - relaciona-se à temática envolvendo a finalidade do processo civil (a *tutela dos direitos*), na perspectiva *subjetiva* e *particular*. A promoção do equilíbrio processual tem a finalidade de proporcionar um ambiente propício ao condicionamento argumentativo, pelos sujeitos processuais, do exercício de poder estatal. Funciona *a igualdade como um requisito necessário para o pleno exercício do contraditório* e, por conseguinte, dada a relação íntima desse com a justificação das decisões, *para a obtenção de uma decisão justa*.

2.2.1. A possibilidade de que todos os sujeitos do processo desempenhem suas capacidades como objetivo da isonomia processual.

Quando se tratou do perfil conceitual da igualdade em perspectiva *micro* (e, assim, *interna* ao fenômeno processual), delineou-se o seu significado a partir de um

Daniel Mitidiero, “o direito ao contraditório constitui a mais óbvia condição do processo justo e é inseparável de qualquer ideia de administração organizada de Justiça” (MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 646, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet). Sobre o tema ver, além da obra citada, com pesquisa bibliográfica e estruturação bastante didática, ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, V. I. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 35-43.

paralelo com o desenvolvimento da noção de contraditório. Assim como se demonstrou necessária, para o idôneo exercício do contraditório, a efetiva *potencialidade de influência*, para haver real isonomia na conformação das posições processuais exige-se a *promoção do equilíbrio processual*. Essa potencialidade de influência só é possível, entretanto, se os sujeitos estiverem em posição de equilíbrio. Em síntese, *o processo civil exige equivalentes oportunidades de desempenho do contraditório*.

Bem compreendida essa relação de suporte entre isonomia e contraditório, torna-se bastante clara a razão pela qual a *promoção do equilíbrio* é condição necessária para a *obtenção de uma decisão justa*⁶⁹⁰. A razão disso é bastante simples: sem *equivalência de reais oportunidades* para o exercício de condicionamento (influência), o contraditório em sentido forte não se efetiva. O fundamento da exigência de equilíbrio processual está na outorga de possibilidades de participação⁶⁹¹. Sem isso, o processo não se legitima; a decisão judicial que não leva em consideração os aspectos relevantes e racionais suscitados por todos os participantes não pode ser considerada uma *decisão justa*. Daí que o objetivo da exigência de *equilíbrio* de posições (que comporta muitas vezes uma postura ativa do estado-juiz) está em que seja possibilitado, a todos os sujeitos do processo, o desempenho de suas plenas capacidades⁶⁹². Muito além da mera simetria de posições (necessária, mas não suficiente), a igualdade processual significa também *equilíbrio* e funciona como meio que permite o exercício efetivo da influência. Dito de outro modo: *só há sentido em tratar da isonomia em matéria de processo civil se o foco estiver na outorga de plenas oportunidades de exercício do contraditório*. Fora desse quadro, qualquer diferenciação efetivada tende a caracterizar-se como injustificada, como verdadeiro e odioso privilégio processual.

⁶⁹⁰ “Equality is important in this schema because it is thought to contribute to accurate and acceptable dispute resolution. Equality is desired not (just) to combat caste-like structures, but rather to *help secure sound adjudicative outcomes*”. RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, p. 1874.

⁶⁹¹ Nesse sentido, Michael Bayles: “The principle of fairness only specifies that people have an equal opportunity to participate; the principle of participation provides a reason for significant participation”. BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 131.

⁶⁹² Daí ser possível dizer, na esteira de Julio Lanes, que “a completa realização do princípio do contraditório depende de respaldo legal no sentido de ser alcançada a efetiva igualdade das partes”. LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 50.

2.2.2. A insuficiência da igualdade como paridade para a tutela dos direitos: *procedural justice*, a experiência de *common law* e o processo *adversarial*.

Como já se observou, a correção do procedimento e o perfeito cumprimento de todas as normas processuais por parte do órgão julgador não são condições por si só suficientes para a obtenção de uma decisão justa. Ainda que se tenha observado fielmente o procedimento (sendo esse procedimento estruturado a partir da simetria de posições das partes), é plenamente possível que o juiz venha a cometer equívocos no juízo a respeito da escolha e interpretação do direito aplicável ao caso e naquele concernente à apuração dos fatos da causa⁶⁹³. Não há dúvidas que o efetivo *equilíbrio processual*, consubstanciado na real potencialidade de influência, acarreta uma maior controlabilidade das escolhas normativas, pela necessidade de prestação de contas acerca do condicionamento efetivado pelas partes, e uma maior aproximação à verdade, pelo potencial aumento do acervo probatório que eleva o grau de corroboração de hipóteses. A igualdade, vista nessa perspectiva, inequivocamente contribui para uma *decisão justa* e, assim, para que o processo atinja sua finalidade *subjéctiva e particular* de dar tutela aos direitos.

Por isso, a finalidade da igualdade processual não é somente igualar o *ponto de partida* das partes, derivada de uma concepção fraca de igualdade, que a compreende como uma exigência de *relativa paridade*, incapaz de resolver problemas de igualdade *material*⁶⁹⁴. Assim compreendida - garantia de que, no processo, disponham das mesmas armas para desempenhar suas estratégias -, reduz-se a uma perspectiva meramente formal⁶⁹⁵. A preocupação, nesse caso, não é com que os sujeitos processuais defendam-se bem, mas apenas que possam defender-se. Por óbvio, tendo em vista que os indivíduos são - de fato - diferentes, concedê-los as mesmas "*procedural weapons*" não garante que tenham "*equal ability*" de desempenhar seus interesses processuais de forma efetiva⁶⁹⁶.

⁶⁹³ TARUFFO, Michele. Idee per una teoria della decisione giusta. In: TARUFFO, Michele. *Sui Confini. Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, p. 225.

⁶⁹⁴ TARUFFO, Michele. *Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana*. Pádua: CEDAM, 1979, p. 59.

⁶⁹⁵ DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 109.

⁶⁹⁶ DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 106.

Similar compreensão do problema envolvendo a igualdade e o processo civil está na base do método *adversary*, ligado ao modelo “*conflict-solving*”, exposto por Mirjan Damaska⁶⁹⁷, no qual a igualdade relaciona-se à necessidade de garantir às partes uma *relativa paridade* de capacidades defensivas no processo. Mais do que um requisito atinente à *igualdade perante a lei*, tratar-se-ia de um mero requisito de ordem técnica⁶⁹⁸, uma vez que é da estrutura do sistema o reforço do papel das partes (e o conseqüente abrandamento do papel do juiz). A tônica do sistema *adversarial* está na concessão de *relatively equal opportunities* às partes⁶⁹⁹. A *paridade* funciona, nessa medida, como pressuposto de uma *procedural justice*⁷⁰⁰. Diante disso, a ideia de *fairness* resulta enfraquecida, uma vez que se reduz a uma exigência de ordem formal⁷⁰¹ – a *simetria*. Visto por esse ângulo, o método não serve à finalidade de produção de decisões justas (cujo referencial muitas vezes é externo ao próprio procedimento), nessa relação de *meio e fim*. A possibilidade de crítica se reduz, assim, ao controle de degenerações contingentes do próprio procedimento⁷⁰².

No processo *adversary* puro (cujo modelo ideal já nem mesmo é encontrado nos Estados Unidos e, principalmente, na Inglaterra) a preocupação está em garantir tão somente o acesso ao processo em condições iguais (consideradas essas como o tratamento idêntico a ambos os litigantes pelas normas processuais). Pressupõe-se igualdade das partes *para litigar*, resultando um *déficit* isonômico grave pela indiferença às disparidades de situação *no* processo específico, o que impossibilita a litigância em condições de *equilíbrio*. As partes são tratadas de forma abstrata, isoladas de suas particularidades, derivando daí uma verdadeira indiferença pela igualdade substancial: desigualdades oriundas de fontes que não a *abstrata* norma processual não

⁶⁹⁷ DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 97 e ss.

⁶⁹⁸ TARUFFO, Michele. *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*. Pádua: CEDAM, 1979, p. 58.

⁶⁹⁹ RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, p. 1874.

⁷⁰⁰ TARUFFO, Michele. *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*. Pádua: CEDAM, 1979, p. 59.

⁷⁰¹ TARUFFO, Michele. *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*. Pádua: CEDAM, 1979, p. 109.

⁷⁰² TARUFFO, Michele. *Il processo civile ‘adversary’ nell’esperienza americana*. Pádua: CEDAM, 1979, p. 56.

são consideradas⁷⁰³. O peso desse desequilíbrio *externo* ao processo impõe uma carga muito maior em um sistema predominantemente privatista de administração da justiça, no qual as partes é que dominam o processo, diante de um juiz absolutamente neutro⁷⁰⁴. Por debaixo da cobertura formal de uma declarada *igualdade de armas*, o sistema *adversary* puro legitima o confronto de partes desiguais como método ótimo de resolução de conflitos⁷⁰⁵.

A própria doutrina de *common law* demonstra-se insatisfeita com similar construção. É certo que o mandamento de justiça formal está na base de qualquer sistema de justiça⁷⁰⁶. Porém, esse critério não é o único que se aplica à estruturação interna do processo judicial, uma vez que é perfeitamente compreensível que o ordenamento jurídico esteja preocupado também com o resultado que dele deve advir⁷⁰⁷. Para o funcionamento do sistema *adversarial*, assume-se a igualdade das partes (e de seus advogados), mas isso na prática nem sempre ocorre. Ao contrário, a pretensa neutralidade acaba acentuando o desequilíbrio entre as partes⁷⁰⁸. Por isso, exige-se uma atitude mais ativa do juiz, como, aliás, acentuou a Inglaterra⁷⁰⁹ ao prever, como um dos objetivos principais das suas *Civil Procedure Rules* a exigência *de promoção do equal*

⁷⁰³ DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 107.

⁷⁰⁴ DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 108.

⁷⁰⁵ TARUFFO, Michele. Problemi in tema di uguaglianza delle armi nel processo civile: l'accesso alle corti e la funzione del giudice. In: *Studi Parmensi*. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 347-348

⁷⁰⁶ "Perhaps our sense of justice requires due process because due process is a means for achieving the purpose of a just legal system. Due process may be thought of as a demand that a procedure conform to the requirements of formal justice, and formal justice is basic feature of our idea of the rule of law". RESNICK, David. Due Process and Procedural Justice. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. *Due Process. Nomos XVIII. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. Nova Iorque: New York University Press, 1977, p. 209.

⁷⁰⁷ "Yet the criteria of formal justice are not the only ones which we apply to judicial process. It is perfectly intelligible to ask whether particular outcomes of a judicial procedures are just. We feel that formal justice is not always equivalent to substantive justice, an impartial outcome is not always same thing as a correct outcome. If we try to explain due process simply in terms of formal justice we are right back where we started from. *How can the fact that outcome is formally just make and unjust outcome less unjust?*" RESNICK, David. Due Process and Procedural Justice. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. *Due Process. Nomos XVIII. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. Nova Iorque: New York University Press, 1977, p. 210.

⁷⁰⁸ JACOB, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. Londres: Stevens & Sons, 1987, p. 16.

⁷⁰⁹ Registre-se que essa mudança de postura que se observou na Inglaterra não ocorreu do mesmo modo nos Estados Unidos. Isso porque, "judicial intervention to counterbalance the abilities of the parties would contradict American political premises. It would constitute activist benevolence on the part of governmental authority, which is regarded as suspect by many segments of American public opinion" (HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure. An introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993, p. 104).

footing entre as partes⁷¹⁰. Isso porque o verdadeiro *equilíbrio processual*, longe de ser garantido pela mera *formal justice*⁷¹¹, objetiva que as disputas sejam determinadas pelo mérito dos argumentos das partes e não pelas suas eventuais disparidades de condições⁷¹². A igualdade do processo civil contemporâneo não se relaciona à mera justiça procedimental pura⁷¹³, que parece ser a base do método *adversarial*⁷¹⁴; ao contrário, muito além, com a consciência de que o respeito ao procedimento previsto em lei não é suficiente (mas necessário) para a obtenção de uma *decisão justa*, e, portanto, que a atividade desempenhada efetivamente por todos os sujeitos processuais *interessa* para o conteúdo da decisão judicial, o equilíbrio processual passa ser compreendido como pressuposto necessário para a potencialidade de efetiva participação do indivíduo no agir estatal. Para que não parem dúvidas acerca da afirmação, registre-se que o processo não deixa de legitimar-se como procedimento, desde que qualificado pela participação⁷¹⁵. Dada a sua necessária aderência ao direito material, a justiça do processo requer controle de referenciais externos, não se resumindo a sua correção tão somente ao fiel cumprimento das regras processuais. Daí a importância (e a constante reiteração da ideia nesse trabalho) do contraditório como veículo de influência nas escolhas fático-jurídicas feitas pelo julgador.

⁷¹⁰ “Rule 1.1. The Overriding Objective: (1) These Rules are a new procedural code with the overriding objective of *enabling the court to deal with cases justly* and at proportionate cost. (2) Dealing with a case justly and at proportionate cost includes, so far as is practicable – (a) *ensuring that the parties are on an equal footing*; (...)”.

⁷¹¹ “It is not the case that following a certain procedure transforms what would otherwise have been an unjust treatment into a just treatment. Such an error arises from a mistaken belief in the efficacy of the concept of formal justice itself. It is the absence of formal justice that transforms what would otherwise have been just treatment into unjust treatment”. RESNICK, David. *Due Process and Procedural Justice*. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. *Due Process. Nomos XVIII. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. Nova Iorque: New York University Press, 1977, p. 213.

⁷¹² “Equal access to justice means that disputes are determined by the intrinsic merits of the arguments of the parties, not by inequalities of wealth and power. The overriding objective of the Civil Procedure Rules - dealing with cases justly - recognizes this by defining that to include 'ensuring that parties are on an equal footing'. If, as claimants and defendants, people are before judicial body without adequate legal assistance, the integrity of the process is threatened since it is based on the assumption that both parties can properly prove facts and present legal argument”. CRANSTON, Ross. *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2006, pp. 36-37.

⁷¹³ Ver, sobre a discussão acerca dos modelos de justiça procedimental imperfeita e pura, ainda que não dizendo respeito à discussão concernente ao processo civil, RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971, capítulo II, ponto 14.

⁷¹⁴ A consideração é de TARUFFO, Michele. *Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana*. Pádua: CEDAM, 1979, p. 113.

⁷¹⁵ Sobre o tema, ver, por todos, FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª Ed. Padova: CEDAM, 1996, pp. 73 e ss.

2.2.3. A isonomia processual pelo exercício equilibrado das posições processuais inserida no discurso da decisão justa. A função da isonomia processual (isonomia, contraditório e motivação).

O processo civil tem por finalidade dar tutela aos direitos. Em perspectiva *subjetiva e particular*, o meio que permite o alcance da finalidade *tutela dos direitos* é a *decisão justa* e as técnicas para sua concreta efetivação. O discurso, portanto, é relativo ao caso concreto e ligado ao problema relativo à *fundamentação* das decisões. O foco está no *resultado* obtido pelas partes, ou seja, no conteúdo da decisão judicial. Essa, por sua vez, será tendencialmente justa se três variáveis estiverem presentes de forma cumulativa em um grau mínimo de aceitabilidade.

No que concerne à escolha e interpretação do direito aplicável ao caso, o contraditório exerce papel preponderante por permitir a influência dos cidadãos na tarefa de reconstrução da ordem jurídica que é típica do processo de interpretação. Também para a efetivação de uma adequada apuração dos fatos, a influência de todos os sujeitos processuais mostra-se imprescindível, já que é por meio do exercício de condicionamento (e pela colaboração do juiz para com as partes em matéria probatória) a decisão se enriquece em termos de maior corroboração de hipóteses. Por fim, o contraditório tem papel central na estruturação do processo. Dessa forma, sua importância para a obtenção de uma decisão tendencialmente justa aparece de forma nítida, nas três variáveis que a compõem. O contraditório é componente do direito ao processo justo e o veículo que permite influência e controle das escolhas normativas e fáticas efetivadas pelo órgão julgador em um processo que se reflete (ou melhor, que deve se refletir) na *fundamentação* das decisões⁷¹⁶.

De outro lado, as relações entre contraditório e equilíbrio processual mostram-se de forma bastante nítida, sendo aquele o objetivo fundamental desse. Se a todos os sujeitos processuais são conferidas condições de participação suficientes ao desempenho de suas plenas capacidades, a ordenação do processo tende a levar a um

⁷¹⁶ “Mesmo quando não haja dever de motivação exposto, o contraditório moderno, concebido como direito de influir e exercido em reflexividade, depende fundamentalmente da indicação das razões para os comportamentos processuais. O princípio reclama deveres positivos de todos os sujeitos do processo no sentido de externar suas opiniões e exigir que os demais o façam”. CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 149.

resultado adequado⁷¹⁷. A equitativa distribuição dos respectivos poderes, faculdades e ônus influencia na estrutura da dialética processual, na medida em que permite a adequada intervenção dos sujeitos processuais de forma não episódica e, sobretudo, o exercício de um conjunto de controles, reações e escolhas (e a respectiva necessidade de submissão aos controles e reações alheias)⁷¹⁸. *A função do equilíbrio processual, dessa forma, está em possibilitar o exercício do diálogo*⁷¹⁹, minimizando eventuais assimetrias de conhecimento, informação (e mesmo de poder)⁷²⁰ e evitando distorções comunicativas relevantes⁷²¹, que certamente repercutirão nos atos processuais desempenhados ao longo do processo e, por conseguinte, na decisão judicial⁷²².

Ao promover uma adequada participação dos sujeitos, minimizam-se as diferenças extraprocessuais⁷²³, canalizando e organizando um debate equilibrado. Com isso, tendencialmente aumentam as chances de preenchimento das condições para a obtenção de uma decisão justa (correção de escolha e da interpretação da norma jurídica aplicável ao caso; apuração aceitável dos fatos relevantes do caso e o emprego de um procedimento válido e justo para atingir a decisão). Não há dúvida de que o caráter instrumental do equilíbrio processual com relação ao contraditório liga-o inevitavelmente ao discurso da *decisão justa*, finalidade precípua do processo em sua perspectiva *particular*.

⁷¹⁷ REICHELT, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 79.

⁷¹⁸ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 158.

⁷¹⁹ “Em certos casos nos quais as partes se encontrem em uma situação inicial de indesejável desigualdade, o ordenamento jurídico deverá submeter as partes a consequências jurídicas distintas, com o que elas passarão a ser consideradas em situação de equivalência no que se refere às possibilidades de participação no debate processual”. REICHELT, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. In: *Revista de Processo*, nº 210. São Paulo: RT, 2012, p. 26.

⁷²⁰ “A diversidade de biografia e capacidade dos litigantes podem criar um contexto de assimetria de conhecimento e de informações que impossibilite um discurso com um mínimo de condições para que todos, adequada e igualmente, condicionem uns aos outros.” CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155.

⁷²¹ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 302.

⁷²² “Equality of fairness is also supported by a concern for accurate outcomes. A person with more opportunity to participate is perhaps more likely to obtain a favorable decision”. BAYLES, Michael. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990, p. 131.

⁷²³ SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução de desigualdades no processo civil. In: *Revista de Processo*, nº 192. São Paulo: RT, 2011, p. 67.

Em síntese (e como conclusão parcial), o *equilíbrio processual* visa à *outorga de plenas oportunidades de exercício do contraditório*, veículo que permite influência e controle das escolhas normativas e fáticas efetivadas pelo órgão julgador e, assim, propicia as condições para prolação de uma *decisão justa*. A igualdade, assim compreendida, funciona como *meio* que possibilita ao processo que cumpra com sua finalidade de dar tutela aos direitos, em perspectiva *subjéctiva e particular*.

3. Conclusões Parciais: a dupla funcionalidade da isonomia nas suas relações com o processo civil como reflexo da tutela dos direitos e sua dupla perspectiva

O *direito fundamental à isonomia* está a serviço da tutela dos direitos e tem íntima relação com ambas as suas perspectivas, direções e seus correlatos discursos. De um lado, conceituada em perspectiva *macro*, a igualdade (compreendida pontualmente como *igualdade perante o direito*) relaciona-se à perspectiva *objetiva e geral* da tutela dos direitos, visto que, em primeiro lugar, funciona como um dos próprios *fins* do processo, na medida em que só haverá *tutela dos direitos* em perspectiva geral se *o processo, na perspectiva do seu resultado, tratar uniformemente os cidadãos*. Em segundo plano, a igualdade perante o direito *serve à* promoção da segurança jurídica, permitindo que os cidadãos possam calcular as conseqüências jurídicas de seus atos e confiar na replicabilidade futura dessas soluções.

De outro lado, conceituada em perspectiva *micro*, a igualdade (compreendida como *equilíbrio processual*) relaciona-se à perspectiva *subjéctiva e particular* da tutela dos direitos, visto que *serve à* promoção de um ambiente propício ao condicionamento argumentativo, pelos sujeitos processuais, do exercício de poder estatal, consubstanciado na prolação de uma *decisão justa*. Dessa forma, o *equilíbrio processual* *serve à outorga de plenas oportunidades de exercício do contraditório* e, assim, de *participação*, o que, por sua vez, permite influência e controle das escolhas normativas e fáticas efetivadas pelo órgão julgador e, enfim, as condições de legitimação necessárias para prolação de uma *decisão justa*.

PARTE III. Perfil Estrutural: o Âmbito de Proteção do Direito Fundamental à Isonomia nas suas relações com o Processo Civil do Estado Constitucional

Devidamente delimitados os perfis *conceituais* e *funcionais* da igualdade, resta necessário delimitar o âmbito de proteção do direito à igualdade nas suas relações com o processo civil, de forma a evitar possíveis conflitos de *coordenação* e *colisão* com outros direitos fundamentais. O que se pretende é apresentar a forma como a igualdade estrutura-se ao longo de todo o *iter* processual, conformando uma série de institutos próprios ao direito processual civil. Problemas de igualdade podem ocorrer em diversos momentos⁷²⁴: desde entraves no acesso aos tribunais, passando pelos prazos, pelo modo de exercício dos mais diversos atos processuais e por diferenças de tratamento no bojo do processo, até as diversas formas de prolação, efetivação e conformação de resultados oriundos do processo. Várias são as forças que concorrem para desequilibrar as posições dos litigantes⁷²⁵ e muitos são os modos pelos quais o processo pode acabar desigualando quando deveria igualar (ou igualando quando deveria desigualar).

A essa proposta de análise, que se concentra na estrutura da igualdade compreendida sob a óptica do processo, propõe-se uma sistematização que a divide com base em três de seus aspectos: igualdade *ao* processo, igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo⁷²⁶. Essa tripla perspectiva responde a três *momentos* do fenómeno processual: a igualdade dos cidadãos é necessária, seja no que tange à igualdade de acesso aos tribunais (*para o* processo ou *antes do* processo), seja no que tange à

⁷²⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, pp. 271-272.

⁷²⁵ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Derecho Processual. Cuarta Serie*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 72-73.

⁷²⁶ A tipologia pode ser encontrada, com sutis diferenças em MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, pp. 142 e ss.. Na doutrina estadunidense, propõe-se uma divisão tripartida da seguinte forma: *equipment equality*; *rule equality*; *outcome equality*. Nesse sentido, ver RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, pp. 1867 e ss. Na doutrina italiana, alude-se a esses três aspectos, também com sutis diferenças, em COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela Differenziata e Pari Effettività nella Giustizia Civile. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell'Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 223-252. Note-se que essa visão da igualdade durante o processo atrelada ao conceito de *rule equality* desconsidera o papel ativo que o judiciário tem na construção do procedimento e na promoção da igualdade ao longo do processo. Daí porque não aderimos completamente a essa estruturação. Em Portugal, propondo uma dupla perspectiva, que desconsidera a preocupação com a igualdade no resultado do processo, ver MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, pp. 271-273.

igualdade perante os tribunais (*no decorrer do processo* ou *durante o processo*), seja ainda no que tange ao resultado do processo (*diante do processo* ou *após o processo*). As duas primeiras perspectivas relacionam-se à construção conceitual proposta na primeira parte do trabalho a respeito do *equilíbrio* processual e à finalidade de promoção da participação conferida à igualdade, atrelada principalmente à perspectiva *subjetiva e particular* da tutela dos direitos. A terceira perspectiva, por sua vez, relaciona-se à construção conceitual a respeito da *igualdade perante o direito* e à temática da *uniformidade de tratamento*, atrelada principalmente à perspectiva *objetiva e geral* da tutela dos direitos.

1. Igualdade ao processo

De modo a fornecer aos cidadãos condições equilibradas de defesa dos seus direitos, o ordenamento prevê certos mecanismos voltados à materialização da igualdade *ao* processo. Vale dizer: a ordem jurídica deve fornecer os *meios* necessários para que as partes possam chegar *ao* processo em posição *equilibrada*. Compreendida dessa forma, a igualdade assume a feição de *equilíbrio no acesso ao processo*, uma igualdade *ante judicium*, que impõe a igualdade de todos (sem qualquer discriminação irracional, de tipo pessoal ou patrimonial) na *concreta possibilidade de acesso aos órgãos de justiça*⁷²⁷. Trata-se de franquear acesso à justiça (em acepção bastante ampla) àqueles que não dispõem de condições (sociais, econômicas, culturais ou mesmo físicas) desfavoráveis. Nesses casos há desequilíbrio nas posições iniciais de cada um dos sujeitos. A tônica está em assegurar a adequação do *ponto de partida*, mediante a promoção de *equilíbrio para o acesso ao processo*.

O processo, ao dar ênfase à desigualdade no plano material e tentar remediá-la, conferindo um grau aceitável de *equipage equality*, tem a tendência de refletir diretamente o conceito de isonomia *no* direito, garantido no plano material⁷²⁸. Para que se tenha o processo como *justo* é imprescindível que, antes de tudo, assegure-se o

⁷²⁷ COMOGLIO, Luigi Paolo. Tutela Differenziata e Pari Effettività nella Giustizia Civile. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell'Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 231.

⁷²⁸ RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, p. 1875.

acesso de todos à justiça⁷²⁹. O direito de acesso à justiça, nessa medida, funciona como uma derivação da *isonomia*⁷³⁰. A importância da compreensão da igualdade nessa perspectiva está em obrigar o estado a criar condições para que todas as pessoas tenham possibilidade efetiva de defesa de seus direitos perante o judiciário⁷³¹. Não basta que o legislador e o judiciário estejam atentos apenas ao problema da igualdade *no* processo; é necessário que deem um passo atrás e preocupem-se com problema anterior, qual seja, a *igualdade a respeito da concreta possibilidade de os cidadãos servirem-se do processo*, possibilitando o acesso às cortes para que se valham dos meios inerentes ao exercício da ação e da defesa⁷³². Seu sentido está em promover igualdade de oportunidades no acesso à justiça, independentemente da situação dos interessados, o que pode dar-se das mais diversas formas⁷³³.

A temática envolvendo o problema do “acesso à justiça” fez parte da grande maioria dos debates processuais da segunda metade do século passado, especialmente nas décadas de 70 e 80⁷³⁴. O texto mais clássico sobre o tema foi escrito por Mauro Cappelletti e Bryant Garth⁷³⁵ e retrata os desafios para a administração da justiça no

⁷²⁹ THEODORO JR., Humberto. *Direito e Processo*. v. 5. Rio de Janeiro: Aide, 1997, p. 101. Note-se que o direito de acesso à justiça é inclusive referido como um Direito Humano no plano transnacional. Sobre o tema, ver FRANCONI, Francesco. The rights of access to justice under customary International Law. FRANCONI, Francesco (coord.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-55.

⁷³⁰ TROCKER, Nicolò. *Assistenza legale e Giustizia Civile. Due studi sull'evoluzione dell'assistenza legale ai meno abbienti nel mondo contemporaneo*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 18.

⁷³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 274.

⁷³² TARUFFO, Michele. Problemi in tema di uguaglianza delle armi nel processo civile: l'accesso alle corti e la funzione del giudice. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 342.

⁷³³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 275.

⁷³⁴ A temática foi objeto de um projeto ambicioso de Mauro Cappelletti, na década de 70, o “Florence Access-to-Justice Project”. O embrião do projeto é a coletânea “Toward Equal Justice” (CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON JR., Earl. *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*. Milano/Nova York: Giuffrè/Oceana, 1975), publicada em 1975 e reimpressa em 1981. O projeto de Florença (que foi patrocinado pela Fundação Ford) resultou em uma coletânea de quatro volumes (seis tomos), publicada em 1978 (CAPPELLETTI, Mauro (ed.) *Access to Justice*. Milano/Alphen aan den Rijn: Giuffrè/Sijthoff, 1978-1979), cujo relatório geral (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective – a general report. In: *Access to Justice: A World Survey*. V. 1, T. I. Milano/Alphen aan den Rijn: Giuffrè/Sijthoff, 1978, pp. 1-125) foi traduzido para o português (CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988). Seguiu-se a esses também o volume CAPPELLETTI, Mauro (ed.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff, 1981.

⁷³⁵ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective – a general report. In: *Access to Justice: A World Survey*. V. 1, T. I. Milano/Alphen aan den Rijn: Giuffrè/Sijthoff, 1978, pp. 1-125.

final do século XX, antecipando muitos dos problemas que ainda podem ser verificados até hoje. O relatório geral aponta dezenas de dificuldades para a realização do acesso à justiça e indica três ondas de reforma. A primeira onda objetivava o acesso à justiça para os pobres; a segunda onda almejava a representação dos interesses difusos e a terceira propugnava um novo método de enfrentamento no sentido da busca por inovação nas soluções⁷³⁶. O presente trabalho não pretende esgotar o problema do acesso à justiça⁷³⁷, mas objetiva discutir alguns problemas pontuais para apontar possíveis soluções. A perspectiva adotada, portanto, assume como método de trabalho a terceira onda proposta por Cappelletti e Garth, com vistas à promoção da efetiva participação (compreendida como a função precípua do *equilíbrio processual*). Se a aspiração por uma absoluta *equal justice* parece ser pouco plausível de ser atingida, a tentativa de tornar mais equilibrado o acesso à justiça pode ser um objetivo alcançável⁷³⁸.

1.1. Problemas derivados de desigualdades extraprocessuais

Não há dúvida de que uma série de circunstâncias *anteriores e exteriores* ao processo podem repercutir negativamente na possibilidade de que todos tenham um acesso equilibrado *ao* processo. Esses problemas podem ser de ordem econômica, social, cultural ou, mesmo, de ordem institucional⁷³⁹. Como forma de sistematizar o enfrentamento dessas questões, elas serão apresentadas de duas formas: problemas envolvendo litígios cujo tratamento se dá de forma individual e problemas envolvendo litígios passíveis de tratamento coletivo.

⁷³⁶ Tudo conforme CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective – a general report. In: *Access to Justice: A World Survey*. V. 1, T. I. Milano/Alphen aan den Rijn: Giuffrè/Sijthoff, 1978, pp. 1-125.

⁷³⁷ Para uma visão completa do tema do acesso à justiça, na doutrina brasileira, ver CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003 e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011. Para um trabalho construído a partir da figura do juiz, em seu papel de promotor do acesso à justiça, ver NALINI, José Roberto. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2000. Para uma nova abordagem, que vê no acesso à justiça um mandamento também para a conformação interna do processo ver NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

⁷³⁸ RHODE, Deborah L. Equal justice under law. The gap between principle and practice. In: RHODE, Deborah. *Access to Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 7.

⁷³⁹ Pode haver problemas envolvendo acesso à justiça inclusive em função da incerteza quanto ao Direito. “Access to legal justice is a fallacy when the law is highly uncertain. The plaintiff then reaches for something that may not exist”. TUNC, André. *The quest for justice*. In: CAPPELLETTI, Mauro (ed.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff, 1981, p. 325.

1.1.1. Desigualdades no tratamento individual dos litígios

O processo civil não pode ser neutro diante de eventuais fatores de desequilíbrio no plano *material* que afetem a efetiva possibilidade de acesso à justiça e, portanto, a participação do cidadão nas instituições voltadas à tutela dos seus direitos. Dentre muitos outros possíveis, relativamente aos litígios individuais, o presente trabalho abordará três problemas que envolvem fatores potencialmente causadores de desequilíbrio no acesso ao processo: custos, representação e localização. Daí porque o acesso à justiça envolve direito à acessibilidade econômica, técnica e geográfica ao processo. O primeiro problema é relativo aos custos do processo e tem íntima relação com o aspecto social-econômico da igualdade. Nessa medida, pretende-se verificar como o estado lida com a necessidade de custeio da estrutura institucional necessária à tutela jurisdicional diante da potencial dificuldade que sujeitos em situação financeira desfavorecida podem enfrentar para fazer valer os seus direitos. O segundo problema é concernente à escolha institucional pela necessidade de representação dos cidadãos por advogados (como regra) e as consequências para a igualdade que daí podem advir. O terceiro problema diz respeito a fatores geográficos que potencialmente podem desequilibrar as relações entre os litigantes.

1.1.1.1. Custos do processo (acessibilidade econômica)

Não há dúvida de que para certos indivíduos desfavorecidos economicamente, o direito à tutela dos direitos pode tornar-se uma promessa vazia e sem significado se o ordenamento não dispuser instrumentos que possibilitem a defesa de seus direitos em juízo⁷⁴⁰. A problemática envolvendo os custos do processo assume relevo na medida em que esses podem constituir um óbice à efetivação de direitos, especialmente se constituírem um fator de desequilíbrio no acesso ao processo⁷⁴¹. A necessidade de pagamento das custas judiciais (mormente aquelas envolvendo a distribuição) e demais despesas pode significar um entrave. Da mesma forma, a impossibilidade de cumprimento de certo requisito necessário à propositura da

⁷⁴⁰ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 299.

⁷⁴¹ Sobre o tema dos custos no sistema de *common law*, especialmente no ordenamento americano, ver RESNIK, Judith. *Processes of the Law. Understanding Courts and their alternatives*. New York: Foundation Press, 2004, p. 123-130.

demanda ou à obtenção de algum de seus resultados práticos pela ausência de fundos por parte do litigante interessado na obtenção da tutela do direito. O fenômeno, portanto, não se resume à cobrança (e a eventual solução da gratuidade) das despesas processuais, mas também, por exemplo, às cauções, garantias e/ou depósitos eventualmente necessários à obtenção de determinado resultado (seja pela sua previsão no plano material ou processual).

O direito à igualdade só será concretizado se a justiça estiver ao alcance de todos⁷⁴², sem óbices de natureza econômica que impeçam o exercício do direito fundamental à tutela efetiva e adequada por qualquer cidadão. Daí porque, com relação aos custos inerentes à propositura (e andamento) de um processo, é tradicional a orientação de nosso ordenamento a outorgar assistência judiciária aos desfavorecidos, na esteira de um movimento internacional no sentido de promover o acesso à justiça aos desfavorecidos economicamente⁷⁴³. A tradição constitucional brasileira privilegia a ideia de gratuidade da justiça há bastante tempo. Assim, por exemplo, o art. 113, 32, da Constituição de 1934 (“32. A União e os Estados concederão aos necessitados assistência judiciária, criando, para esse efeito, órgãos especiais assegurando, a isenção de emolumentos, custas, taxas e selos”), o art. 141, §35 da Constituição de 1946 (“§ 35 - O Poder Público, na forma que a lei estabelecer, concederá assistência judiciária aos necessitados”), o art. 150, §32 da Constituição de 1967 e o art. 153, §32 da Emenda nº 1, de 1969 (“§ 32 - Será concedida assistência Judiciária aos necessitados, na forma da lei”). A Constituição de 1988, em seu art. 5º, inciso LXXIV, por sua vez, inova ao prever não somente o benefício da assistência judiciária, mas a prestação de assistência judiciária integral (“LXXIV - o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”), complementando o sistema⁷⁴⁴.

⁷⁴² TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 19.

⁷⁴³ Sobre o tema, no direito estrangeiro, ver, para um apanhado das soluções vigentes no Reino Unido, WALKER, Robert. The Impact of European Standards on the Right to a Fair Trial in Civil Proceedings in United Kingdom Domestic Law. In: *European Human Rights Law Review*, nº 4, 1999, pp. 4-14. Na Áustria, ver KÖNIG, Bernhard. Igualdade de chances na sala de audiência e fora dela – da sua situação do ponto de vista austríaco. In: *Revista de Processo*, vol. 8, 1997, p. 111 e ss.. Para uma mirada no sistema estadunidense ver RHODE, Deborah. *Access to Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2004. Um interessante estudo de direito comparado, que ainda se mostra atual nas soluções apresentadas com base em relatórios dos mais variados países é a coletânea CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James; JOHNSON JR., Earl. *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*. Milano/Nova York: Giuffrè/Oceana, 1975.

⁷⁴⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: *Temas de direito processual: quinta série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 62

No plano infraconstitucional, a Lei nº 1.060/50 estabelece as normas para a concessão da assistência judiciária aos necessitados, sendo esses as pessoas naturais “cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família” (art. 2º, parágrafo único), redação que sofreu interpretação extensiva para também abarcar as pessoas jurídicas comprovadamente necessitadas. O Superior Tribunal de Justiça, em inúmeros julgados, reconheceu a possibilidade de concessão do benefício da gratuidade de justiça às pessoas jurídicas, com ou sem fins lucrativos. Dessa posição resultou a aprovação de verbete sumular (Súmula 481/STJ: “Faz jus ao benefício da justiça gratuita a pessoa jurídica com ou sem fins lucrativos que demonstrar sua impossibilidade de arcar com os encargos processuais”)⁷⁴⁵. O diploma abarca, como isenções, além das taxas judiciárias, selos, emolumentos, custas e despesas com publicações, também os honorários advocatícios devidos à parte contrária em caso de sucumbência e as despesas com a produção de prova pericial ou exame de DNA (art. 3º). Há uma isenção de todas as despesas processuais (em sentido amplo)⁷⁴⁶.

Quanto a outras obrigações pecuniárias, envolvendo depósitos, cauções e garantias, não há dúvida de que a necessidade de que a parte deposite determinado valor como condição para que possa exercer o seu direito de ação pode inevitavelmente vir a configurar afronta à igualdade. Não por outra razão o Supremo Tribunal Federal, julgando Ação Direta de Inconstitucionalidade que discutia dispositivo da Lei 8.870/04 que obrigava o prévio depósito do valor do débito previdenciário para viabilizar a discussão judicial⁷⁴⁷, declarou a sua inconstitucionalidade com base no direito de acesso à justiça⁷⁴⁸. Além disso, a Lei Complementar nº 132/09, agregou ao art. 3º da Lei nº

⁷⁴⁵ A jurisprudência hoje é uníssona ao admitir a concessão desde que produzida prova da hipossuficiência (Exemplificativamente, no Supremo Tribunal Federal, ED em AI 716294, Relator Ministro Cezar Peluso, Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, julgado em 31/03/2009, publicado em 30/04/2009, pp. 1304 e, no Superior Tribunal de Justiça, EREsp 1185828/RS, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, Corte Especial, julgado em 09/06/2011, publicado no DJe em 01/07/2011), requisito que não se impõe às pessoas físicas, bastando nesses casos a mera declaração.

⁷⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 121.

⁷⁴⁷ “Art. 19. As ações judiciais inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para com INSS serão, obrigatoriamente, precedidas do depósito preparatório do valor do mesmo, monetariamente corrigido até a data de efetivação, acrescido dos juros, multa de mora e demais encargos”.

⁷⁴⁸ Ação Direta de Inconstitucionalidade. Artigo 19, caput, da Lei Federal n. 8.870/94. Discussão judicial de débito para com o INSS. Depósito prévio do valor monetariamente corrigido e acrescido de multa e juros. Violação do disposto no artigo 5º, incisos XXXV e LV, da constituição do Brasil. 1. O artigo 19 da

1.060/50, o inciso VII, que prevê que são isentos “dos depósitos previstos em lei para interposição de recurso, ajuizamento de ação e demais atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório” os beneficiários da assistência jurídica integral⁷⁴⁹.

Ainda que seja correta a assertiva de que gratuidade, propriamente, não existe, já que a noção de justiça gratuita nada mais é do que regime em que o custeio de tudo isso é suportado pelo estado e, portanto, pela coletividade dos contribuintes⁷⁵⁰, há situações em que, mesmo diante de pessoas (físicas ou jurídicas) sem condições de arcar imediatamente com os gastos inerentes à propositura da ação, o direito não oferece soluções práticas que permitam a efetiva participação. Não há dúvida de que o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita obriga o legislativo, o executivo e o judiciário a promover, no processo, direito ao benefício da gratuidade da justiça⁷⁵¹ para aqueles que não têm condições de arcar com o ônus financeiro que um processo judicial impõe. A postura jurisprudencial de criação de um “tabelamento” para a concessão do benefício, nessa medida, é interpretação que foge absolutamente do real conteúdo da previsão constitucional⁷⁵².

A má compreensão, pelos operadores, da extensão do benefício e do seu campo de aplicação acarreta, entretanto, alguns problemas práticos à efetivação do direito fundamental. O art. 4º da Lei 1.060/50 prevê que basta a afirmação de que o litigante “não está em condições de pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família” para a concessão do benefício, mas muitas vezes, em que pese tenha renda considerável ou patrimônio em seu nome, a parte não pode arcar com as despesas em razão de altos custos de vida (pagamento de

Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários. Consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário. 2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 1074, Relator Min. Eros Grau, Supremo Tribunal Federal, Pleno, julgada em 28/03/2007, Publicação em 25/05/2007, pp. 63)

⁷⁴⁹ A jurisprudência consolidou posição nesse sentido. Exemplificativamente, quanto ao depósito prévio da ação rescisória (art. 488, II, CPC), REsp 1052679/RS, Relatora Ministra Nancy Adrighi, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, julgado em 08/06/2010, Publicado no DJe em 18/06/2010.

⁷⁵⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 16.

⁷⁵¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 676, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁷⁵² Daí porque merece aplausos a recente jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que afasta a possibilidade de indeferimento da gratuidade por critérios “tabelados” como o rendimento em salários mínimos, por exemplo. Nesse sentido, AgRg no AREsp 354.197/PR, Relator Ministro Sérgio Kukina, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, Publicado no DJe em 19/08/2013.

medicação, inúmeros dependentes, entre outros fatores) ou em razão da imobilização do seu patrimônio. Essas situações, quando compreendidas como se fossem hipóteses para indeferimento do benefício, podem acarretar afronta à igualdade, na medida em que potencialmente impedem o acesso daquele cidadão ao poder judiciário e, portanto, obstaculizam a efetivação da tutela dos direitos⁷⁵³.

O reverso do problema também deve ser enfrentado. De um lado, permitir que cidadãos destituídos de recursos possam aceder ao processo com maior facilidade é medida que promove uma litigância equilibrada e, conseqüentemente, incrementa a participação social no exercício do poder, proporcionando um grau mais alto de legitimação do processo. Ocorre que a disseminação da gratuidade pode acarretar um aumento da litigância frívola ou impensada, o que inevitavelmente prejudica a qualidade do serviço de justiça prestado⁷⁵⁴. Daí porque devem ser impostos limites razoáveis à concessão do benefício.

O direito à igualdade, entendido como *equilíbrio processual*, impõe, portanto, a previsão em abstrato e a realização em concreto do direito à assistência jurídica integral e gratuita, como forma de garantir aos cidadãos que efetivamente necessitem do auxílio o acesso ao processo judicial. A participação, nessa medida, deve funcionar como filtro das situações em que o pleito se demonstre carente de fundamento.

1.1.1.2. Representação jurídica (acessibilidade técnica)

Assim como ocorre com relação à situação econômica, o processo civil deve conceder também oportunidades às partes necessitadas no que diz respeito à assistência jurídica – igualmente gratuita – por profissional devidamente habilitado⁷⁵⁵. O defensor,

⁷⁵³ A jurisprudência tem demonstrado inclinação pelas teses. Exemplificativamente, quanto à concessão do benefício em razão de gastos altos da parte requerente Agravo Interno nº 70053758686, Relator Desembargador Rui Portanova, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Oitava Câmara Cível, Julgado em 02/05/2013 publicado no DJe em 07/05/2013, e, quanto à existência de patrimônio imobilizado, AI nº 70024795585, Relator Desembargador Umberto Guaspari Sudbrack, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Quinta Câmara Cível, Julgado em 06/08/2008, publicado no DJe em 12/08/2008.

⁷⁵⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 74.

⁷⁵⁵ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 23.

público ou privado, funciona como agente neutralizador das diferenças eventualmente existentes no plano material. O direito ao patrocínio judiciário é inerente ao direito ao processo justo⁷⁵⁶, uma vez que permite o conhecimento técnico especializado que assegura o equilíbrio do contraditório⁷⁵⁷. Ademais, como adverte a doutrina, o advogado funciona como fator de arrefecimento da litigiosidade, o que tendencialmente leva a um ambiente mais leal no processo⁷⁵⁸. No Brasil, a regra geral é a necessidade de advogado legalmente habilitado para a propositura e a defesa em processos civis⁷⁵⁹.

A temática envolvendo a necessidade de promoção de acessibilidade técnica é discutida com bastante interesse no direito estrangeiro⁷⁶⁰. Ocorre que, no Brasil, a questão parece já ultrapassada na medida em que há bastante tempo existe a figura do advogado dativo e do defensor público (a própria Lei 1.060/50 já previa as figuras em seu art. 5º⁷⁶¹). Mais recentemente, a nossa Constituição, ao prever a estruturação da Defensoria Pública como órgão obrigatório do sistema de tutela dos direitos, determinou a estruturação de um órgão voltado especificamente à assistência jurídica dos necessitados. A sua função precípua, de acordo com o art. 134, da Constituição

⁷⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 676, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁷⁵⁷ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 23.

⁷⁵⁸ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 203.

⁷⁵⁹ O Código de Processo Civil (Lei 5.869/73) assim disciplina: “Art. 36. A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver”. O Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), por sua vez, prevê em seu art. 1º que “São atividades privativas de advocacia: I - a postulação a *qualquer* órgão do Poder Judiciário e aos juizados especiais”. A palavra qualquer foi retirada do texto em face do julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil (ADI 1127, Relator Ministro Marco Aurélio, Relator para acórdão Ministro Ricardo Lewandowski, Supremo Tribunal Federal, Pleno, julgado em 17/05/2006, publicado no DJe em 11/06/2010).

⁷⁶⁰ Sobre o tema ver a excelente obra de Nicolò Trocker (TROCKER, Nicolò. *Assistenza legale e Giustizia Civile. Due studi sull'evoluzione dell'assistenza legale ai meno abbienti nel mondo contemporaneo*. Milano: Giuffrè, 1979) sobre a evolução da assistência judiciária na Itália e no direito comparado.

⁷⁶¹“Art. 5º. O juiz, se não tiver fundadas razões para indeferir o pedido, deverá julgá-lo de plano, motivando ou não o deferimento dentro do prazo de setenta e duas horas. § 1º. Deferido o pedido, o juiz determinará que o serviço de assistência judiciária, organizado e mantido pelo Estado, onde houver, indique, no prazo de dois dias úteis o advogado que patrocinará a causa do necessitado. § 2º. Se no Estado não houver serviço de assistência judiciária, por ele mantido, caberá a indicação à Ordem dos Advogados, por suas Seções Estaduais, ou Subseções Municipais. § 3º. Nos municípios em que não existirem subseções da Ordem dos Advogados do Brasil, o próprio juiz fará a nomeação do advogado que patrocinará a causa do necessitado. § 4º. Será preferido para a defesa da causa o advogado que o interessado indicar e que declare aceitar o encargo. § 5º Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”, o último inciso incluído pela Lei nº 7.871/89.

Federal⁷⁶², é a proteção dos hipossuficientes mediante a prestação de orientação jurídica e defesa, em todos os graus de jurisdição. Daí porque a grande maioria dos problemas discutidos no direito comparado não pode ser aplicada ao Brasil. A estrutura do sistema de assistência jurídica, entretanto, ainda se dá de forma mista no país, uma vez que, mesmo depois da criação de Defensorias Públicas estaduais em todos os estados da federação⁷⁶³, muitas das unidades ainda têm *deficit* de pessoal, material e de estrutura. A figura do advogado dativo ainda contribui para a assistência jurídica dos necessitados, assim como as estruturas de assistência jurídica universitária. Diante de tantas alternativas, tem-se um sistema bastante completo de assistência legal aos necessitados.

Um dos poucos problemas práticos envolvendo a necessidade de acessibilidade técnica diz respeito às hipóteses em que a presença de advogado é facultativa, de que são exemplos as causas de valor de até vinte salários mínimos propostas perante os Juizados Especiais Cíveis⁷⁶⁴ e as medidas de urgência previstas na denominada Lei Maria da Penha⁷⁶⁵, entre outros⁷⁶⁶. Nesses processos, a ausência de advogado constituído por uma das partes pode causar desequilíbrio na medida em que

⁷⁶² “Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do Art. 5º, LXXIV.”

⁷⁶³ O Estado de Santa Catarina foi o último a criar o órgão, em 2012 (Lei Complementar Estadual/SC nº 575/12).

⁷⁶⁴ Lei Federal nº 9.099/95: “Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes comparecerão pessoalmente, podendo ser assistidas por advogado; nas de valor superior, a assistência é obrigatória”.

⁷⁶⁵ Lei Federal nº 11.340/06: “Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida” e “Art. 27. Em todos os atos processuais, cíveis e criminais, a mulher em situação de violência doméstica e familiar deverá estar acompanhada de Advogado, ressalvado o previsto no art. 19 desta Lei”.

⁷⁶⁶ Discute-se a respeito do Juizado Especial Federal e dos Juizados Especiais da Fazenda Pública. A Lei nº 10.259/01, que instituiu os Juizados Especiais Federais, prevê em seu art. 10 a possibilidade de postulação direta (“Art. 10. As partes poderão designar, por escrito, representantes para a causa, advogado ou não”). Discute-se a viabilidade da postulação pela parte acima do valor de vinte salários mínimos (dada a aplicação subsidiária da Lei nº 9.099/95) até o teto do Juizado Especial Federal (sessenta salários mínimos). O mesmo ocorre com o Juizado Especial da Fazenda Pública (Lei nº 12.153/09). Ainda, no plano cível, nas hipóteses de *habeas corpus* (segundo o próprio Estatuto da OAB – Lei 8.906/94 – no parágrafo 1º do art. 1º “§ 1º Não se inclui na atividade privativa de advocacia a impetração de *habeas corpus* em qualquer instância ou tribunal.”) e na postulação urgente de alimentos (Lei nº 5.478/68 – “Art. 2º. O credor, pessoalmente, ou por intermédio de advogado, dirigir-se-á ao juiz competente, qualificando-se, e exporá suas necessidades, provando, apenas o parentesco ou a obrigação de alimentar do devedor, indicando seu nome e sobrenome, residência ou local de trabalho, profissão e naturalidade, quanto ganha aproximadamente ou os recursos de que dispõe. § 3º Se o credor comparecer pessoalmente e não indicar profissional que haja concordado em assisti-lo, o juiz designará desde logo quem o deva fazer”). Na Justiça do Trabalho a postulação direta é também admitida pela CLT (Decreto-Lei nº 5.452/43 – “Art. 791. Os empregados e os empregadores poderão reclamar pessoalmente perante a Justiça do Trabalho e acompanhar as suas reclamações até o final.”). Sobre o tema, o TST editou enunciado sumular: Súmula 425, TST: “O jus postulandi das partes, estabelecido no art. 791 da CLT, limita-se às Varas do Trabalho e aos Tribunais Regionais do Trabalho, não alcançando a ação rescisória, a ação cautelar, o mandado de segurança e os recursos de competência do Tribunal Superior do Trabalho”.

haja a presença de procurador no outro polo processual. No caso de litígios contra a fazenda pública, o potencial *desequilíbrio* fica ainda mais evidente (diante da litigância habitual que é típica desse tipo de conflito)⁷⁶⁷.

Outra questão tormentosa diz respeito à possibilidade de utilização de assistência jurídica das defensorias públicas e, mesmo, dos escritórios de assistência jurídica universitária, por parte de pessoas jurídicas. O problema é hoje objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da OAB, (ADI nº 4636, em tramitação do Supremo Tribunal Federal, Relator Ministro Gilmar Mendes) que, entre outros pontos, questiona a constitucionalidade da norma que autoriza os defensores públicos a atuarem em favor de pessoas jurídicas⁷⁶⁸. Nessa ação, o Ministério Público Federal apresentou parecer propondo interpretação conforme a Constituição, no sentido de que a atuação em favor de pessoas jurídicas esteja limitada às hipóteses comprovadas de insuficiência de recursos para arcar com os ônus decorrentes do ingresso em juízo e que tais entidades incluam entre suas finalidades institucionais a defesa dos direitos protegidos pela Defensoria Pública.

Por fim, podem ser vislumbrados problemas relativos à acessibilidade técnica também em caso de criação de *desequilíbrio* processual em razão da diferença na qualidade técnica existente entre os defensores de cada uma das partes. Nesses casos, a própria assistência técnica do advogado pode constituir um fator de *desequilíbrio*⁷⁶⁹.

⁷⁶⁷ “Podemos comparar a lide instaurada entre o jurisdicionado leigo desacompanhado de advogado e a Fazenda Pública, com a mitológica cena do homem comum tentando combater o leviatã. O *desequilíbrio* existente entre as partes, nesses casos, será absolutamente evidente, afrontando a regra básica e o princípio constitucional da igualdade entre as partes, a respeito do qual o juiz tem o dever de assegurar o equilíbrio processual (art.125,I,CPC)”. FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados Especiais Federais Cíveis: Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: RT, 2002, p.192.

⁷⁶⁸ A ação aponta a inconstitucionalidade do termo “*e jurídicas*” incluído no inciso V do art. 4º (“Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: V – exercer, mediante o recebimento dos autos com vista, a ampla defesa e o contraditório *em favor de pessoas naturais e jurídicas*, em processos administrativos e judiciais, perante todos os órgãos e em todas as instâncias, ordinárias ou extraordinárias, utilizando todas as medidas capazes de propiciar a adequada e efetiva defesa de seus interesses;”) da Lei Complementar nº 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e reúne normas gerais para a organização das Defensorias nos Estados, alterada pela Lei Complementar 132/09.

⁷⁶⁹ GALANTER, Marc. Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. In: *Law & Society Review*, vol. 9, nº 1, 1974, p. 114. A solução encampada pelo procedimento do Tribunal do Júri, no processo penal, para os casos em que a defesa mostre-se insuficiente (Decreto-Lei nº 3.689/41, alterado pela Lei nº 11.689, de 2008 - “Art. 497. São atribuições do juiz presidente do Tribunal do Júri, além de outras expressamente referidas neste Código: V - nomear defensor ao acusado, quando considerá-lo indefeso, podendo, neste caso, dissolver o Conselho e designar novo dia para o julgamento,

Resta claro que mesmo diante de um sistema voltado à promoção da assistência jurídica integral, certos problemas de igualdade envolvendo acessibilidade técnica podem ser vislumbrados.

1.1.1.3. Dificuldades em razão da distância e da localização (acessibilidade geográfica)

Por fim, ainda em relação aos problemas de acessibilidade envolvendo litígios notadamente individuais, pode ocorrer de existir dificuldade de acessibilidade dos cidadãos também em razão das imposições relativas às regras de competência⁷⁷⁰. O cidadão que, residente em determinada localidade, tiver de deslocar-se para poder exercitar determinada pretensão ou para defender-se em um processo judicial pendente, inevitavelmente estará em desvantagem prática com relação ao outro litigante, se esse tiver mais facilidade de deslocamento ou residir (ou tiver sede) naquela localidade. Essa dificuldade de acessibilidade em razão da localização pode dar-se também quando a localidade onde o processo deve desenvolver-se tiver o condão de criar obstáculos ao litigante a ponto de determinar um entrave à sua participação efetiva no processo. A igualdade, portanto, impõe que legislativo, executivo e judiciário criem meios de neutralizar esse potencial *desequilíbrio* que a questão geográfica pode criar para um das partes.

1.1.2. As dificuldades no tratamento individual dos litígios que impõem seu tratamento na forma coletiva

A noção de *equilíbrio processual* pode também ser colocada em xeque em casos nos quais a relação jurídica conflituosa envolver direitos individuais, mas seja caracterizada pela sua natureza repetitiva ou disseminada, a ponto de configurar-se uma potencial replicação de demandas (ou conflitos não-judicializados) envolvendo o mesmo ente, especialmente no pólo passivo da relação. O acesso à justiça funciona como critério para a caracterização de interesses individuais homogêneos, nas situações

com a nomeação ou a constituição de novo defensor;”) parece drástica para ser implantada em processos civis.

⁷⁷⁰ TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 193.

em que a tutela coletiva representa ganho em relação à tutela individual⁷⁷¹. Nesses casos, podem ser vislumbrados problemas envolvendo acesso à justiça, principalmente em dois aspectos. O primeiro diz respeito à potencial estruturação de um processo no qual, de um lado, esteja participando um litigante sem *expertise* processual, não habituado às lides forenses e, de outro, um litigante habitual, acostumado à participação em processos judiciais. Essa situação pode configurar *desequilíbrio* na medida em que crie embaraços à utilização da via judicial por parte daquele sujeito menos habituado⁷⁷². O segundo problema, intimamente conectado a esse, concerne às situações em que, apesar da existência de uma relação conflituosa no plano material, não haja potencial prejuízo suficiente a legitimar a propositura de uma ação individual para tutela do direito lesado. Essa situação pode configurar *desequilíbrio* na medida em que iniba a utilização da via judicial por parte daquele sujeito supostamente prejudicado, face um raciocínio de custo e benefício, permitindo a outorga de vantagem para o sujeito que supostamente agiu de forma ilícita.

Em ambos os casos, a coletivização da questão pode contribuir para um maior equilíbrio na litigância⁷⁷³. Isso porque, na primeira situação, diminui-se, com a veiculação da pretensão de maneira coletiva, a diferença de *expertise* e hábito que é inerente nas relações entre o poder público ou sociedades empresariais provedoras de serviços ou produtos de utilização massificada e indivíduos (notadamente consumidores ou contribuintes). Já na segunda situação, a reunião de inúmeros conflitos similares que, sozinhos, não seriam hábeis a justificar a propositura de uma ação e, portanto, a tutelar o direito lesado, permite que haja a eventual responsabilização por ilícitos em face da criação de incentivos para a utilização do judiciário (ou mesmo para a efetivação de algum acordo pré-processual) com vistas à tutela dos direitos dessa coletividade de cidadãos.

⁷⁷¹ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, pp. 139-140.

⁷⁷² “La situación “clásica” de disparidad de fuerzas en el proceso es la que contrapone un individuo (persona física) a un adversario que disfruta las ventajas de la organización unidas a la superioridad de recursos económicos o a la influencia política. Es este caso están, por ejemplo, las grandes empresas y la Administración Pública”. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 78.

⁷⁷³ “[C]lass members 'gain a more powerful adversarial posture than they would have through individual litigation' which 'serves to balance a currently imbalanced adversarial structure, in which large defendants with sufficient economic means are able to enjoy an overwhelming advantage against parties with small individual claims'. The ability of class proceedings to achieve and equal footing between the parties has also been judicially recognized”. MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004, p. 54.

1.1.2.1. A litigância habitual

A sociedade moderna impõe certa dependência dos indivíduos a grandes empresas - e também entes estatais - provedoras de serviços, essenciais ou não⁷⁷⁴. De outro lado, em razão disso e de inúmeras diferenças no tamanho, atividade e mesmo poder econômico, esses atores sociais acabam utilizando mais o poder judiciário do que outros⁷⁷⁵. Inevitavelmente, essa frequência com que necessitam servir-se do sistema de justiça, como autores ou réus, outorga uma vantagem desses em relação aos demais usuários⁷⁷⁶, na medida em que acabam organizando-se *para* a litigância, dispondo de pessoal especializado e de ganhos com escala⁷⁷⁷. É natural que assim o seja e isso não é de forma nenhuma condenável⁷⁷⁸. Ocorre que essa situação cria potenciais disparidades, especialmente quando a assimetria informacional acarreta desconhecimento do próprio direito por parte de quem o postula (o que não é raro e surpreendente, diante da quantidade infindável de marcos regulatórios desses setores de prestação de serviços públicos ou privados).

O desequilíbrio pontual está normalmente relacionado à dificuldade na formulação de prognósticos mais ou menos precisos a respeito dos riscos e vantagens que o litígio pode proporcionar⁷⁷⁹. Para os *repeat players*, essa avaliação é possível

⁷⁷⁴ FRIEDMAN, Lawrence. Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State. In: CAPPELLETTI, Mauro (ed.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff, 1981, pp. 270-271.

⁷⁷⁵ "Because of differences in their size, differences in the state of the law, and differences in their resources, some of the actors in the society have many occasions to utilize the courts (in the broad sense) to make (or defend) claims; others do so only rarely". GALANTER, Marc. Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. In: *Law & Society Review*, vol. 9, nº 1, 1974, p. 97.

⁷⁷⁶ RESNIK, Judith. *Processes of the Law. Understanding Courts and their alternatives*. New York: Foundation Press, 2004, p. 123.

⁷⁷⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 73. Ver também TARUFFO, Michele. Problemi in tema di uguaglianza delle armi nel processo civile: l'accesso alle corti e la funzione del giudice. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 344.

⁷⁷⁸ Condenável é a postura que adotam, na maioria das vezes, com relação à possibilidade de resolução não-judicial dos problemas que inevitavelmente surgem. O tema, entretanto, foge ao escopo do presente trabalho.

⁷⁷⁹ "A parte contrária aos interesses coletivos possui sempre a dimensão global dos atos por ela praticados, tendo, portanto, ideia exata do alcance de outras eventuais ações ajuizadas, bem como das possibilidades de perdas delas decorrentes". MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

independentemente do contexto de dado conflito específico⁷⁸⁰. O desconhecimento e a falta de hábito de uso do processo judicial para tutela de direitos diminuem consideravelmente o poder de influência do litigante esporádico quando comparado com o litigante habitual. Daí porque *o tratamento individual de cada uma dessas situações pode constituir um problema de igualdade*, ligado principalmente à temática do *acesso à justiça*.

1.1.2.2. Problemas de custo e benefício

Há casos diretamente ligados ao problema enfrentado no tópico anterior que merecem tratamento coletivizado não tanto por acarretarem *desequilíbrio* no acesso ao processo, mas por determinarem justamente a sua não utilização como meio de tutela do direito. Trata-se daqueles interesses dificilmente tuteláveis individualmente⁷⁸¹ por caracterizarem potencial vantagem tão pequena a quem postula a ponto de não compensar os custos (não somente pecuniários, mas de tempo e bem-estar, por exemplo) inerentes à propositura de uma ação. São os casos, por assim dizer, de *pequena monta*⁷⁸², que somados podem alcançar um potencial pecuniário expressivo.

Nessas situações em que o conteúdo patrimonial das supostas lesões é tão insignificante que o benefício com a eventual procedência da demanda não compensa a sua veiculação, a tutela coletiva pode funcionar como *meio* de criação das condições para que haja *equilíbrio também na disposição à litigância*, evitando-se que muitos indivíduos deixem de fazer valer seus direitos em razão da baixa relevância econômica dos eventuais danos⁷⁸³. Como efeito secundário, a própria demonstração de que há, por meio da coletivização, tendência à busca pela tutela desses interesses de pequena monta pode dissuadir determinados atores de certas práticas lesivas. Daí porque o simples *reequilíbrio na disposição ao uso do processo* pode evitar a ocorrência dessas situações.

⁷⁸⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 155.

⁷⁸¹ TARUFFO, Michele. Problemi in tema di uguaglianza delle armi nel processo civile: l'accesso alle corti e la funzione del giudice. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 344.

⁷⁸² Sobre o tema ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, pp. 50

⁷⁸³ TARUFFO, Michele. Tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, Anno LXI, n° 2, 2007, p.531.

1.2. Soluções estruturantes (a busca da *equipage equality*)

Não há dúvida de que um dos problemas centrais de todo sistema de justiça é saber como *equipar* os cidadãos para o processo e como resolver eventuais disparidades entre potenciais litigantes, existentes previamente ao processo⁷⁸⁴. Os problemas apontados *supra* dão conta de alguns obstáculos que o próprio sistema cria à efetivação do *equilíbrio* necessário à participação de todos nos desígnios do processo judicial. As linhas que seguem são uma tentativa de solucionar algumas dessas questões, na busca por alternativas viáveis que permitam um *acesso mais equilibrado ao processo*.

1.2.1. Assistência jurídica integral e igualdade *ao* processo em litígios individuais

1.2.1.1. Benefício da gratuidade de justiça e outras soluções para o problema dos custos

Não há dúvida acerca da importância da criação de condições à facilitação do acesso à justiça mediante a diminuição de entraves financeiros aos necessitados⁷⁸⁵. Porém, essas soluções devem ser vistas com ressalva, pois se é verdade que o acesso à justiça determina um maior *equilíbrio processual*, também é verdade que a concessão indiscriminada do benefício da gratuidade pode acarretar justamente o contrário: a criação de diferenciações desnecessárias. Um problema bastante grave com relação à gratuidade está nos incentivos que se criam à litigância frívola ou oportunista. Cria-se com isso um problema de igualdade. De um lado, um litigante tomador de risco, que calcula cada passo sabendo das consequências que determinada ação ou inação pode acarretar, em sentido pecuniário. A sucumbência funcionando como um regulador ético do processo. De outro lado, um litigante “impune”, pois sabe que as suas ações não acarretam nenhuma consequência. Perdendo ou ganhando, não deverá arcar com os custos. Ainda que as multas relativas à litigância de má-fé possam ser cobradas (uma

⁷⁸⁴ RESNIK, Judith. *Processes of the Law. Understanding Courts and their alternatives*. New York: Foundation Press, 2004, p. 130.

⁷⁸⁵ No direito americano, em razão do caráter *adversarial* do processo civil, a doutrina considera os altos custos como o grande fator de criação de disparidades internas no processo. Sobre o tema, ver BAYLES, Michael. *Principles of Law. A normative analysis*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, p. 36.

vez que não estão englobadas na gratuidade conferida⁷⁸⁶), o maior risco, qual seja, a sucumbência, não é arcado por esse litigante. Resulta disso um *desequilíbrio* relativo aos riscos que cada um tem ao utilizar a via processual.

A justiça deve estar ao alcance de todos, sem óbices de natureza econômica que impeçam a participação dos cidadãos no exercício do poder e a obtenção da tutela de seus direitos. Essa exigência deve ser conciliada àquela da efetiva *necessidade* para obtenção da gratuidade. Algumas estratégias poderiam ser viáveis para fins de aprimoramento do sistema de assistência jurídica integral: limitação da gratuidade a apenas algumas despesas, diferimento do pagamento de determinadas despesas, criação de mecanismos de redução das despesas proporcionalmente à necessidade, controle mais rígido da manutenção do benefício ao longo e depois de terminado o processo e facilitação do acesso ao financiamento de litígios processuais (*third-party litigation funding*)⁷⁸⁷.

Uma primeira perspectiva de abordagem do problema pode ser aquela referente à limitação da gratuidade a determinadas despesas⁷⁸⁸. Poderá o judiciário, nessa medida, deferir o benefício da gratuidade da justiça *tão somente para determinado ato*⁷⁸⁹ ou com a *exclusão de determinadas despesas*⁷⁹⁰. Registre-se que as

⁷⁸⁶ Contra, entendendo que também as multas por embargos de declaração protelatórios devem ter sua exigibilidade suspensa, AgRg nos EDcl no REsp 968.652/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, julgado em 04/05/2010, publicado no DJe 17/05/2010).

⁷⁸⁷ O rol apontado é meramente exemplificativo. Para uma mirada geral acerca das soluções encampadas pelos mais diversos sistemas jurídicos quanto aos problemas relativos às custas e despesas processuais e sua relação íntima com a problemática do acesso à justiça, ver HODGES, Christopher; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena (coord.). *The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010. Trata-se de estudo desempenhado por uma série de profissionais ligados aos mais variados sistemas jurídico do mundo, coordenado por pesquisadores da Faculty of Law da University of Oxford, na Inglaterra, em 2009. A pesquisa buscou, em breve resumo, conhecer as soluções ofertadas por estes sistemas para o problemas das custas e do financiamento da litigância (*litigation funding and costs*), buscando responder às seguintes questões: (a) Quais as opções de financiamento do processo para litigantes em busca da realização de seus direitos? (b) Quais custas processuais, honorários advocatícios e demais despesas os litigantes devem pagar? (c) Quais as regras que regulam custas, no que tange ao seu desembolso e reembolso em caso de vitória? (d) Existe alguma previsibilidade quantos aos custos gerais da litigância? (e) São esses custos proporcionais ao trabalho desempenhado pelos profissionais, no processo? Por fim, (f) quais sistemas são os mais baratos, comparativamente? (HODGES, Christopher; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena (coord.). *The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 3).

⁷⁸⁸ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 48

⁷⁸⁹ Processual Civil. Assistência Judiciária. Requerimento. Oportunidade. Curso da Ação. Gratuidade de Determinado Ato. Possibilidade. Lei 1060/50. 1 - A assistência judiciária comporta ser reconhecida parcialmente, em face da própria contingência da vida, que pode desencadear a insuficiência financeira integral da parte no curso da ação, ou até mesmo a impossibilidade de se suportar a despesa de

condições específicas do caso concreto é que vão determinar a extensão do benefício, devendo ser determinadas, especificamente, quais as despesas que serão abarcadas e quais não o serão, em caso de deferimento parcial. Deve-se compreender a assistência judiciária como um sistema que trabalha na lógica do *mais* ou *menos* e não na lógica do *sim* ou *não*. São equivocadas as interpretações no sentido de que a isenção prevista na Lei 1.060/50 deve responder a um esquema de *tudo* ou *nada*, no sentido de que, ou o juiz defere integralmente o pedido de justiça gratuita, ou o nega por completo, quando não vislumbrar a presença dos requisitos legais⁷⁹¹.

Diretamente ligada a essas está a técnica do diferimento do pagamento de despesas processuais, normalmente para momento posterior à sentença ou à efetivação do direito pretendido em juízo. A técnica pressupõe o direito ao benefício por razões circunstanciais transitórias, como a inviabilidade de disposição ou a falta de liquidez do patrimônio no momento da propositura ou da prática de determinado ato processual. Ou seja, permite-se o desempenho do ato mediante diferimento do pagamento de suas despesas, as quais serão cobradas em momento posterior. O Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de julgar recurso extraordinário envolvendo a postergação do pagamento da taxa judiciária, com base em lei do estado de São Paulo (Lei n° 11.608/03), que regula o diferimento do recolhimento da taxa judiciária em caso de momentânea impossibilidade financeira, nas ações de alimentos, reparação de dano, declaratória incidental e embargos à execução⁷⁹². Nesse mesmo sentido também já se

determinado ato processual, pelo seu elevado custo, destoante do custo das demais despesas processuais. 2 - O reconhecimento do benefício em razão de determinadas despesas, ou seja, a gratuidade parcial, é medida que se traduz em solução razoável e apropriada à plena garantia de sua utilização, e até mesmo em proveito dos cofres públicos, que não terão de suportar o ônus financeiro integral do processo, mas apenas, em sua parte. 3 - O fato de o benefício não ter sido requerido em autos apartados, de acordo com o disposto no artigo 6º, da Lei 1060/50, não enseja o reconhecimento de causa suficiente à prejudicialidade do pedido, posto que a iniciativa não importará em qualquer impeço à regularidade da tramitação processual, quanto a isso sendo de se considerar a validade do ato em razão de sua finalidade, conforme previsto pelo artigo 244, do CPC. 4 - Provimento do Agravo. Decisão reformada. (Agravo de Instrumento n° 9601508236, Relator Alexandre Vidigal, Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Quarta Turma, Julgado em 24/04/1999, publicado no DJ em 14/05/1999, p. 270).

⁷⁹⁰ Excluindo o benefício quanto aos honorários, ver Agravo de Instrumento n° 70046185690, Relatora Desembargadora Angela Terezinha de Oliveira Brito, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Terceira Câmara Cível, Julgado em 01/12/2011, publicado no DJ em 14/12/2011.

⁷⁹¹ Exemplificativamente, Agravo de Instrumento n° 00613534620054030000, Relator Juiz Convocado Márcio Mesquita, Tribunal Regional da 3ª Região, Primeira Turma, Julgado em 06/05/2008, Publicado no DJe em 02/06/2008.

⁷⁹² ARE 698273/SP, Ministra Cármen Lúcia, Supremo Tribunal Federal, decisão monocrática, julgado em 14/08/2012, publicado no DJe em 20/08/2012.

pronunciou o Superior Tribunal de Justiça⁷⁹³, em julgamento que deferiu a postergação do pagamento das despesas por um espólio, em face da indisponibilidade imediata de valores para custeio daquelas.

Outra técnica que pode contribuir para um efetivo *acesso equilibrado a justiça* é a técnica da redução proporcional das despesas, de acordo com a necessidade do litigante no caso concreto. Não se trata, assim, de *gratuidade*, mas de efetivo *desconto* dado em patamar sempre proporcional, de acordo com o nível de renda e dos gastos do cidadão. O direito alemão conhece instituto parecido, que prevê a possibilidade de fixação de um valor mais baixo à causa (de forma fictícia) que passa a funcionar como parâmetro para todas as despesas (incluindo aí os honorários)⁷⁹⁴. Trata-se de medida que possibilita o acesso do indivíduo ao sistema de justiça sem, de outro lado, impor tanto custo aos cofres públicos e à parte contrária, efetivando, assim, um *maior equilíbrio na distribuição dos encargos processuais*. Uma medida que desiguala para igualar⁷⁹⁵.

Além disso, importante ter em conta que ocorrendo uma modificação no plano material que melhore a vida financeira da parte a quem foi concedido o benefício da gratuidade, passam a ser exigíveis todas as despesas. O incremento de estratégias voltadas ao reforço da transitoriedade que é inerente ao sistema de assistência judiciária gratuita também é uma forma de diminuir o uso do benefício de modo inadequado. A Lei 1.060/50 prevê, em seu art. 7º, a possibilidade de revogação a pedido da parte contrária, desde que provado o desaparecimento dos requisitos⁷⁹⁶, e no seu art. 8º, a decretação dessa revogação de ofício, pelo juiz, nos mesmos casos⁷⁹⁷. O art. 12⁷⁹⁸, por sua vez, prevê que a parte sucumbente, se beneficiada pela gratuidade, tem a

⁷⁹³ REsp 442145/RS, Relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 05/11/2002, Publicado no DJ em 27/06/2005, p. 396.

⁷⁹⁴ Essa possibilidade é narrada por TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, pp. 317-319.

⁷⁹⁵ TROCKER, Nicolò. *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 317.

⁷⁹⁶ “Art. 7º. A parte contrária poderá, em qualquer fase da lide, requerer a revogação dos benefícios de assistência, desde que prove a inexistência ou o desaparecimento dos requisitos essenciais à sua concessão. Parágrafo único. Tal requerimento não suspenderá o curso da ação e se processará pela forma estabelecida no final do artigo 6º. desta Lei.”

⁷⁹⁷ “Art. 8º. Ocorrendo as circunstâncias mencionadas no artigo anterior, poderá o juiz, *ex-officio*, decretar a revogação dos benefícios, ouvida a parte interessada dentro de quarenta e oito horas improrrogáveis.”

⁷⁹⁸ “Art. 12. A parte beneficiada pela isenção do pagamento das custas ficará obrigada a pagá-las, desde que possa fazê-lo, sem prejuízo do sustento próprio ou da família, se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, o assistido não puder satisfazer tal pagamento, a obrigação ficará prescrita”

exigibilidade do pagamento dos honorários advocatícios à parte contrária suspensa por cinco anos, podendo haver dentro desse prazo, em caso de superveniência de condições financeiras favoráveis (mudança no estado de carência), a sua cobrança⁷⁹⁹. A obrigação de pagar existe, porém sob condição legal suspensiva. Havendo comprovação pelo credor da superveniência de uma mudança na situação financeira do devedor, passa a ser possível a cobrança⁸⁰⁰. Assim, é importante interpretar o problema de forma a englobar também as demais despesas, adiantadas pela parte contrária ou não. Não há sentido em permitir a cobrança apenas dos honorários advocatícios, mas não das demais despesas processuais. Considerando que, em última instância, quem arca com a gratuidade concedida é a sociedade, também com relação a essas deve haver a mera suspensão pelo prazo de cinco anos⁸⁰¹.

O sistema de assistência judiciária dá conta do caráter *transitório* do benefício da gratuidade, justamente porque as condições financeiras dos cidadãos também o são. Isso significa que deve haver um esforço compartilhado de todos os que participam do processo na tentativa de obter esses créditos suspensos em caso de superveniência de mudanças consideráveis na situação patrimonial do beneficiário. Uma forma de diminuir os custos arcados pela sociedade está no aprimoramento de sistema de cruzamento de dados no sistema interno de cada tribunal (ou mesmo mediante cooperação entre tribunais diferentes) com vistas a verificar se, nos processos posteriores (dentro do prazo de cinco anos de suspensão da exigibilidade) envolvendo a mesma pessoa, o benefício foi também concedido ou, eventualmente indeferido. Além disso, um sistema desse tipo poderia funcionar como um *meio* de verificação automática de recebimento de valores vultosos (pense-se, por exemplo, no recebimento de grandes indenizações em outro processo por parte de um beneficiário da gratuidade). A informatização dos tribunais pode ser de grande utilidade para a resolução desse problema.

Há, ainda, uma estratégia que tem sido bastante utilizada em processos arbitrais e que poderia ter alguma utilidade para cobrir determinadas hipóteses não

⁷⁹⁹ Nesse sentido REsp 1082376/RN, Relator Ministro Luiz Fux, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, julgado em 17/02/2009, publicado no DJe em 26/03/2009.

⁸⁰⁰ DIDIER JUNIOR, Fredie; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da Justiça Gratuita*. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 29.

⁸⁰¹ Acertada, portanto, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AgRg no Ag 1377544/MG, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 31/05/2011, publicação no DJe 14/06/2011.

abarcadas pelo sistema de assistência judiciária, mas ainda assim carentes de algum tipo de patrocínio. Trata-se daquilo que na literatura de língua inglesa se convencionou chamar de *third-party litigation funding* ou, de forma reduzida, *TPLF*⁸⁰². O financiamento de processos por terceiros, ainda desconhecido na doutrina processual brasileira, já é utilizado em alguns procedimentos arbitrais⁸⁰³. Consubstancia-se em uma série de métodos tendentes a buscar no mercado financeiro ou de seguros interessados em assumir os custos e os riscos do processo a ser proposto, permitindo a autores⁸⁰⁴ que talvez não pudessem dispor de altos valores para custear advogados, despesas processuais e custos na produção de determinadas provas, de modo a promover seu acesso à justiça livre de riscos (normalmente pela cessão de determinada parcela do potencial êxito)⁸⁰⁵.

A grande discussão envolvendo essa espécie de financiamento privado da litigância refere-se às implicações éticas⁸⁰⁶: a facilitação do acesso seria compensada por uma grande “fatia do bolo” a ser recebido pelo autor em caso de êxito. Além disso, a contratação típica de um financiador acaba outorgando a esse a faculdade de dispor ou não do direito em discussão, já que ele é talvez o maior interessado em obter proveito econômico com o litígio, o que eventualmente pode impedir a parte de encontrar uma solução de meio-termo mediante a lavratura de um acordo, por exemplo. A doutrina processual civil brasileira ainda não se debruçou sobre o tema, mas a modalidade assemelha-se muito a uma prática cada vez mais conhecida do judiciário brasileiro, qual seja, a do patrocínio de demandas coletivas por associações (não tão) representativas de determinado grupo. Nesse caso, o grande problema apontado diz respeito não à viabilização da tutela de determinados interesses individuais (o que, de fato, acaba ocorrendo), mas à falta de representatividade adequada (tema tratado adiante). Com as

⁸⁰² Para um relato sobre a situação do tema ao redor do mundo, ver HODGES, Christopher; PEYSNER, John; NURSE, Angus. *Litigation Funding: Status and Issues*. In: *Oxford Legal Studies Research Paper*, nº 55, 2012 e DE MORPURGO, Marco. *A Comparative Legal and Economic Approach to Third-party Litigation Funding*. In: *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, 2011, pp. 343-412.

⁸⁰³ No direito brasileiro a prática é praticamente inexistente, salvo em alguns casos de arbitragem (sobre o tema, ver o relatório de BORJA, Ana Gerdau de. IX Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 38, 2013, pp. 491 e ss.).

⁸⁰⁴ Discute-se também a possibilidade de financiamento do réu. Em verdade, no polo passivo o mais lógico (até pela dificuldade em construção de uma contratação que seja lucrativa para o financiador) é a contratação de um mero seguro do litígio e não um financiamento na forma de *TPLF*.

⁸⁰⁵ STEINITZ, Maya. *Whose Claim Is This Anyway? Third Party Litigation Funding*. In: *Minnesota Law Review*, Vol. 95, nº 4, 2011, p. 1276.

⁸⁰⁶ WENDEL, Bradley. *A Legal Ethics Perspective on Alternative Litigation Financing*. In: *Canadian Business Law Journal*, Vol. 55, 2014, pp. 133-164.

devidas restrições, o financiamento privado de litígios pode preencher um espaço ainda não preenchido pelo sistema de assistência jurídica integral, na promoção de um acesso mais equilibrado à justiça.

Por fim, é importante observar que todo o discurso envolvendo os custos do processo é insuficiente para a efetivação de um acesso à justiça pleno. É necessário, em complemento, introduzir técnicas de gerenciamento de processos e promover também alternativas não-judiciais de resolução de conflitos que permitam uma entrega mais barata e eficiente do serviço de justiça⁸⁰⁷. O paradoxo de tudo isso é constatar que essa estruturação necessariamente custará caro.

1.2.1.2. Representação jurídica gratuita pública e privada:

A temática da acessibilidade técnica, como já se disse, não preocupa tanto no direito brasileiro dado o sistema misto de representação jurídica gratuita pública (defensoria) e privada (escritórios de assessoria jurídica universitária e advogados dativos). Há casos, entretanto, em que o legislador permitiu a propositura de ações judiciais diretamente pelos cidadãos independentemente da presença de advogado. Nesses casos, há uma tendência clara ao desequilíbrio entre as partes.

A solução estrutural oferecida pelo ordenamento busca no juiz o filtro para essas situações. A Lei nº 9.099/95 oferece à parte desassistida a faculdade de ser defendida por advogado ligado à assistência judiciária local se a outra parte estiver assistida por procurador⁸⁰⁸. Compete ao juiz, ainda segundo a Lei, alertar “as partes da conveniência do patrocínio por advogado, quando a causa o recomendar”⁸⁰⁹. Além disso, compete ao juiz compensar eventual desequilíbrio que *in concreto* possa se verificar também quanto à deficiência na compreensão das formas processuais, inclusive mediante a utilização de termos mais compreensíveis ao cidadão não versado

⁸⁰⁷ HODGES, Christopher; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena (coord.). *The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010, p. 110.

⁸⁰⁸ “Art. 9º. § 1º Sendo facultativa a assistência, se uma das partes comparecer assistida por advogado, ou se o réu for pessoa jurídica ou firma individual, terá a outra parte, se quiser, assistência judiciária prestada por órgão instituído junto ao Juizado Especial, na forma da lei local.”

⁸⁰⁹ É a redação do §2º do mesmo artigo.

nas audiências e mesmo nas decisões⁸¹⁰. Em linhas gerais, o que se pretende é garantir que a parte que eventualmente pretenda litigar desassistida saiba que a eventual deficiência técnica não será determinante para o resultado da demanda e, para isso, será o juiz o grande *agente promocional do equilíbrio*.

A deficiência técnica decorrente da falta de advogado pode prejudicar também pessoas jurídicas cuja situação financeira não seja boa. Não há razão para não replicar o tratamento fornecido a essas quanto ao benefício da gratuidade das despesas processuais também para a defesa (pública ou privada). Além da necessidade de encorajamento da utilização da estrutura da Defensoria Pública por pessoas jurídicas necessitadas, uma forma de incrementar o sistema de assistência jurídica integral é a aceitação do exercício da advocacia *pro bono*, desmistificando-se a ideia de que o serviço de advocacia voluntária tem intuito de captação de clientes⁸¹¹. O incentivo à advocacia voluntária para diversos grupos de beneficiários (pessoas físicas ou jurídicas) agrega alternativas na tentativa de efetivação de um acesso à justiça completo.

Outra solução, ligada à primeira, é a criação de serviços de assessoria jurídica universitária voltados especificamente às micro e pequena empresas necessitadas (ou a criação de grupos temáticos nos serviços já existentes), primordialmente com vistas à formalização (retirando-as da informalidade) e auxílio (consultivo e contencioso) dessas pessoas jurídicas. Na prática, funcionando como projetos de extensão, podem ser muito úteis para aumentar a efetividade do acesso à justiça.

De outro lado, a própria presença de procuradores em ambos os polos do processo pode acarretar *desequilíbrio*. Se nem todos os profissionais prestam serviços de idêntica qualidade, a tendência é que a parte menos provida de recursos acabe sendo

⁸¹⁰ CABRAL, Antonio do Passo. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 157.

⁸¹¹ Recentemente, após forte pressão de setores da própria advocacia, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil referendou liminar proferida em junho de 2013, suspendendo os efeitos de Resolução do Conselho Seccional de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, em vigor desde 2002, que limitava os beneficiários da atividade *pro bono*. Uma das poucas seccionais que regulamentavam o exercício da advocacia *pro bono*, a Ordem dos Advogados de São Paulo restringia essa atividade às pessoas jurídicas sem fins lucrativos integrantes do terceiro setor, reconhecidas e comprovadamente desprovidas de recursos financeiros, limitando a advocacia voluntária a poucos beneficiários.

defendida por um profissional menos qualificado. Nesses casos, a participação de advogados, longe de abrandar a desigualdade acaba por agravá-la⁸¹². A questão é bastante intrincada e está ligada ao livre-exercício da profissão. Soluções drásticas aparecem até mesmo na doutrina americana, na defesa da abolição da atividade privada da advocacia em matéria criminal como necessária para a promoção de uma efetiva igualdade⁸¹³. Não parece adequada tamanha submissão do indivíduo ao estado, até mesmo porque o exercício da advocacia por funcionários públicos (dada a diferença que é traço fundamental do ser humano) também será necessariamente mais ou menos qualificado, a depender do indivíduo que estiver participando de cada processo específico. Diante dessa inevitável diferença na qualidade do trabalho de cada defensor, parece ser mais apropriada a estratégia de fortalecimento dos poderes de condução do processo pelo juiz, como forma de velar pelo equilíbrio processual⁸¹⁴.

1.2.1.3. Modificações na competência, prática de atos processuais em localidade diversa e acesso à justiça

Problemas de acessibilidade geográfica também podem impor um *desequilíbrio no acesso ao processo*. Significativa, para esse fim, é a disciplina da competência, pois é essa que determinará a existência ou não de um entrave tal que dificulte o exercício da defesa pelo réu (ou mesmo o exercício da ação, pelo autor)⁸¹⁵. Na medida em que favoreçam demasiadamente ou dificultem sobremaneira a atuação de uma das partes no processo, as regras de competência territorial (principalmente, mas não só), podem caracterizar um problema de *acesso à justiça*.

⁸¹² BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 76.

⁸¹³ Para uma proposta de advogados estatais em ambos os polos do processo, ver RESNICK, David. Due Process and Procedural Justice. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. *Due Process. Nomos XVIII. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. Nova Iorque: New York University Press, 1977, p. 227: “The concept of equal justice and due process provides good reasons for withdrawing the services of defense attorneys from the free market, for not permitting differences of wealth to affect the quality of justice”.

⁸¹⁴ Registre-se que com relação ao *acesso ao processo* não há nem mesmo como saber como vai se dar a atividade de cada defensor. Daí porque é mais apropriado pensar nesse como um problema de igualdade no processo, intimamente ligado à temática dos deveres de colaboração do juiz para com as partes e dos poderes instrutórios do juiz.

⁸¹⁵ Sobre regras de competência como meio de acesso à justiça ver, na doutrina estrangeira, BAYLES, Michael. *Principles of Law. A normative analysis*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987, pp. 40 e ss.; FRANCHI, Giuseppe. Processo civile italiano e diritti dell'uomo. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 56.

O direito processual civil brasileiro busca promover a igualdade na medida em que permite, desde 1994, a apresentação dos embargos à execução realizada por carta precatória tanto no juízo deprecante quanto no juízo deprecado (facilitando, assim, a defesa pelo executado), conforme o art. 747, CPC (com redação determinada pela Lei 8.953/94). Mais recentemente (em 2006), essa faculdade também foi conferida ao excipiente em casos de apresentação de exceção de incompetência, permitindo-se sua apresentação no foro do domicílio do réu⁸¹⁶. O objetivo inequívoco de tal previsão é facilitar o acesso à justiça⁸¹⁷. O benefício para o excipiente é bastante claro, uma vez que nem ele nem seu advogado terão necessidade de locomover-se até outra comarca, diminuindo custos e embaraços, inclusive quanto ao prazo⁸¹⁸.

Nessa mesma mudança legislativa (Lei nº 11.280/06) também foi incluído um parágrafo único no art. 112, que trata da incompetência relativa. Passou-se a permitir, em caso de existência de cláusula de eleição de foro que dificulte o acesso do réu ao processo, a declaração de sua nulidade de ofício pelo juiz⁸¹⁹. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já havia firmado entendimento de que, nas relações de consumo, especialmente aquelas em que formulado contrato de adesão, a cláusula de foro que imponha ao consumidor locomoção do seu domicílio deve ser declarada nula de ofício⁸²⁰. Ocorre que a previsão agregada ao Código de Processo Civil vai além, permitindo a declinação de foro em todo e qualquer contrato de adesão (mesmo que não seja contrato de consumo), o que deve ser interpretado de forma restritiva para que não

⁸¹⁶ Assim prevê o art. 305, do Código de Processo Civil: “Art. 305. Este direito pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição, cabendo à parte oferecer exceção, no prazo de 15 (quinze) dias, contado do fato que ocasionou a incompetência, o impedimento ou a suspeição. Parágrafo Único. Na exceção de incompetência (art. 112 desta Lei), a petição pode ser protocolizada no juízo de domicílio do réu, com requerimento de sua imediata remessa ao juízo que determinou a citação”

⁸¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 318; THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 30.

⁸¹⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento Comum: ordinário e sumário*. Vol. 2, Tomo I. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 176.

⁸¹⁹ “Art. 112. Argui-se, por meio de exceção, a incompetência relativa. Parágrafo Único. A nulidade da cláusula de eleição de foro, em contrato de adesão, pode ser declarada de ofício pelo juiz, que declinará de competência para o juízo de domicílio do réu”.

⁸²⁰ Nesse sentido, exemplificativamente: Processual Civil. Contrato de consórcio. Cláusula de eleição de foro. Nulidade. Domicílio do consumidor. Parte hipossuficiente da relação. Foro eleito. 1. A jurisprudência do STJ firmou-se, seguindo os ditames do Código de Defesa do Consumidor, no sentido de que a cláusula de eleição de foro estipulada em contrato de consórcio há que ser tida como nula, devendo ser eleito o foro do domicílio do consumidor a fim de facilitar a defesa da parte hipossuficiente da relação. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no Ag 1070671/SC, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, julgado em 27/04/2010, publicado no DJe em 10/05/2010).

haja a simples desconsideração de cláusulas muitas vezes benéficas para ambos os contratantes (casos de contrato de adesão entre empresários, contratos de franquia, contratos de distribuição, entre outros)⁸²¹. Daí porque as particularidades do caso concreto é que devem determinar a declinação, sendo sempre preferível a ouvida das partes interessadas antes da prolação da decisão⁸²².

Por fim, outro meio de garantir o acesso à justiça àqueles em condição geográfica desfavorável é a previsão de convênios de protocolo via correios (protocolos integrados ou Sistema de Protocolo Postal - SPP)⁸²³. Trata-se de expediente que tem como benefício permitir a apresentação de peças processuais por meio do correio, funcionando a data do protocolo nesse como data da apresentação da peça, o que depende de convênio específico entre o tribunal e os correios. É aceita, entretanto, a apresentação da petição via correios, mesmo nos tribunais em que não há convênio, como é o caso do STJ⁸²⁴. Daí porque, nesse tribunal, aplica-se o enunciado de súmula nº 216 (“A tempestividade de recurso interposto no Superior Tribunal de Justiça é aferida pelo registro no protocolo da secretaria e não pela data da entrega na agência do correio”).

Na mesma esteira, a prática de atos processuais eletrônicos pode conferir maior acesso à justiça⁸²⁵, diminuindo entraves geográficos que possam afetar alguma das partes. A crescente utilização de sistemas de processo eletrônico pelos tribunais pátrios abranda bastante essas dificuldades, na medida em que a rede mundial de computadores pode ser acessada de qualquer lugar. Cabe aos tribunais regulamentar a prática, preferencialmente mediante a utilização de um sistema único, que não crie mais

⁸²¹ THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 20.

⁸²² O que, aliás, está absolutamente coadunado ao modelo de processo cooperativo, que pressupõe deveres do juiz para com as partes. Sobre o tema, ver MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

⁸²³ FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 973.

⁸²⁴ Em 2008, no julgamento do AgRg no Ag 792846/SP, Relator Ministro Francisco Falcão, Relator para acórdão Ministro Luiz Fux, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, julgado em 21/05/2008, publicado no DJe 03/11/2008, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça revogou a súmula 256 (“O sistema de “protocolo integrado” não se aplica aos recursos dirigidos ao Superior Tribunal de Justiça”), que impedia o uso da sistemática no âmbito daquele tribunal. A sua revogação se deu, principalmente, em razão do advento da Lei nº 10.352/01, que alterou o parágrafo único do artigo 547, permitindo, em todos os recursos, não apenas no agravo de instrumento, que a parte recorra por meio do protocolo integrado.

⁸²⁵ PEREZ, Ana Carolina Fonseca Martinez; CORONA, Roberto Brocanelli. O processo eletrônico como efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. In: *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Ano 14, nº 19, 2010, pp. 269-280.

obstáculos (não mais geográficos, mas tecnológicos) do que incentivos. Todas essas estratégias contribuem para conferir uma maior igualdade *antes* do próprio desempenho das posições processuais pelos litigantes e, portanto, uma igualdade *de acesso ao processo*⁸²⁶.

1.2.2. O microsistema de processos coletivos e sua relação com a igualdade *ao* processo. A tutela coletiva de interesses individuais.

As ações coletivas, especialmente aquelas voltadas à tutela de direitos individuais homogêneos, igualmente servem como ferramenta de igualação, uma vez que pressupõem normalmente a presença de *litigantes habituais*, de um lado, e *litigantes eventuais*, de outro (os *repeat players* - RP - e os *one-shot* - OS -, para usar as expressões de Marc Galanter⁸²⁷). A compreensão de que o processo civil contemporâneo requer a reconstrução do modelo de processo tradicional, em uma transformação que leve em conta estruturas novas de litígios ligados às posições jurídicas repetitivas e às relações massificadas (e também às próprias ações relativas a direitos difusos e coletivos *stricto sensu*⁸²⁸), impõe, por consequência, uma mudança também quanto ao tipo de *equilíbrio processual* buscado. Dois podem ser os vetores de uma mudança de perspectiva: a noção de representatividade adequada e a coletivização das causas de pequena monta.

1.2.2.1. Representatividade adequada

Diante de litigantes habituados à utilização da justiça, o *tratamento individual de determinadas situações pode constituir um problema de igualdade*. A coletivização do tratamento desse tipo de litígio (quando se tratar de questões de massa) promove o *equilíbrio no acesso ao processo* pelo fortalecimento de um dos polos

⁸²⁶ Nesse sentido também TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 256.

⁸²⁷ GALANTER, Marc. Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. In: *Law & Society Review*, vol. 9, nº 1, 1974, pp. 95-160.

⁸²⁸ Tema que, apesar da importância, não é objeto do presente trabalho. Na tentativa de reconstrução do modelo de processo americano com vistas à *public law litigation*, ver CHAYES, Abram. The role of the judge in Public Law litigation. In: *Harvard Law Review*. Vol. 89, 1976, pp 1281-1316. Utilizando essa mesma expressão, conceituando o processo coletivo como espécie de "processo de interesse público", ver DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. V. 4. 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2013, pp. 37-43.

processuais. Nessas causas (“potencialmente coletivas”), em que determinados sujeitos encontram-se em posição de fraqueza diante do porte de adversários, a coletivização das questões promove a igualdade⁸²⁹.

Esse nivelamento somente será de fato efetivo se houver preocupação com a legitimidade daquele que irá representar o grupo. Como modo de remediar o desequilíbrio abre-se a possibilidade de que, em lugar do indivíduo, assuma a sua posição alguém com capacidade de equiparar-se (ou aproximar-se) do adversário em poder de influência⁸³⁰. Se todos dependemos dessas grandes organizações (públicas ou privadas) para a prestação de determinados serviços, devemos procurar tornar mais barato e equilibrado o processo, para que, no surgimento de uma controvérsia contra esses, os custos não sejam um entrave⁸³¹. Daí porque o instituto da representatividade adequada pode funcionar como *meio* de promoção de um acesso à justiça mais equilibrado⁸³².

Por meio desse, busca-se que esteja o grupo bem representado, mediante exercício pleno de sua situação jurídica por um legitimado extraordinário que possa guiar o processo com os recursos financeiros adequados, boa técnica e probidade⁸³³. A representatividade adequada possui um caráter legitimador da própria coletivização do enfrentamento do litígio⁸³⁴, devendo o legislador e o juiz zelarem pela devida

⁸²⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, pp. 37-38.

⁸³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 78.

⁸³¹ “People in modern society depend on big companies and big government for heat, light, and water, sometimes even for shelter, food and air. The job is to make claims and complaints against the giant aggregates easier, cheaper and more just”. FRIEDMAN, Lawrence. Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State. In: CAPPELLETTI, Mauro (ed.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff, 1981, pp. 270-271.

⁸³² Para um enfrentamento pormenorizado sobre o tema da representatividade adequada e sua relação com a noção de pertinência temática ver CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. A representatividade adequada/pertinência temática no Direito Processual Coletivo – Análise sistemática. In: DIDIER JR. Fredie (coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva. 2ª Série*. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 533-546 e GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, nº 118, 2002, p. 61-70.

⁸³³ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. V. 4. 8ª Ed.* Salvador: JusPodivm, 2013, p. 116.

⁸³⁴ COSTA, Susana Henriques. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 957.

representação⁸³⁵. A necessidade de controle judicial da adequação do legitimado coletivo decorre da aplicação dos direitos fundamentais ao microsistema de tutela coletiva⁸³⁶. O processo coletivo só será útil se fomentar o acesso à justiça e a participação democrática pelo processo⁸³⁷. Daí porque toda a técnica processual do processo coletivo gira em torno da representatividade adequada⁸³⁸.

Esse controle da adequação da representação deve ocorrer em duas fases: uma primeira, em que deve haver verificação da autorização para que o ente substitua os titulares e conduza o processo de modo coletivo, e uma segunda, em que o juiz deve exercer um controle *in concreto* da adequação, aferindo a presença dos elementos que a assegurem⁸³⁹. Não há por que negar a possibilidade de apreciação pelo juiz da aptidão do legitimado coletivo à representação adequada dos titulares ausentes⁸⁴⁰. A coletivização de demandas de massa, pelo seu tratamento conjunto, aumenta o *equilíbrio* entre o indivíduo e o litigante habitual, especialmente porque se outorga a um legitimado a representação de todos em conjunto. O controle da representatividade adequada, assim funciona também como um *meio* para promover *equilíbrio* processual, diminuindo as vantagens do *repeat player*. A representatividade adequada, assim, tem como escopo a *nivelação das disparidades*, permitindo a construção de um processo em equilíbrio de posições⁸⁴¹.

⁸³⁵ “O juiz brasileiro não somente pode, como tem o dever de avaliar a adequada representação dos interesses do grupo em juízo”. GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, nº 118, 2002, p. 68.

⁸³⁶ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. V. 4*. 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 216.

⁸³⁷ SCARPARO, Eduardo. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: *Revista de Processo*, nº. 208, 2012, p. 142.

⁸³⁸ “É este conceito que toma factível a introdução dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos em juízo e, ainda, é ele que justifica a prolação de uma decisão com efeitos erga omnes, incidentes sobre terceiros que não foram partes no processo” COSTA, Susana Henriques. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 957.

⁸³⁹ DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo. V. 4*. 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 216.

⁸⁴⁰ COSTA, Susana Henriques. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 975. Como disse Barbosa Moreira, “es un deber del legislador crear mecanismos compensatorios, destinados, cuando necesario, a equilibrar las posibilidades concretas de las partes; y es un deber del juez hacerlos actuar, en su caso, tan eficazmente como pueda” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 78).

⁸⁴¹ RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, p. 1881.

1.2.2.2. Causas de pequena monta

O incentivo à litigiosidade individual que deriva da estruturação do sistema de tutela coletiva pelo regime de *opt in* já seria um motivo suficiente para repensá-lo. Mas existem casos em que é justamente a falta de incentivo à busca pela tutela de direitos que legitima o tratamento coletivo. Nas situações em que o benefício a ser potencialmente auferido individualmente é tão diminuto que ninguém teria interesse em demandar, a tutela coletiva torna-se a única forma de promover o acesso à justiça⁸⁴². Trata-se de um fenômeno geral de antieconomicidade e disfuncionalidade do instrumento processual com relação à sua finalidade de outorgar tutela aos direitos⁸⁴³. Nessa medida, a reunião dos interesses e a sua veiculação por meio de um processo coletivo parece ser a melhor (senão a única⁸⁴⁴) forma de permitir a sua satisfação. O tema está intimamente ligado ao da representação adequada, uma vez que será essa a característica a legitimar o tratamento conjunto das situações⁸⁴⁵.

Uma questão bastante atual acerca do tema diz respeito à forma de efetivação desses direitos, em caso de procedência da ação coletiva. Não faz sentido impor a cada um dos beneficiários a necessidade de propositura de liquidação de sentença (dado o caráter eminentemente baixo das indenizações devidas nesse tipo de situação). Nessa medida, a gama de técnicas processuais disponíveis deve ser a mais ampla possível, permitindo que o juiz utilize de sua criatividade para efetivar suas decisões⁸⁴⁶. Pense-se, por exemplo, na hipótese de reconhecimento da ilegalidade da

⁸⁴² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 226.

⁸⁴³ TARUFFO, Michele. Problemi in tema di uguaglianza delle armi nel processo civile: l'accesso alle corti e la funzione del giudice. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, p. 343.

⁸⁴⁴ “The specific solutions for small consumer claim disputes vary among legal cultures. The obvious example is class actions or multi-party actions, which are intended to assemble a group of claimants and thereby create procedural synergy. However, the palette of solutions is broader, including representation by consumer associations and the development of specialized alternative dispute resolution (ADR) mechanisms”. ZILLER, Jacques; STORSKRUBB, Eva. Access to justice in European Comparative Law. FRANCIONI, Francesco (coord.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 190.

⁸⁴⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 226.

⁸⁴⁶ O tema é tratado de forma pormenorizada em ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, pp. 283-360.

cobrança de determinada taxa em algum serviço prestado por concessionária ou mesmo por empresa privada. A devolução do valor não precisa necessariamente passar pela liquidação individual (ou mesmo coletiva), podendo ser efetivada por meio de descontos nas faturas futuras, por exemplo. O juiz, nesse caso, pode ordenar o cumprimento da decisão por meio de compensação para todos os afetados. Outro meio de implementação desse tipo de medida pode ser o da assinatura de Termo de Ajustamento de Conduta, instrumento que, não dispensando a satisfação do direito coletivo *lato sensu* ofendido, serve para *regular o modo como deverá proceder à sua efetivação*⁸⁴⁷. Trata-se de medida idônea a diminuir o *déficit de equilíbrio* que é ínsito a esse tipo de demanda, permitindo um efetivo *acesso igualitário ao sistema de justiça*.

Nas causas de pequena monta, o próprio regime do *opt in*, que pressupõe a necessidade de preservação da possibilidade de exercício autônomo da ação deixa de fazer sentido, na medida em que protege uma iniciativa individual que não irá se concretizar⁸⁴⁸. Incentivar a coletivização do tratamento desse tipo de litígio significa promover um acesso à justiça efetivo e equilibrado, garantindo que determinadas situações que não seriam adequadamente tuteladas por uma questão de mero custo e benefício, passem a ser tratadas, desincentivando a perpetuação de práticas ilícitas no mercado.

1.3. Conclusões Parciais

A estrutura da igualdade compreendida como equilíbrio no acesso ao processo está intimamente ligada ao direito à assistência jurídica integral, mas não só. O problema também tem íntima relação com a utilização do processo coletivo como *meio* de efetivação de um acesso equilibrado ao sistema de justiça. O presente trabalho abordou alguns dos problemas envolvendo o acesso à justiça (especialmente os entraves do direito positivo brasileiro), buscando propor soluções pontuais.

No que diz respeito à estrutura do processo civil individual, foram enfrentados problemas relativos à acessibilidade econômica, propondo-se algumas

⁸⁴⁷ DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo*. 5ª Ed. JusPodium, Salvador, 2010, p. 323.

⁸⁴⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 50.

estratégias possíveis de conciliação da exigência de diminuição dos obstáculos financeiros que são típicos do processo judicial com a exigência de *necessidade* para a concessão de benefícios relativos à assistência jurídica integral. Especificamente, abordou-se a possibilidade de limitação do benefício da gratuidade a apenas algumas despesas, a alternativa de diferimento do pagamento de determinadas despesas, a premência da criação de mecanismos de desconto das despesas de forma proporcional à necessidade, a exigência de um controle mais rígido da manutenção do benefício ao longo e depois de terminado o processo e a possibilidade de facilitação do acesso à justiça mediante financiamento de litígios processuais (*third-party litigation funding*). Foram propostas alternativas também quanto ao problema de acessibilidade técnica no processo, sugerindo-se o incremento do papel do juiz como filtro de *desequilíbrio* nos casos em que é facultada a litigância independentemente da participação de advogado e, como forma de melhorar o acesso à justiça para as pessoas jurídicas necessitadas, propôs-se o encorajamento da criação de assistências jurídicas empresariais ligadas às universidades e abordou-se o tema da advocacia *pro bono*. Por fim, quanto à necessidade de acessibilidade geográfica, foram enfrentadas as estratégias crescentes de permissão da apresentação das defesas pelo réu no foro do seu domicílio, abordando-se também a possibilidade de conhecimento de ofício da nulidade de cláusula de foro que dificulte o acesso à justiça, os benefícios dos sistemas de protocolo integrado e do incremento da utilização de processos eletrônicos.

Além disso, o acesso à justiça também pode ser incrementado por meio da coletivização do enfrentamento de determinadas situações. Há situações específicas em que a coletivização do tratamento é preferível ao seu tratamento individual, justamente para que possa se efetivar um acesso à justiça mais equilibrado. Especificamente, abordou-se o problema do *desequilíbrio* processual relativo à atividade de litigantes habituais em contraste aos litigantes esporádicos e propugnou-se a resolução dessas causas de forma coletiva, funcionando a noção de representatividade adequada como meio de nivelamento de posições, redimensionando-se a correlação de forças entre os litigantes⁸⁴⁹. Além disso, apresentou-se proposta no sentido de incremento da utilização do processo coletivo como forma de tutelar situações envolvendo danos de pequena monta, uma vez que sem o tratamento conjunto dificilmente tais causas tivessem

⁸⁴⁹ MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

oportunidade de serem apreciadas pelo poder judiciário, dada a falta de incentivos para tanto.

A noção de acesso à justiça constitui uma exigência de que o sistema de justiça seja disponível a todos, de forma igual. O processo judicial tem de permitir um acesso real, efetivo, compreensivo e livre de impedimentos para todo o indivíduo que dele necessitar⁸⁵⁰. Inúmeras são as implicações possíveis a respeito da exigência de igualdade no acesso aos tribunais e o presente trabalho não tem a pretensão de tê-las esgotado. Ao contrário, buscou-se apenas demonstrar um pouco da contribuição que a igualdade (*conceituada* como *equilíbrio processual* e com sua *função* de permitir a *participação* de todos os sujeitos no processo judicial) potencialmente pode trazer com vistas à estruturação de um processo cujo acesso seja garantido a todos. Trata-se do primeiro passo para a compreensão da *estrutura* da igualdade nas suas relações com o processo civil.

2. Isonomia no processo

A ordem jurídica deve ser dotada de *meios* idôneos para que as partes possam agir *no* processo em posição *equilibrada*. Igualdade *no* processo, entendida aqui como *equilíbrio* das posições jurídicas dos sujeitos processuais. Quando se tratou do perfil conceitual da igualdade, foi possível demonstrar que não basta a garantia de simetria de meios e paridade de armas se o processo não promove *equilíbrio* nas posições jurídicas de todos os sujeitos processuais. Tratar do perfil estrutural da igualdade processual (na sua perspectiva interna) é tratar (i) das *técnicas processuais* adequadas para a conformação de um processo *equilibrado* e (ii) da *atividade do juiz* no desenrolar do processo⁸⁵¹. Isso significa dizer que a busca do *equilíbrio* processual é uma tarefa *complexa*: legislador e julgador devem atuar de forma *complementar*.

⁸⁵⁰ JACOB, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. Londres: Stevens & Sons, 1987, p. 277.

⁸⁵¹ Para Rubenstein, a igualdade *no* processo reduz-se à previsão de técnicas processuais (*litigative rules sufficient to produce efficient and fair dispute resolution*), em especial na *discovery*, que permitam às partes as *mesmas oportunidades*, demonstrando aí uma concepção estática da isonomia processual (que está ligada a um papel passivo do juiz na promoção dos direitos fundamentais processuais). RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, p. 1886.

Impõe-se ao *legislador a conformação de técnicas processuais idôneas* a tutelar a igualdade durante o *iter* processual. O legislativo tem o dever de estruturar procedimentos idôneos à satisfação das finalidades do processo civil na sua dupla perspectiva. Por isso, faz-se necessária a previsão de regras processuais adequadas (e mesmo *adequáveis*) às particularidades de cada sujeito do processo⁸⁵². O conceito de *equilíbrio processual* de que se tratou na primeira parte do presente trabalho determina ainda a necessidade de o processo ser pautado por uma atuação positiva do juiz, garantindo que este seja *isonômico na sua condução*⁸⁵³. Cumpre ao *juiz conformar um procedimento voltado à participação de todos*, que permita o efetivo desempenho das faculdades, ônus e deveres processuais dos participantes em posição *equilibrada*, corrigindo inclusive eventuais disparidades⁸⁵⁴ que afetem o exercício da influência durante o *iter* processual. A igualdade determina (e aí a sua função eficaz) a conformação (perfil estrutural) de um processo que, embora dirigido pelo juiz, o seja de maneira dialogal⁸⁵⁵, adequando-se às particularidades do caso⁸⁵⁶.

Desse modo, é tarefa do juiz afastar a incidência de disposições quando a sua aplicabilidade impedir a promoção da finalidade do próprio processo de dar tutela aos direitos na perspectiva particular, o que impõe participação de todos em *equilíbrio de posições*, com vistas à prolação de uma decisão justa. Para isso, o julgador deve fundamentar analiticamente a inadequação da aplicação da regra no caso concreto, tendo em conta sua finalidade subjacente e demonstrando, ainda, que o afastamento da regra não repercutirá de forma expressiva na segurança jurídica necessária ao formalismo processual. Daí porque, em linhas gerais, a superação da regra pressupõe a demonstração da sua *inadequação* aos fins do Estado Constitucional, *de modo a manter a estrutura do processo em equilíbrio*⁸⁵⁷. Além disso, cumpre ao judiciário eventualmente diferenciar situações cujo tratamento foi equiparado pela legislação,

⁸⁵² DIDIER, JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e Processo de conhecimento*. V. 1. 12ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010, p. 60.

⁸⁵³ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 81.

⁸⁵⁴ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*, V. I. São Paulo: Atlas, 2009, p. 33.

⁸⁵⁵ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 82.

⁸⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 173.

⁸⁵⁷ Sobre as condições materiais e procedimentais de superabilidade de regras, por todos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014, pp. 141-147.

quando as circunstâncias determinarem essa diferenciação, na medida em que contribua para a estruturação de um ambiente equilibrado. O raciocínio e a fundamentação, no ponto, não diferem da hipótese de superação. Fica clara, assim, a necessidade de o processo organizar-se (e a atividade do juiz assim ser pautada) com vistas à compreensão dos institutos processuais *a partir da igualdade*⁸⁵⁸.

2.1. Isonomia no processo e sujeitos processuais:

A tarefa de conferir equilíbrio processual torna-se bastante delicada quando se trata de estruturar o processo considerando que alguma conformação, qualidade, característica ou condição imponha, *a priori*, um tratamento diferenciado a determinado sujeito, ente, classe ou grupo que tendencialmente litigue em posição desfavorável. Nesses casos, a presença dessas circunstâncias exige a instituição de *prerrogativas processuais subjetivas*. A instituição dessa diferença específica no tratamento processual deve guardar relação de pertinência direta e imediata com a finalidade que a ela dá suporte, que será, no caso específico das relações entre igualdade e processo civil em perspectiva particular, o incremento da participação (efetivo desempenho do contraditório-influência). A distinção deve proporcionar *equilíbrio*, sob pena de constituir uma diferenciação ilegítima, um verdadeiro privilégio processual⁸⁵⁹.

2.1.1. A Fazenda Pública em juízo

O exemplo mais corriqueiro de prerrogativas processuais subjetivas é aquele referente à Fazenda Pública em juízo⁸⁶⁰. O legislador prevê, seguindo tradição histórica do processo civil brasileiro, tratamento diferenciado (considerado por parte da doutrina como privilégio⁸⁶¹), em função da finalidade de proteção de um suposto interesse público que legitimaria a diferenciação da litigância do poder público e dos particulares. A tarefa está em saber se essa desigualdade nas posições processuais é ou não legítima,

⁸⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 18.

⁸⁵⁹ MELO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. In: *Revista de Processo*, vol. 75, 1994.

⁸⁶⁰ Sobre o tema, por todos, CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2013.

⁸⁶¹ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 44.

de acordo com nossa Constituição⁸⁶². Uma série de disposições previstas no Código de Processo Civil e em legislações esparsas prevê condições diferenciadas de tratamento dos entes públicos quando atuando em juízo. Exemplificativamente, pode-se tratar dos prazos em dobro para recorrer e quádruplo para contestar (art. 188, CPC), da diferenciação na fixação dos honorários (art. 20, §4º, CPC), da dispensa de adiantamento prévio das custas, do reexame necessário (art. 475, CPC), da dispensa de depósito prévio na propositura da ação rescisória (art. 488, §único, CPC), da suspensão da segurança, dentre inúmeras outras⁸⁶³.

A grande justificativa ordinariamente fornecida para a outorga de prerrogativas ao poder público é o *interesse público*, compreendido aqui como uma ideia que representa uma necessidade racional para a comunidade política⁸⁶⁴. A diferenciação no tratamento, ainda que seja explicada por razões de “interesse público”, só se legitima, entretanto, se outras finalidades estiverem sendo atingidas, uma vez que não há efetiva supremacia do interesse público sobre o interesse particular (ao contrário, há coordenação). No processo, para verificação da legitimidade da distinção feita em face da Fazenda Pública, a métrica adequada deverá ser o direito de influência que, se restringido, impede a promoção da finalidade de dar tutela aos direitos. Assim, a diferenciação das posições processuais à Fazenda Pública é *a priori* ilegítima, na medida em que claramente desequilibra posições processuais⁸⁶⁵. Daí porque toda hipótese pontual de tratamento diversificado deve ser analisada com ressalvas, funcionando o contraditório-influência como métrica para verificação da legitimidade ou não da distinção. Passa-se então, sem a pretensão de esgotar o tema, a tratar dessas situações.

⁸⁶² A tarefa é, portanto, “detectar se e quando há, efetivamente, privilégios processuais conferidos à Fazenda Pública, pois aí estaríamos defronte a casos de infração intolerável ao princípio constitucional da isonomia. Ou, por outro lado, se nas hipóteses legais a serem examinadas, não estaríamos diante do que vem sendo tradicionalmente consideradas, por nossa doutrina processual majoritária, como simples prerrogativas, que ao invés de ferirem a igualdade, vão é atuar no sentido de que ela se realize, efetivamente, compensando desigualdades”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública. In: *Revista de Processo*, vol. 82, 1996, p. 77.

⁸⁶³ Para uma atenta e extensa análise dessas e de outras posições, ver ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 63-128.

⁸⁶⁴ ÁVILA, Humberto. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. Vol. 24, 1998, p. 173.

⁸⁶⁵ PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no processo civil. O conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 92.

2.1.1.1. Prazos diversificados

Já no Código de Processo Civil de 1939, o art. 32 registrava a ampliação dos prazos para o poder público. Como bem ressaltou Pontes de Miranda, o fundamento “da exceção está em precisarem os representantes (da Fazenda) de informações e de provas”, cuja obtenção é demorada em face da burocracia e do tamanho do estado⁸⁶⁶. Registre-se que o Anteprojeto de Código de Processo Civil apresentado pelo Professor Alfredo Buzaid continha, em seu texto original, prazos iguais para a Fazenda Pública e os demais sujeitos processuais (art. 207)⁸⁶⁷. O projeto aprovado, entretanto, incluiu a norma – hoje vigente (art. 188) -, que prevê prazos quádruplo para contestar e em dobro, para recorrer, sempre que o poder público estiver em juízo.

A situação somente se legitima na medida em que necessária a produção de prova documental, em face do trâmite interno complexo que muitas vezes prejudica a efetivação de uma defesa completa. O argumento da falta de estruturação não mais se justifica, com raras exceções no âmbito municipal. Como as consequências da inação ou mesmo da não-apresentação de documentos são bastante graves, razões de ordem constitucional impõem a previsão de prazos diferenciados. Considerando-se que o escopo do processo é, mediante um debate amplo entre todos os sujeitos processuais, buscar a decisão mais aproximada de uma verdade possível com vistas à tutela dos direitos, não é injustificada a previsão do art. 188, pois visa a proteger o contraditório (a ser desempenhado pelo ente), diante da pouca proximidade das estruturas de procuradoria aos órgãos da administração, o que tendencialmente pode vir a impedir a obtenção de provas e, inclusive, da versão de fatos que eventualmente sejam passíveis de discussão. Essa justificativa, entretanto, não legitima prazos em dobro para recurso, especialmente aqueles das decisões definitivas, pois nesse momento processual o objeto litigioso já se estabilizou, não havendo mais espaço para alegações ou provas novas.

2.1.1.2. Custos diversificados

⁸⁶⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I. 2ª* Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 326.

⁸⁶⁷ Conforme notícia NERY JUNIOR, Nelson. O benefício da dilação do prazo para o Ministério Público no direito processual civil brasileiro (interpretação do artigo 188 do Código de Processo Civil) In: *Justitia*, vol. 46, 1984, p. 96.

Outro tema importante diz respeito à diferenciação de tratamento conferida à Fazenda Pública quanto aos custos no processo. Não há dúvida de que afronta a isonomia a diferenciação efetivada diuturnamente na fixação de honorários advocatícios. Uma vez litigando, a Fazenda Pública torna-se sujeito do processo como qualquer outro. A sua sucumbência legitima a condenação em honorários, sob pena de grave afronta, estabelecida por lei (e deixada à prudência do juiz), ao equilíbrio entre as partes⁸⁶⁸. Ou se consigna que, nas causas envolvendo o Poder Público, independentemente de quem seja o sucumbente, deverá haver apreciação equitativa da verba honorária, ou se elimina a prerrogativa. Não há qualquer finalidade constitucionalmente prevista que legitime essa diferenciação⁸⁶⁹.

O mesmo raciocínio diz respeito à dispensa de depósito prévio na ação rescisória e ao benefício de isenção do adiantamento de despesas (principalmente quando envolvem auxiliares do juízo como peritos, por exemplo)⁸⁷⁰. O argumento da indisponibilidade do orçamento não convence, mormente em casos em que não há urgência na propositura da ação. Assim como qualquer outra pessoa jurídica, a autoridade deve também prever (ainda que seja necessária) a dotação orçamentária para os custos inerentes a processos dos quais participa, podendo inclusive ser constituído um fundo especificamente para essas questões. O prejuízo à parte contrária é inequívoco, de modo que, ausente justificativa razoável, também aqui há afronta à igualdade *no* processo.

2.1.1.3. Procedimentos diversificados

Há casos também de afronta à igualdade na previsão de procedimentos diversificados quando a Fazenda Pública está em juízo. Objetivamente, a justificativa

⁸⁶⁸ “O que se nos afigura anti-isonômico e ofensivo à proporcionalidade em sentido estrito é que a práxis jurisprudencial, no trato com a regra em apreço, deixe o cidadão na expectativa de, certamente, receber verba honorária para pagamento de seu advogado em valor inferior ao normal, quando litigar contra a Fazenda Pública, dificultando-lhe, assim, o acesso a uma defesa condigna. Nada haveria a opor, por conseguinte, à prática da jurisprudência em fixar honorários, também nesses casos, dentro do parâmetro estabelecido pelo § 3.º do art. 20”. GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública. In: *Revista de Processo*, vol. 82, 1996, p. 90.

⁸⁶⁹ Nesse sentido, exemplificativamente, ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 69-70;

⁸⁷⁰ TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 52.

apontada pela doutrina para a obrigatoriedade de reexame necessário repousa na sua natureza de instrumento voltado à tutela do patrimônio público⁸⁷¹. Ocorre que a potencialidade de prejuízo ao patrimônio da coletividade não impõe, por si só, a necessidade de tratamento diferenciado, uma vez que no debate processual haverá plenas oportunidades de desempenho do exercício da influência por todos os sujeitos processuais. Já no caso da suspensão de segurança⁸⁷² - o mesmo valendo para as proibições de liminar contra o poder público -, o argumento mostra-se de forma muito clara. A diferença no tratamento das posições processuais somente se legitima na medida em que apresente critério constitucionalmente relevante que embase a diferença. O fato de envolver interesses “públicos” não justifica o tratamento diferente, pois o estado funciona em função da pessoa. Daí porque o desequilíbrio oriundo da previsão de um expediente de suspensão de eficácia de decisões proferidas apenas contra uma das partes no processo é flagrante ofensa à igualdade *ao processo*⁸⁷³.

2.1.2. Outras prerrogativas

2.1.2.1. O Ministério Público como parte processual

A presença do Ministério Público atuando como parte em um processo também pode significar uma desigualdade entre posições jurídicas. Um problema apontado constantemente por advogados e defensores públicos diz respeito à prerrogativa do *parquet* de sentar-se ao lado do juiz nos procedimentos em que atua como *custos legis* e *como parte*. A Lei Complementar 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, prevê em seu art. 18, inciso I, alínea “a”, a prerrogativa de os membros do Ministério Público da União sentarem-se “*no mesmo plano e imediatamente à direita dos juízes singulares ou presidentes dos órgãos judiciários perante os quais oficiem*”, no que é repetida pelo art. 41, XI, da Lei Orgânica do Ministério Público dos Estados (Lei nº 8.625/93). Trata-se,

⁸⁷¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à fazenda pública. In: *Temas de Direito Processual. Nona série*. São Paulo: RT, 2007, p. 208.

⁸⁷² Sobre o tema, amplamente, RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão da segurança. Sustação de eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2005 e VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: RT, 2010.

⁸⁷³ Entendendo que a suspensão da segurança desequilibra posições no processo MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 642, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

na visão da doutrina, de prerrogativa, não podendo o juiz determinar arquitetura da sala de audiência de forma diversa⁸⁷⁴.

A discussão, que iniciou no âmbito do processo criminal, gira em torno da criação de um potencial desequilíbrio dentro da arquitetura das salas de audiência, face à diferenciação operada quanto aos procuradores “comuns” e o membro do Ministério Público, na sua atuação como parte. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade diante dos dispositivos *supra* citados, objetivando uma readequação do posicionamento dos membros do Ministério Público nas salas de audiência e julgamento⁸⁷⁵. Trata-se de expediente que se justifica quando o membro do *parquet* atua como *fiscal da lei*, mas parece causar certa inconveniência quando se tratar de processo em que o Ministério Público esteja atuando na condição de parte. Não há prejuízo *a priori* ao andamento processual e, portanto, ao seu equilíbrio. Eventual *desequilíbrio* em concreto pode ser remediado facilmente mediante conduta cooperativa do juiz, do que deriva a legitimidade constitucional das previsões (até porque o *parquet*, em processos civis, atua sempre na defesa de interesses que transcendem a esfera individual).

2.1.2.2. Tramitação preferencial.

Há casos, entretanto, em que a condição de determinado sujeito impõe a efetivação de uma diferenciação como forma de remediar circunstâncias pessoais que o colocam em situação de desvantagem. Certas classes são escolhidas para receber tratamento diferenciado, com vistas à efetivação de um maior acesso à justiça. O exemplo mais conhecido é o da tramitação preferencial em processo envolvendo idosos (indivíduos com sessenta anos ou mais) que recebem tratamento diferenciado em razão da sua idade⁸⁷⁶. A mesma lei, entretanto, outorgou prioridade de tramitação também às pessoas portadoras de doença grave (art. 1.211-A e 1.211-B do Código de Processo Civil⁸⁷⁷), bastando a essas a apresentação de prova da doença. Não há qualquer

⁸⁷⁴ MAZZILI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 186.

⁸⁷⁵ ADI 4768/DF, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Supremo Tribunal Federal.

⁸⁷⁶ Sobre o tema ver ABRÃO, Carlos Henrique. *Da tramitação processual prioritária. Lei nº 12.008/09*. São Paulo: Atlas, 2012.

⁸⁷⁷ “Art. 1.211-A. Os procedimentos judiciais em que figure como parte ou interessado pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos, ou portadora de doença grave, terão prioridade de tramitação em todas as instâncias.

inadequação na previsão. A condição (de idoso ou doente) legitima a instituição de prerrogativa com vistas à diminuição do tempo de tramitação das demandas, em face da maior urgência que esses indivíduos têm na obtenção da tutela dos seus direitos.

2.1.2.3. Pluralidade de partes.

De outro lado, as próprias circunstâncias do caso podem ser fator a ensejar tratamento distinto para um polo processual em comparação a outro. Em face das peculiaridades da situação jurídica em discussão, o legislador prevê diferenças pontuais no procedimento. Um caso paradigmático dessa espécie de diferenciação é a previsão envolvendo a concessão de prazo em dobro para litisconsortes com procuradores distintos (art. 191, CPC⁸⁷⁸). Essa previsão serve ao equilibrado exercício do plexo de situações jurídicas concernentes à ação e à defesa⁸⁷⁹ por parte dos litigantes no mesmo polo processual, uma vez que sua justificativa está justamente em facilitar o acesso desses aos autos processuais. Na presença de um litisconsórcio, há concorrência de prazo o que, na visão do legislador, legitima a concessão de prazo em dobro, evitando contratempos para os procuradores⁸⁸⁰.

Ainda que a previsão possa permitir manobras por parte de litigantes que tentem procrastinar o andamento do processo, a justificativa legitima-se, na medida em que tem por objeto específico permitir uma maior facilidade dos procuradores em acessar o processo para fins de apresentação de suas manifestações, consubstanciando-se o contraditório-influência como sua finalidade precípua. Nessa medida, a diferenciação efetivada cumpre com seu desiderato. Ocorre que, diante da

Art. 1.211-B. A pessoa interessada na obtenção do benefício, juntando prova de sua condição, deverá requerê-lo à autoridade judiciária competente para decidir o feito, que determinará ao cartório do juízo as providências a serem cumpridas.

§ 1º Deferida a prioridade, os autos receberão identificação própria que evidencie o regime de tramitação prioritária.”

⁸⁷⁸ “Art. 191. Quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

⁸⁷⁹ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 139-140.

⁸⁸⁰ Sobre o assunto ver ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974, pp. 119-121. Inúmeros são os problemas relativos ao art. 191, especialmente quando envolvem saber se há ou não manutenção do interesse de um dos litisconsortes para fins de verificação da manutenção do prazo em dobro. A solução dos problemas passa pela compreensão do contraditório em sentido forte e dos deveres de colaboração necessários à atividade judicial. Sobre o tema ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 212-213.

implementação de sistema processuais eletrônicos em vários tribunais, a justificativa encontrada para legitimar a norma diferenciadora acaba perdendo seu objeto, na medida em que no processo virtual não há impedimento à concorrência do acesso aos autos. A sua *ratio*, diante disso, desaparece. Daí porque, em processos eletrônicos, cumpre ao juiz superar a regra, fundamentando a inadequação da sua aplicação no caso concreto, tendo em conta a ausência das circunstâncias para as quais foi pensada, demonstrando, ainda, que o afastamento da regra não repercutirá de forma expressiva na segurança jurídica que deve pautar sua atuação. Para isso, deve proceder ao desempenho de seu dever de prevenção, deixando claro desde *antes* da citação, a impossibilidade de fruição do benefício (recomendando-se, assim, que explicita no próprio mandado de citação). Outra medida que pode funcionar com vistas à não-surpresa é a criação de um mecanismo de aviso diretamente no própria sistema (*software*) do processo eletrônico.

A jurisprudência pátria já se manifestou sobre o tema algumas vezes. No Tribunal de Justiça de São Paulo, há julgamento determinando a não-aplicação do prazo em dobro em face da tramitação eletrônica⁸⁸¹. Na mesma linha, orientação consolidada da Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁸⁸². O projeto de novo Código de Processo Civil⁸⁸³, na esteira desse entendimento, prevê a exceção no parágrafo segundo do artigo 229⁸⁸⁴. A situação, absolutamente nova, carece de um maior amadurecimento, especialmente com vistas a alertar os operadores dos riscos que passam a correr. Ainda que deva ser encorajada a superação da regra, tal expediente não

⁸⁸¹ AI nº 0084668-50.2013.8.26.0000, Relator Desembargador Marcos Ramos, Tribunal de Justiça de São Paulo, 30ª Câmara de Direito Privado, Julgado em 31/07/2013, Registro em 01/08/2013.

⁸⁸² AG 5001481-41.2012.404.0000, Relator p/ Acórdão Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 3ª Turma, DE 24-05-2012; AG 5003563-11.2013.404.0000, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, D.E. 16/05/2013; AG 5018116-63.2013.404.0000, Relator p/ Acórdão Sérgio Renato Tejada Garcia, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, juntado aos autos em 21/01/2014; AG 5003563-11.2013.404.0000, Relator p/ Acórdão Fernando Quadros da Silva, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Terceira Turma, juntado aos autos em 16/05/2013.

⁸⁸³ Projeto de Lei nº 8.046-B/10, aprovado na Câmara dos Deputados em março de 2014 e pendente de aprovação no Senado Federal (disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2E5498796D60EA44C5956A41710B3EFC.proposicoesWeb2?codteor=1239925&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>, em 31.03.2014).

⁸⁸⁴ “Art. 229. Os litisconsortes que tiverem diferentes procuradores, de escritórios de advocacia distintos, terão prazos contados em dobro para todas as suas manifestações, em qualquer juízo ou tribunal, independentemente de requerimento.

§ 1º Cessa a contagem do prazo em dobro se, havendo apenas dois réus, é oferecida defesa por apenas um deles.

§ 2º Não se aplica o disposto no *caput* aos processos em autos eletrônicos.”

pode acarretar prejuízo à parte que deixa de fruir o benefício sem que haja a devida e destacada comunicação anterior, caso contrário, ao invés de aumentar o *equilíbrio processual*, estar-se-á justamente apequenando o direito ao contraditório (compreendido como a potencialidade de influência).

2.2. Isonomia no processo e técnica processual

A técnica processual pode constituir um problema de igualdade na medida em que se estrutura um processo que privilegie, em abstrato, posições jurídicas defensivas em detrimento de posições ativas (ou vice-versa). Trata-se, assim, de uma questão envolvendo igualdade *na conformação do rito processual*, pelo legislador, e *equilíbrio no desenvolvimento e gerenciamento do iter processual*, pelo juiz. Essa problemática pode ser vislumbrada em, ao menos, três temas bastante definidos: na conformação de técnicas voltadas à distribuição isonômica do ônus do tempo, na adaptabilidade do procedimento e na incorporação de técnicas de *case management* judicial e no direito probatório.

2.2.1. Técnica antecipatória

2.2.1.1. Técnica antecipatória (urgência e evidência)

Um exemplo de situação potencialmente não-isonômica está na distribuição dos ônus que o tempo acarreta para autor e réu, no processo⁸⁸⁵. A demora do processo afronta a isonomia⁸⁸⁶, na medida em que tendencialmente impõe um peso muito maior à parte em posição mais fraca. O tempo é um mal necessário no processo: não somente o tempo patológico, a lentidão fora do comum, mas também o próprio tempo fisiológico, necessário e ordinário⁸⁸⁷. Não é justo, nessa medida, que esse ônus recaia somente sobre uma das partes. Como forma de remediar essa distribuição dos ônus relativos ao tempo,

⁸⁸⁵ Nesse sentido Ver também ZUCKERMAN, Adrian. Quality and Economy in Civil Procedure. The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 14, n° 3. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 353-387.

⁸⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação de Tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 22.

⁸⁸⁷ É de Andrea Proto Pisani a utilização das expressões “*lentezza patologica*” e “*durata fisiologica*”, exprimindo as diferentes facetas que o tempo pode revestir-se, no âmbito do processo. PROTO PISANI, Andrea. “Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile”. In: *Rivista di Diritto Civile*. Vol. I. Padova: CEDAM, 1987, p. 111-112.

dispõe o julgador da técnica antecipatória, consistente no meio de satisfação ou asseguração provisória de um direito⁸⁸⁸, com base na urgência ou na evidência, a partir da distribuição equitativa do encargo que o tempo acarreta ao litigante que busca ver tutelada uma sua situação jurídica material. A técnica antecipatória visa à promoção da igualdade substancial entre as partes⁸⁸⁹.

Uma vez que a duração do processo prejudica sempre o demandante que tem razão e beneficia o demandado que não a tem⁸⁹⁰, desprestigiar a técnica antecipatória significa grave quebra da igualdade⁸⁹¹. A técnica antecipatória é instrumento que pode ser utilizado para eliminar os conhecidos efeitos que o tempo produz para as situações jurídicas materiais postas em juízo⁸⁹². Nas palavras de José Rogério Cruz e Tucci, uma das três frentes bem definidas que “*procuram erradicar ou, pelo menos, minimizar os efeitos deletérios produzidos pela tutela jurisdicional serôdia*”⁸⁹³. Para que impere a igualdade no processo é preciso que o tempo seja isonomicamente distribuído entre as partes⁸⁹⁴. É nessa medida que a tutela antecipada (tendo a *probabilidade* como parâmetro) é um meio de promover a isonomia no processo⁸⁹⁵. Quando se fala em técnica antecipatória, portanto, está-se a tratar da densificação infraconstitucional da isonomia. A *estruturação e manejo* da ferramenta são meios de promoção do equilíbrio processual⁸⁹⁶.

2.2.1.2. Responsabilidade pela tutela cassada:

⁸⁸⁸ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2012, p. 60.

⁸⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 22; MITIDIERO, Daniel. “Tutela Antecipatória e Defesa Inconsistente”. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 337.

⁸⁹⁰ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 212.

⁸⁹¹ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2012, p. 65.

⁸⁹² “Quando se diz que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, objetiva-se preservar o princípio da isonomia. (...) Tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais”. MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil – Teoria geral do processo*, V. I. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2010, p. 371.

⁸⁹³ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997, p. 146.

⁸⁹⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda*. São Paulo: RT, 2007, p. 39.

⁸⁹⁵ MITIDIERO, Daniel. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2012, p. 133.

⁸⁹⁶ REICHELDT, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 165.

Outro aspecto da estruturação interna do processo - ligado ao tema da antecipação da tutela - que pode ser compreendido à luz da isonomia é o da responsabilidade pela efetivação de medidas provisórias *lato sensu*. Nesse ponto, a disparidade de tratamento entre autor e réu, vistos abstratamente, é flagrante. O autor que obtém provisoriamente a satisfação do seu direito, em caso de reforma posterior é obrigado a indenizar o réu, mediante responsabilidade objetiva, pelos danos que causar. De outro lado, o réu que se opõe à realização do direito ao longo do processo, se ao final vier a ser sucumbente, não arcará com os danos que essa demora causou ao autor (ao menos não no caso de ter agido licitamente). Entretanto, como bem aponta Ovídio Baptista da Silva⁸⁹⁷, o risco, como fator justificativo do sistema de responsabilização objetiva, aparece igualmente na atividade do réu que se defende: defender-se também é assumir riscos. Dessa forma, há existência de tratamento não-isonômico das posições jurídicas de autor e réu no que tange à responsabilidade pelos danos processuais⁸⁹⁸, de modo que esta previsão legislativa (artigos art. 273, §3º, CPC, cumulado com art. 475-O, CPC) não atende à isonomia processual.

2.2.2. *Case management* e adaptabilidade do procedimento:

A conformação das relações jurídicas no plano material impõe ao processo a estruturação de ritos idôneos ao respeito de suas particularidades. A diferenciação de ritos, conforme explica Trocker, é uma exigência de um ordenamento que se inspira no princípio da igualdade (visto não como um ponto de partida do direito, mas como um objetivo do ordenamento)⁸⁹⁹. A igualdade só pode ser alcançada na medida em que se possibilite tutela jurisdicional diferenciada, levando em conta a natureza da controvérsia deduzida em juízo, suas contingências e as condições pessoais dos envolvidos⁹⁰⁰. Quando se diz que o sistema deve ser igualmente acessível a todos, uma vez que a

⁸⁹⁷ BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. Antecipação da tutela e responsabilidade objetiva. In: *Revista AJURIS*, nº 72, março de 1998, Porto Alegre: AJURIS, 1998, pp. 67 e ss.

⁸⁹⁸ Para uma explanação pormenorizada do problema, ver ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. A responsabilidade pela fruição da tutela antecipada cassada. In: MITIDERO, Daniel (coord.). *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 342.

⁸⁹⁹ TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Giuffrè, 1974, p. 701.

⁹⁰⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 29.

justiça social pressupõe o acesso efetivo⁹⁰¹, quer-se dizer que o plano processual deve conferir *meios adequados e idôneos* para que as partes possam ter acesso ao poder judiciário. Além da garantia de acesso à justiça, é necessário que o legislador preveja procedimentos diferenciados para situações materiais diferenciadas. De antemão, a situação material preexistente exige que se rompa o dogma do procedimento ordinário⁹⁰². Daí a necessidade de previsão de procedimentos especiais para determinadas relações materiais e a instituição de ritos simplificados para causas de menor complexidade. Não é *equilibrado* que situações materiais desiguais tenham de ser tuteladas por meio de um procedimento tendencialmente *simétrico*, como é o procedimento comum ordinário.

Para cada situação no plano material, o processo terá um *equilíbrio diverso*. Não é possível tratar o processo de execução⁹⁰³ da mesma forma com que se trata um processo de conhecimento, assim como não é possível tratar uma ação de inventário da mesma forma com que se trata uma ação dúplice, apenas para ficar com exemplos ilustrativos⁹⁰⁴. O tratamento dado ao tema tradicionalmente liga-se à temática dos procedimentos especiais ou, para utilizar a expressão de Proto Pisani, tutelas jurisdicionais diferenciadas⁹⁰⁵. É certo que é um requisito fundamental para que o processo (instrumento) realize o seu fim (tutela dos direitos) a sua possibilidade de adequação⁹⁰⁶.

Para tanto, três são os fatores a serem levados em consideração: subjetivos, objetivos e teleológicos. O processo deve se adaptar à condição dos sujeitos (adaptação

⁹⁰¹ CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFE, 1988, p. 8.

⁹⁰² BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p.143. . Sobre isso, ainda: BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 6/7.

⁹⁰³ Sobre os direitos fundamentais processuais e a execução, ver PROTO PISANI, Andrea. Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena. In: *Giusto Processo. Atti del Convegno, Roma, 28-29 Marco 2002*. Roma: Academia Nazionale dei Lincei, 2003, p. 191.

⁹⁰⁴ Essa constatação, apesar de óbvia, é importante para realçar o caráter comparativo, relacional e casuístico da noção de equilíbrio debatida nesse trabalho.

⁹⁰⁵ Por todos, ver PROTO PISANI, Andrea. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 34, nª4, 1979, pp.536-591.

⁹⁰⁶ LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 252-253.

subjetiva)⁹⁰⁷ e também ao objeto discutido no processo (adaptação objetiva)⁹⁰⁸. Além disso, a depender da função que está desempenhando, seu rito deve também variar (adaptação teleológica)⁹⁰⁹. Daí porque a doutrina tradicionalmente representava o Código como instrumento de adaptação “aos sujeitos que o acionam, ao objeto sobre o qual atua, e aos fins da respectiva função judiciária”⁹¹⁰. Ocorre que similar modo de enfrentar o problema das *diferenças* no bojo do processo (e a pretensão de *equilíbrio* pela diferenciação dos ritos em abstrato) demonstrou-se insuficiente, tendo em vista a sua potencial rigidez e abstração⁹¹¹. O juiz passa a ter papel também ativo na *adaptação* do procedimento à situação concreta⁹¹². E isso por uma razão óbvia: se as interações entre cada sujeito processual são dinâmicas, também o equilíbrio de suas posições deve ser compreendido em cada contexto situacional, em concreto⁹¹³.

O tema está intimamente ligado àquele do *case management* judicial, mecanismo de origem inglesa (também aplicado de certa forma nos Estados Unidos⁹¹⁴) que tem como objetivo reequilibrar as disparidades entre os litigantes, não somente *antes*, mas *durante* o processo⁹¹⁵. Essa atividade tem três aspectos principais:

⁹⁰⁷ LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 253.

⁹⁰⁸ “Interessante é observar como a diferença de grau entre a disponibilidade e a indisponibilidade do objeto, isto é, do bem jurídico material, influi necessariamente nas regras do processo”. LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 254.

⁹⁰⁹ LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 255.

⁹¹⁰ LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 258.

⁹¹¹ FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civil e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 73.

⁹¹² COHEN-KOPLIN, Klaus. Origen y fundamentación iusfilosofica del ‘principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial’. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 262 e ss.. Ver, ainda, DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civi. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. Vol. I*. 11ª Ed., 2009, pp. 40-45.

⁹¹³ CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e ‘zonas de interesse’ sobre a migração entre polos da demanda. In: *Revista da SJRJ*, nº 26. Rio de Janeiro, 2009, p. 39.

⁹¹⁴ Sobre as diferenças entre o *case management* na Inglaterra e nos Estados Unidos, ver SILVA, Paulo Eduardo Alves da. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 35-52.

⁹¹⁵ PASSANANTE, Luca. La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LIV, nº 4, 2000, p. 1370. “Case management has three functions: to encourage the parties to pursue mediation, where this is practicable; secondly, to prevent the case from progressing too slowly and inefficiently; finally, to ensure that judicial resources

envolvimento judicial imediato com a triagem dos casos, resolução amigável do conflito e flexibilização do procedimento⁹¹⁶. É esse terceiro aspecto que ora interessa. O juiz, nesse caso, tem toda a possibilidade de intervir com vistas a resguardar a igualdade,⁹¹⁷ e é da essência dessa nova postura o exercício responsável do controle processual pelo juiz⁹¹⁸, o que se dá, dentre outras atividades, pela estruturação de um calendário processual, pela delimitação do tema probatório e pelo respeito ao *equal footing*. A ideia do *active case management*, assim, implica a concessão de amplos poderes de direção do processo ao juiz⁹¹⁹. Objetiva-se, com isso, tornar o litígio menos complexo e mais *lean*⁹²⁰. Falar em gerenciamento de processos significa compreender o papel do juiz como de alguém que deve conduzir as demandas judiciais para a mais adequada resolução dos conflitos com o menor dispêndio de tempo e recursos⁹²¹.

Cresce, com isso, a importância de certos institutos que, pensados à luz da igualdade, podem servir para a promoção de um maior *equilíbrio* processual. Nosso sistema processual é dotado de mecanismos como o das providências preliminares e saneamento do processo (artigos 326 a 330 do Código de Processo Civil), que permitem um envolvimento do juiz com o caso para organização retrospectiva e prospectiva da causa⁹²². A experiência do case management da *common law*, em especial o inglês, portanto, pode novamente ser um parâmetro ao debate⁹²³.

are allocated proportionately. ANDREWS, Neil. *The Modern Civil Process*. Tubingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 48.

⁹¹⁶ ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Gerenciamento de processos e a cultura de litigância - a experiência do "case management" inglês. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 644.

⁹¹⁷ JOLOWICZ, John A. On the comparison of procedures. In: NAFZIGER, James (coord.) *Law and Justice in a Multistate World. Essays in honor of Arthur von Mehren*. New York: Transnational Publishers, 2002, p. 739.

⁹¹⁸ GERLIS, Stephen; LOUGHLIN, Paula. *Civil Procedure*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2001, p. 53.

⁹¹⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. In: *Temas de direito processual. Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 83.

⁹²⁰ ZILLER, Jacques; STORSKRUBB, Eva. Access to justice in European Comparative Law. FRANCIONI, Francesco (coord.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 194.

⁹²¹ ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Gerenciamento de processos e a cultura de litigância - a experiência do "case management" inglês. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 636.

⁹²² O tema é abordado por Daniel Mitidiero a partir da ótica da colaboração, tema correlato a esse. Sobre o assunto ver MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no Processo Civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 132 e ss.

⁹²³ ALVES DA SILVA, Paulo Eduardo. Gerenciamento de processos e a cultura de litigância - a experiência do "case management" inglês. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes*

2.2.3. Direito Probatório

Tema intimamente ligado ao discurso do *case management* é o direito probatório. A perspectiva mais óbvia da relação dessa temática à igualdade está em assumir que não haja desvantagem de nenhuma das partes na possibilidade de produção de determinada prova⁹²⁴. Nesse sentido, experiências como os *pretrial protocols* e o sistema de *disclosure/discovery* são importantes ferramentas do direito comparado que permitem a pré-compreensão de ambos os litigantes acerca do material probatório disponível, o que possibilita a eles a efetivação de um raciocínio de conveniência do prosseguimento do feito, diminuindo assimetria informacional eventualmente existente *antes e fora* do processo. Esses expedientes, portanto, devem passar a ser vistos com outros olhos, tendo em vista o seu claro e direto sentido de promoção da igualdade⁹²⁵.

Já foi possível, ao tratar do perfil conceitual da igualdade, dissertar sobre a importância do poderes instrutórios do juiz para a promoção do *equilíbrio processual*. Esse expediente, inevitavelmente, proporciona um aumento do acervo informacional do processo e, por consequência, o enriquecimento do debate processual. Além disso, tem como efeito a remediação de eventuais deficiências técnicas na atuação de uma das partes⁹²⁶. Não é factível que o modelo de processo atual prescindia da colaboração do juiz: os poderes instrutórios servem ao litigante mais fraco com vistas à promoção desse

Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 653.

⁹²⁴ “Put briefly, equality of arms requires that one side to litigation shall have no advantage over the other by way, for example, of being able to provide the tribunal with evidence or comments not available for the other side”. JACOB, Joseph M. *Civil Justice in the Age of Human Rights*. Hampshire: Ashgate, 2007, p. 105.

⁹²⁵ “Inequality of information may put a defendant at a disadvantage to a claimant who has fully prepared his case before giving notice of it to the defendant. The pre-action protocols are intended to remedy this inequality. Where they do not apply or have not been complied with, the court will grant any extensions of time to the defendant which are necessary to redress the inequality”. O’HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. 10ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001, p. 6. A produção antecipada de prova sem urgência, proposta em doutrina (YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009) e hoje encampada no Projeto de Lei nº 8.046-B/10, aprovado na Câmara dos Deputados em março de 2014 e pendente de aprovação no Senado Federal (disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2E5498796D60EA44C5956A41710B3EFC.proposicoesWeb2?codteor=1239925&filename=Tramitacao-PL+8046/2010), também serve a esse cálculo de conveniência, daí a sua importância.

⁹²⁶ REICHELTL, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 165.

equilíbrio buscado⁹²⁷. O *ativismo probatório equilibrado*, que compreende os poderes instrutórios do julgador, no sentido de que seja pró-ativo na busca da verdade, sem, porém, invadir o papel das partes, aquilatando a cooperação no processo, que tem como norte a realização de justiça⁹²⁸, é uma forma de estruturação necessária da igualdade nas suas relações com o processo civil.

A estrutura mais nítida, entretanto, de relação da igualdade com o direito probatório está na sistemática de distribuição dos encargos probatórios e dos riscos inerentes à (não) produção da prova. O processo tem como pressuposto um sistema de distribuição equitativa dos riscos. Tratar igualmente significa não submeter nenhum dos litigantes a um risco maior de erro em comparação a outro⁹²⁹. Ocorre que determinadas situações não comportam uma igualdade estática, sendo necessária a composição de um *equilíbrio dinâmico*. Essa exigência diz respeito diretamente ao tema do ônus da prova⁹³⁰. A repartição dos encargos probatórios tem como escopo conferir isonomia às partes no processo⁹³¹. No que tange às posições das partes na produção probatória, podem surgir situações de disparidade que correspondem a entraves de ordem formal ou material ao acesso à prova. O art. 333, CPC, pode, portanto, demonstrar-se insuficiente. O direito fundamental à isonomia é a base que permite ao juiz dinamizar a estrutura dos ônus probatórios⁹³², atingindo o ideal de igualdade na sua aceção substancial.

Admite-se em casos específicos a dinamização do ônus da prova com vistas a evitar desigualdade⁹³³. A dinamização, portanto, funciona como *filtro isonômico* do direito fundamental à prova⁹³⁴, já que quando as partes litigam em posições materiais

⁹²⁷ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dimensiones sociales del proceso civil. In: Temas de Direito Processual. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 32-33.

⁹²⁸ A definição é de LANES, Júlio Cesar Goulart. O ativismo probatório equilibrado no processo civil coletivo. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto (coord.), *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 334.

⁹²⁹ ZUCKERMAN, Adrian. Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. In ZUCKERMAN, Adrian (coord.). *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*. Oxford: Oxford press, 1992, pp. 5-6

⁹³⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: Temas de Direito Processual. Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 69.

⁹³¹ MITIDIERO, Daniel. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 142.

⁹³² CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 84.

⁹³³ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 115 e ss.

⁹³⁴ CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 86.

desiguais (o que ocorre na maioria das vezes, uma vez que a realidade é tendencialmente desigual) as rígidas regras que distribuem os encargos probatórios apenas aumentam esse distanciamento⁹³⁵. *Equilibrar* a distribuição dos ônus probatórios é dividir os riscos do processo entre as partes⁹³⁶, privilegiando a igualdade e, nessa medida, o direito fundamental à prova. Dizer que a igualdade é o filtro que permite a dinamização do ônus da prova é aceitá-la sob determinadas condições, já que a superação inadequada da regra que distribuir o ônus da prova no processo civil também pode afrontar à isonomia. Inverter os encargos probatórios sem permitir que a parte que passa a ser incumbida do ônus possa desempenhá-lo é desconsiderar a exigência de um tratamento *equilibrado* das partes. A dinamização do ônus da prova que impõe *probatio diabolica* é expediente contrário à isonomia processual⁹³⁷.

2.3. Conclusões Parciais

Inúmeras formas de estruturação do processo dão conta de problemas relativos à igualdade. Especificamente quanto à igualdade *no* processo, essas questões aparecem de forma nítida na diferenciação feita para determinados sujeitos processuais (especialmente a fazenda pública) e na distinção efetiva *in abstracto* pelo legislador na previsão de certas técnicas processuais. Nesse segundo aspecto, a estrutura do processo enfrenta problemas de igualdade na estruturação do ônus do tempo e no tratamento dado a autor e réu de forma abstrata no que tange às tutelas sumárias, na adaptação dos ritos processuais à situação concreta (e aí a importância do *case management judicial*) e no direito probatório. As relações entre igualdade e processo, compreendidas como *igualdade no processo*, estruturam-se de forma múltipla. Seu âmbito de proteção manifesta-se na estruturação das posições jurídicas de cada uma das partes e em inúmeras técnicas processuais. Seu escopo é igualmente o de permitir, de um lado, uma equilibrada litigância e, de outro, um resultado justo e aceitável⁹³⁸. Trata-se do segundo

⁹³⁵ FERMANN, Rodrigo Papaléo. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. In: MITIDERO, Daniel (coord.). *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 429.

⁹³⁶ REICHELTL, Luis Alberto. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. In: *Revista de Processo*, nº 210. São Paulo: RT, 2012, p. 35.

⁹³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 643, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁹³⁸ RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, p. 1884.

passo para a compreensão da igualdade como norma que determina a estrutura do processo civil.

3. Isonomia *pelo* processo

Não basta garantir a igualdade apenas em uma *perspectiva particular* (do caso) considerando-se necessárias apenas a igualdade *ao* processo e a igualdade *no* processo. A igualdade *intra caso* e *inter partes* não se confunde com a exigência de que casos iguais sejam tratados de forma igual⁹³⁹. Trata-se de uma exigência de igualdade de todos os cidadãos (e não só dos sujeitos, na estrutura interna do processo). Todos devem ser tratados de maneira uniforme no que tange à aplicação do direito, sem o que não haverá um sistema aceitável de resolução de disputas⁹⁴⁰. Dessa forma, pode-se dizer que a prática da isonomia pelo juiz também envolve o julgamento da causa⁹⁴¹.

Do ponto de vista geral, o processo civil deve ser pautado pela igualdade também sob o prisma do seu resultado. Se seu foco é apenas no *meio* (a atividade das partes no processo) e não no *fim* (a igualdade diante dos resultados produzidos pelo processo)⁹⁴² o tratamento igualitário resulta empobrecido. Reduzir o âmbito de incidência da igualdade à perspectiva particular, do caso, diminui a sua importância. É necessário que se perceba que o princípio da igualdade não abrange apenas o tratamento às *partes no interior do processo*⁹⁴³. Os resultados produzidos pelo processo devem ser iguais para todos aqueles que ostentam idênticas ou similares situações⁹⁴⁴, uma vez que a igualdade relaciona-se à exigência de unidade do ordenamento jurídico e, portanto, impõe a vinculação dos tribunais a uma *instância interpretativa unificada*⁹⁴⁵,

⁹³⁹ GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, p. 153.

⁹⁴⁰ RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, p. 1893.

⁹⁴¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 210.

⁹⁴² MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 643, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet.

⁹⁴³ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 134.

⁹⁴⁴ “É fundamental a criação de mecanismos que reduzam a possibilidade de cidadãos receberem respostas estatais antagônicas” PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no processo civil. O Conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 91.

⁹⁴⁵ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 133.

consubstanciada no modelo ideal de Corte Suprema⁹⁴⁶. Não há Estado Constitucional se casos idênticos recebem diferentes decisões pelo poder judiciário⁹⁴⁷. *Like cases should reach like outcomes for purpose of fairness*⁹⁴⁸. Dessa forma, é tarefa do processo dar unidade ao direito e para tanto a igualdade, compreendida como igualdade *pelo* processo, impõe a estruturação de técnicas processuais compatíveis com essa finalidade.

Para fins meramente sistemáticos⁹⁴⁹, podem-se vislumbrar três formas de estruturação do ideal de igualdade *pelo* processo ou *diante das decisões judiciais*. Uma maneira de abordar o problema é mediante a utilização de técnicas tendentes a reunir processos ou questões para um julgamento único que permita a efetivação da igualdade de todos os sujeitos que ostentem a mesma posição jurídica por meio de uma só decisão. Uma segunda óptica é aquela referente à utilização de uma série de ritos ou sistemáticas previstos no direito positivo tendentes à fixação de uma resposta judicial para um determinado ponto de direito e posterior vinculação prevista pelo direito positivo, permitindo a replicação dessa decisão para casos futuros ou em andamento. Por fim, uma terceira forma de abordar o problema da igualdade diante das decisões judiciais, está na aceitação de que o caráter não-cognitivista da interpretação impõe respeito ao precedente por razões de ordem institucional (mas não necessariamente por expressa disposição legal).

⁹⁴⁶ Sobre o tema ver MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013 e MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Recompreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013.

⁹⁴⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010, p. 17.

⁹⁴⁸ RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, p. 1893.

⁹⁴⁹ Outra poderia ser a sistematização, como faz, por exemplo, Jefferson Carús Guedes, que divide em (i) igualdade na aplicação da lei e os julgamentos repetitivos pelo agrupamento de direitos, agrupamento de causas repetitivas ou de recursos judiciais repetitivos e (ii) igualdade na aplicação da lei pela súmula vinculante, pela repercussão geral, pela uniformização de jurisprudência, pela restrição ao seguimento de ações e de recursos e pela adoção do precedente judicial. (GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014, pp. 154-162). Dadas as suas peculiaridades, o presente trabalho não irá tratar da questão envolvendo os processos objetivos e sua importância para conformação de uma ordem jurídica isonômica. Sobre o tema ver MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, pp. 973-994, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero e MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009; ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2014, pp. 52-74.

Um ordenamento que pretenda tutelar a igualdade perante o direito de forma plena deve conjugar essas três formas de estruturação da igualdade *pelo* processo, assumindo seu caráter de complementaridade. O tratamento que ora busca-se efetivar tem por escopo apresentar uma visão crítica do sistema de tutela dos direitos, a partir de algumas soluções aparentemente equivocadas (outras nem tanto) encampadas pelo nosso direito positivo, com vistas à estruturação de um processo civil mais voltado à tutela da *igualdade diante das decisões judiciais*.

3.1. Isonomia *pelo* processo, tutela coletiva de direitos, reunião de causas e julgamento conjunto de questões (a igualdade pela coletivização).

3.1.1. A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos

A forma mais prática de se promover o tratamento igualitário de situações similares é mediante o seu julgamento conjunto⁹⁵⁰. A estrutura tradicional do tratamento coletivo de situações jurídicas vê na coisa julgada a expressão do tratamento igualitário. A tutela da igualdade é supostamente garantida pelo discurso do caso (voltado às partes e seus representantes). Dada a abrangência (em face da coletivização do julgamento) de sua repercussão, a decisão judicial, por si só, funciona como *meio de tutela da igualdade* ao regular um sem número de casos de relações similares, já que todos aqueles que se submetem à eficácia da decisão terão necessariamente o mesmo tratamento⁹⁵¹. As ações coletivas têm o condão de eliminar certas disfuncionalidades do sistema (mormente os pronunciamentos judiciais antagônicos), concentrando a resolução de diversos litígios em um só processo coletivo, o que tendencialmente contribui para a diminuição das hipóteses contradição⁹⁵².

⁹⁵⁰ A abordagem aqui se concentra na potencialidade de conflitos entre julgados relativos a direitos individuais homogêneos. A problemática da igualdade aplicada aos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* não é objeto do presente trabalho, uma vez que constitui um problema menos comum (aliás, uma perversão do sistema), dada a sua natureza indivisível. Supondo-se a sua ocorrência (o que poderia ser cogitado admitindo-se a tese da limitação territorial), é problema que deve ser resolvido na ótica do precedente (conforme tratado *infra*).

⁹⁵¹ Apresentando como vantagem da jurisdição coletiva o fato de evitar “o paroxismo das decisões qualitativamente diversas sobre um mesmo assunto, ocorrência incompatível com a garantia constitucional na isonomia, a qual deve se estender à norma julgada, e não apenas restringir-se à norma legislada”, MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: RT, 1999, p. 366.

⁹⁵² MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações coletivas no direito comparado e nacional*. São Paulo: RT, 2002, p. 37.

Nas hipóteses em que o julgamento de determinada ação coletiva (ativa⁹⁵³) para a defesa de direitos individuais homogêneos for julgada procedente, o sistema da coisa julgada aproveita a todos os beneficiários⁹⁵⁴. Tem-se aqui situação de tutela da igualdade pela coletivização da questão. O *meio* pelo qual se opera a igualdade *pelo* processo é a coisa julgada e sua extensão a todos os representados. Será suficiente tão somente uma decisão para que um sem número de casos (todos aqueles indivíduos que ostentam a mesma posição jurídica no plano material tutelada de forma coletiva) seja julgado *uniformemente*. Ocorre que o tratamento coletivo de interesses individuais, no direito positivo brasileiro, foi pensado para proteger os interesses dos indivíduos⁹⁵⁵. Por isso, assegura-se a possibilidade de manejo da ação individual, em caso de improcedência do feito coletivo (coisa julgada *secundum eventum litis*). Na prática, portanto, o ideal de tratamento igualitário pela extensão da coisa julgada a todos os membros do grupo não se efetiva, dado o seu caráter parcial (a resolução será *uniforme somente se a ação for julgada procedente*).

Compreendido dessa forma, o tratamento coletivo de determina questão ou situação não tem o condão de impedir que sejam proferidas decisões díspares para o mesmo assunto. Ao contrário, a proteção outorgada ao litigante individual leva a uma tendencial *não-uniformidade* das decisões (além do manifesto desequilíbrio das partes *no* processo) em caso de julgamento de improcedência da ação coletiva. Por isso adverte a doutrina que “se o interesse das ações de classe está na padronização das decisões”, “a solução do direito positivo é francamente insuficiente”⁹⁵⁶, sendo necessário repensar o sistema da coisa julgada em relação aos interesses de massa⁹⁵⁷. Sob a falsa premissa de

⁹⁵³ Sobre as ações coletivas passivas, ver DIDIER JR. Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil - Processo Coletivo*. 5ª Ed. JusPodium, Salvador, 2010, pp. 411-426 e VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivm, 2008. O raciocínio aqui desenvolvido aplica-se *mutatis mutandi* também para as ações coletivas passivas envolvendo direitos (ou deveres?) individuais homogêneos. Sobre o tema ver ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 374.

⁹⁵⁴ Essa a redação do art. 103, III, CDC (Lei 8.078/90): “Art. 103. Nas ações coletivas de que trata este código, a sentença fará coisa julgada: III - *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores, na hipótese do inciso III do parágrafo único do art. 81”.

⁹⁵⁵ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 362.

⁹⁵⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 362.

⁹⁵⁷ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 363. Nesse sentido também GIDI, Antonio. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 290-292, para quem a coisa julgada *secundum eventum litis* parece ser uma “grande farsa”. Guilherme Rizzo Amaral, em posição menos drástica, afirma ser o movimento reformista

que a coletivização do tratamento de litígios tem como ideal a realização da *igualdade*, vive-se em um sistema que, atrelado à repugnância da incidência de coisa julgada em relação a terceiros, *impede parcialmente a uniformidade de tratamento de questões idênticas*⁹⁵⁸.

Nesse caso, duas podem ser as soluções. A primeira assume como premissa que não se deve distinguir entre os bons e os maus efeitos, favoráveis ou desfavoráveis⁹⁵⁹, de uma decisão. Essa maneira de estruturação do problema da coisa julgada, como ressalta Barbosa Moreira, é fenômeno excepcional, que deve estar sempre e cabalmente justificado por graves motivos de política judiciária⁹⁶⁰. Parte da doutrina propugna o abandono da extensão da coisa julgada *secundum eventum litis*, com o fortalecimento da representatividade adequada, nas ações relativas a direitos individuais homogêneos⁹⁶¹. A ausência de participação da parte afetada pela decisão estaria suprida pela influência exercida pelo seu representante, de modo que não haveria prejuízo ao contraditório entendido como direito de influência. O controle judicial da adequação da representação supriria eventuais déficits informacionais⁹⁶². Outra solução proposta está na outorga de um maior valor à própria decisão judicial, compreendida em seu discurso do precedente (voltado à ordem jurídica). A vinculação, nessa hipótese, não está na coisa julgada, mas na própria exigência de igualdade, imposta ao estado na condição de direito fundamental⁹⁶³. A decisão proferida, se oriunda de um processo com representatividade adequada dos interessados, vincula como ato institucional e, portanto, cumpre aos juízes observá-la, ainda que tenha sido proferida em contrariedade

do processo brasileiro uma oportunidade imperdível para melhor solucionar o problema (AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de coletivização’. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto (coord.), *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 248).

⁹⁵⁸ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 372.

⁹⁵⁹ CAPPELLETTI, Mauro. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: Attid del convegno*. Padova: CEDAM, 1976, p. 205 *apud* DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. V. 4. 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 395.

⁹⁶⁰ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 69.

⁹⁶¹ CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 66, 2009, p. 36

⁹⁶² CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 66, 2009, p. 46.

⁹⁶³ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 376.

aos interesses daqueles, em caso de propositura de novas ações (agora individuais) sobre o mesmo tema⁹⁶⁴.

3.1.2. Julgamento conjunto de causas ou questões

Além da utilização da chamada tutela coletiva de interesses individuais (que como foi visto, tem restrições no direito positivo quanto ao regime de coisa julgada), a tutela da igualdade *pele* processo em situações massificadas também pode se dar mediante institutos voltados à coletivização de questões comuns. Nesse caso, processos individuais são suspensos para que seja julgada a questão jurídica comum a todos, com a posterior aplicação dessa decisão. Trata-se, assim, de julgamento coletivo da questão comum e, em sequência, julgamento individual do caso. A experiência do direito comparado é fecunda em exemplos atuais ou históricos: a *Group Litigation Order*, na Inglaterra, o *Musterverfahren* alemão e o instituto da “*agregação*” em Portugal.

A *Group Litigation Order* é cabível quando existe ou potencialmente pode vir a existir um número grande de demandas envolvendo determinada questão (de fato ou de direito)⁹⁶⁵. Funciona mediante um procedimento flexível que, coordenado por um *managing judge*, em que se busca a solução de parcela da controvérsia de forma coletiva (o ponto comum) e relega-se a um segundo momento o julgamento de cada um dos litígios individuais⁹⁶⁶. A *GLO* é vista pela doutrina inglesa como um instrumento de justiça “macro”, já que permite o julgamento de questões comuns de forma eficiente e consistente⁹⁶⁷, apesar de não funcionar de maneira ampla dado o fato de funcionar na lógica do *opt-in*⁹⁶⁸. O instituto do *Musterverfahren* (procedimento-modelo), por sua vez, é um instituto voltado ao estabelecimento de uma decisão coletiva acerca de questões

⁹⁶⁴ Para Sergio Arenhart, a aplicação da isonomia como critério de estabilidade respeita a proporcionalidade pan-processual, tanto no interesse das partes, como no interesse do poder judiciário. ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 380.

⁹⁶⁵ É o que se lê dos artigos 19.10 e 19.11 (1) das *Civil Procedure Rules* inglesas: “19.10 A Group Litigation Order (‘GLO’) means an order made under rule 19.11 to provide for the case management of claims which give rise to common or related issues of fact or law (the ‘GLO issues’). 19.11. (1) The court may make a GLO where there are or are likely to be a number of claims giving rise to the GLO issues”.

⁹⁶⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 93.

⁹⁶⁷ ANDREWS, Neil. Multi-party proceedings in England. Representative and Group Actions. In: *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, 2001, p. 258.

⁹⁶⁸ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 147, 2007, p. 141.

(de fato e de direito) comuns a litígios individuais, mediante a instalação de um incidente padrão, com a nomeação de um “líder” para ambos os polos da relação, que vai atuar como uma espécie de porta-voz das partes⁹⁶⁹. Discute-se acerca da vinculação da decisão, sendo essa apontada apenas aos processos pendentes no momento da suspensão e não aos processos futuros⁹⁷⁰. Por fim, o exemplo da “agregação”, procedimento experimental criado pelo Decreto-Lei n° 108/06 e revogado com a aprovação do novo Código de Processo Civil português (Lei n.º 41/2013⁹⁷¹), autorizava o magistrado português a reunir processos de forma transitória para a realização conjunta de determinados atos processuais⁹⁷². Aglutinam-se, assim, determinados atos processuais, buscando-se economia e otimização do serviço jurisdicional.

Nessa esteira, o projeto de novo Código de Processo Civil⁹⁷³ prevê o incidente de resolução de demandas repetitivas (afirmadamente inspirado no *Musterverfahren* alemão⁹⁷⁴). Trata-se de instituto voltado ao julgamento de questão unicamente de direito de incidência comum (com vistas a evitar riscos à isonomia e à segurança jurídica)⁹⁷⁵, abarcando todos os fundamentos concernentes àquela determinada questão jurídica⁹⁷⁶, e vinculação da decisão aos casos pendentes (suspensos) e futuros que versem sobre idêntica questão de direito⁹⁷⁷, observada a

⁹⁶⁹ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 147, 2007, pp. 132-137.

⁹⁷⁰ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*Musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 147, 2007, pp. 141-142.

⁹⁷¹ O seu art. 4º é expresso ao revogar o Decreto: “Artigo 4.º Norma revogatória. São revogados: (...) d) O Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de junho, que procedeu à aprovação do Regime Processual Civil Experimental;”.

⁹⁷² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 115.

⁹⁷³ Projeto de Lei n° 8.046-B/10, aprovado na Câmara dos Deputados em março de 2014 e pendente de aprovação no Senado Federal (disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=2E5498796D60EA44C5956A41710B3EFC.proposicoesWeb2?codteor=1239925&filename=Tramitacao-PL+8046/2010>, em 31.03.2014).

⁹⁷⁴ Conforme consta da própria exposição de motivos do Anteprojeto do novo Código de Processo Civil, elaborado pela Comissão de Juristas instituída pelo Presidente do Senado Federal e presidida pelo Min. Luiz Fux (disponível em <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojeto.pdf>>, em 31.03.2014), Projeto de Lei do Senado n° 166/10, depois transformado no Projeto de Lei n° 8.046-B/10, substitutivo aprovado pela Câmara Federal em 26 de março de 2014.

⁹⁷⁵ Conforme o art. 988 do Projeto de Lei: “Art. 988. É admissível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando, estando presente o risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica, houver efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito”.

⁹⁷⁶ Conforme art. 994, § 3º do Projeto de Lei: “Art. 994. O incidente será julgado com a observância das regras previstas neste artigo. § 3º O conteúdo do acórdão abrangerá a análise de todos os fundamentos suscitados concernentes à tese jurídica discutida”.

⁹⁷⁷ Conforme art. 995 do Projeto de Lei: “Art. 995. Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem

limitação territorial⁹⁷⁸. A proposta busca remediar duas características que determinam a insuficiência do sistema de tutela coletiva dos direitos: a centralização da iniciativa em poucos legitimados e a limitação da eficácia e autoridade da sentença⁹⁷⁹.

A doutrina aponta benefícios na utilização de procedimentos que permitam o trato coletivo de determinadas questões comuns, sem a necessidade de utilização do arcabouço teórico relativo às ações coletivas⁹⁸⁰, uma vez que permite a preservação de garantias ligadas à liberdade (princípio da demanda) e à participação (contraditório)⁹⁸¹. Não há dúvida de que a ampliação da gama de mecanismos tendentes à resolução de questões jurídica massificadas é medida de grande utilidade, permitindo uma maior flexibilidade no sistema de tutela de direitos.

As experiências do direito comparado, encampadas pelo projeto de novo Código de Processo Civil, com vistas ao julgamento coletivo de determinadas questões, aliadas a um redimensionamento dos critérios de limitação da tutela coletiva de direitos individuais (em direção à adoção do critério da utilidade⁹⁸²), podem ser úteis para fortalecer a exigência de tratamento igualitário de situações similares, mas resolver apenas parcela do problema. A inevitável limitação imposta pela coisa julgada continuará atrapalhando a conformação de uma ordem jurídica isonômica se não estruturarmos o processo a partir do duplo discurso relativo à decisão judicial. Daí porque somente a compreensão de que a igualdade perante o direito é o critério que legitima a vinculação (institucional) de toda a ordem jurídica ao processo de

na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo estado ou região. § 1º A tese jurídica será aplicada, também, aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do respectivo tribunal, até que esse mesmo tribunal a revise.”

⁹⁷⁸ Conforme art. 995, §5º do Projeto de Lei: “§ 5º Se houver recurso e a matéria for apreciada, em seu mérito, pelo Supremo Tribunal Federal ou pelo Superior Tribunal de Justiça, a tese jurídica firmada será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versem sobre idêntica questão de direito e que tramitem no território nacional.”

⁹⁷⁹ AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um ‘incidente de coletivização’. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto (coord.), *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 249.

⁹⁸⁰ “É enorme a utilidade de um procedimento como o Musterverfahren alemão, que permite a tratativa coletiva de questões comuns a muitos processos, pacificando-as de maneira única para todas as causas sem os malabarismos teóricos típicos das ações coletivas”. CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 147, 2007, p. 144.

⁹⁸¹ CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 147, 2007, p. 144.

⁹⁸² ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013, p. 145.

reconstrução de sentidos efetivado pelo intérprete permitirá resolver o déficit isonômico oriundo do tratamento não-uniforme de questões similares.

3.2. Isonomia *pelo* processo, julgamentos paradigma, compatibilização das decisões e súmulas (a igualdade pela *uniformização das decisões*)

Os mecanismos processuais que visam a compatibilizar decisões judiciais também concretizam a igualdade no formalismo processual⁹⁸³. Mais do que julgar determinadas questões em conjunto (coletivização), aqui o que se está a discutir é a possibilidade de que determinados julgamentos, proferidos de acordo com ritos especiais de julgamento de recursos ou em casos que preencham certos requisitos, vinculem o judiciário na decisão de casos pendentes ou futuros. A intenção é a de compatibilizar verticalmente as decisões judiciais, *uniformizando* o entendimento jurisprudencial acerca de determinadas questões. Essa exigência de política judiciária deu origem a uma série de institutos (mais ou menos recentes) que, por razões diversas, buscam a uniformização das decisões, pela sua compatibilização. Não se trata aqui de um discurso envolvendo o caso (e as decisões proferidas para as mesmas partes), como é o caso, por exemplo, da reclamação, em sua feição clássica (proteção da autoridade das decisões proferidas pelos tribunais superiores e contra a usurpação de sua competência)⁹⁸⁴. A análise, dada a sua amplitude, deve ser empreendida por meio de tipos ideais, cujas características podem ser agrupadas para fins meramente sistemáticos.

⁹⁸³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012, p. 24.

⁹⁸⁴ Sobre o tema ver DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: SAFE, 2000; MORATO, Leonardo. L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007. Registre-se que as hipóteses contemporâneas de cabimento da reclamação foram bastante alargadas: aplicação para respeito a súmula vinculante (art. 103-A, §3º, CPC: “ § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”) ou para tutela da divergência entre acórdão prolatado por turma recursal e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (conforme Res. nº 12/09 do Superior Tribunal de Justiça e com base no julgamento dos EDcl no RE n. 571.572-8/BA, Relatora Ministra Ellen Gracie, Supremo Tribunal Federal, Pleno, publicado DJe em 14.9.2009). A doutrina, assumindo implicitamente a noção do duplo discurso da decisão judicial que se adota no presente trabalho, aponta como hipótese de cabimento de reclamação também a tutela do precedente (posição que parece alargar demais a utilização dessa medida extraordinária). Sobre o tema, ver MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, pp. 240-245.

3.2.1. Uniformidade pelo controle da legalidade

Um primeiro grupo de institutos foi estruturado e pensado de acordo com a função de *controle* da legalidade das decisões que tradicionalmente se outorgava aos tribunais superiores. Indiretamente, entretanto, podem ser transformados com vistas à *uniformização* da jurisprudência dos tribunais. Nesses institutos, mediante o controle do *caso* (julgamento do *recurso*) o tribunal resolve uma divergência interpretativa, indiretamente contribuindo para a *uniformização das decisões proferidas pelo poder judiciário*. São exemplos o recurso de embargos de divergência (art. 546, CPC) e a hipótese de cabimento do Recurso Especial pela divergência (art. 105, III, c, da Constituição Federal⁹⁸⁵ e art. 541, § único do CPC⁹⁸⁶). O raciocínio se dá mediante a comparação da decisão recorrida com uma decisão tomada como paradigma, demonstrando-se a sua similitude com vistas à correção da decisão recorrida. A vinculação do caso ao direito se dá mediante a demonstração da divergência entre o julgamento do seu caso e a resolução dada a outro caso por outro tribunal ou órgão jurisdicional. Daí porque o cabimento desses recursos é restrito, sendo incabíveis os embargos de divergência em caso de o dissídio ser oriundo de órgão jurisdicional não mais competente para o julgamento desse tipo de causa (Súmula 158, STJ⁹⁸⁷) e inviáveis os recursos especiais quando a divergência é entre julgados do mesmo tribunal (Súmula 13, STJ⁹⁸⁸).

Esses institutos só podem ser compreendidos como *meios* para a tutela da igualdade *pelo* processo se se assume que a função das cortes de vértice é a outorga de

⁹⁸⁵ “Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: (...) III - julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: (...) c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal”

⁹⁸⁶ “Art. 541. O recurso extraordinário e o recurso especial, nos casos previstos na Constituição Federal, serão interpostos perante o presidente ou o vice-presidente do tribunal recorrido, em petições distintas, que conterão: (...) Parágrafo único. Quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados”.

⁹⁸⁷ “Súmula 158, STJ. Não se presta a justificar embargos de divergência o dissídio com acórdão de Turma ou Seção que não mais tenha competência para a matéria neles versada”

⁹⁸⁸ “Súmula 13, STJ. A divergência entre julgados do mesmo tribunal não enseja Recurso Especial.”

sentido aos textos normativos (reconstrução da ordem jurídica)⁹⁸⁹. De outra forma, serão apenas meios de *controle e aplicação* do direito ao *caso* (contribuindo para a igualdade, no máximo, em perspectiva particular). Na lógica de uma corte de precedente, os institutos não assumem uma mera função retroativa⁹⁹⁰. Sua função está em permitir a *compatibilização* da ordem jurídica e, portanto, respondem à exigência de consistência do ordenamento. A divergência deve ser vista como uma oportunidade para fixação da posição dos tribunais supremos sobre determinado ponto de direito⁹⁹¹. Não é suficiente compreender que a função desses institutos é simplesmente eliminar a divergência “no caso” (um discurso voltado imediatamente às partes); cumpre estruturá-los de acordo com sua função, qual seja, a de abrir oportunidade à definição (fixação do precedente) e à eventual revisitação de questões jurídicas.

3.2.2. Uniformidade pela resolução de questões jurídicas repetitivas

Um segundo grupo de institutos foi pensado já com vistas à outorga de *unidade* ao direito (e, portanto, não somente para *controle do caso*). Sua função precípua é a resolução de questões jurídicas repetitivas com vistas à economia processual e, indiretamente, à igualdade. Em linhas gerais, uma vez decidida a controvérsia, busca-se a replicação dessas para casos iguais futuros. Esse conjunto de institutos tem uma estrutura dupla (uma atividade dupla): de um lado, expedientes voltados à fixação da orientação de determinado tribunal competente para o julgamento da questão; de outro lado, medidas tendentes a fazer valer esse posicionamento na resolução de casos, evitando a litigiosidade.

Essa dupla estruturação tem semelhanças com aquela dos procedimentos-padrão (como o incidente de resolução de demandas repetitivas) analisados *supra*. O modelo de expediente voltado à fixação da tese jurídica (primeira atividade) depende da sua vinculação aos demais casos, pela compatibilização ou obstaculização do prosseguimento (segunda atividade), para ser efetivo. Ambos os lados da moeda estão inevitavelmente imbricados. O direito brasileiro conhece certos mecanismos voltados à

⁹⁸⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 213.

⁹⁹⁰ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 42.

⁹⁹¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 213.

fixação de teses jurídicas por determinados órgãos jurisdicionais há bastante tempo. Exemplo disso é o instituto da uniformização da jurisprudência⁹⁹² que, diferentemente do modelo proposto no subitem (i), não tem a natureza de recurso, por constituir pronunciamento prévio do tribunal e, portanto, anterior ao julgamento⁹⁹³, e consistir primordialmente em mecanismo de homogeneização da jurisprudência *intra muros*⁹⁹⁴. Ocorre que, uma vez fixada a pontual tese jurídica pelo pleno do Tribunal, esta vinculará somente o caso em espécie ou, em sendo o caso de “inclusão em súmula”, as decisões futuras desse tribunal, não havendo, entretanto, qualquer vinculatividade *estricta*. Outro instituto muito similar é a assunção de competência, de criação mais recente, prevista no art. 555, §1º, CPC, que permite a remessa de “relevante questão de direito” para órgão colegiado de maior pluralidade dentro do tribunal, com vistas à prevenção ou composição de divergência/controvérsia a respeito da matéria⁹⁹⁵. Esses mecanismos, assim, estruturam-se com vistas tão somente à fixação da orientação, sem prever a contrapartida da vinculação.

Nos últimos vinte anos, inúmeras alterações no Código de Processo Civil implementaram mecanismos de racionalização da atividade jurisdicional⁹⁹⁶ e *uniformização* da jurisprudência pátria, sob a forma dessa dupla estruturação (fixação da tese e vinculação de casos⁹⁹⁷). Diante dessas reformas, é possível afirmar que o sistema jurídico brasileiro, em que pese a falta de sistematização, possui um regime próprio voltado à resolução de causas repetitivas. A Emenda Constitucional nº 45/04 (regulamentada pela Lei 11.417/06) inovou ao instituir a necessidade de demonstração da repercussão geral do recurso extraordinário (Art. 102, § 3º, da Constituição Federal⁹⁹⁸) e ao prever a possibilidade de aprovação de enunciados de súmula

⁹⁹² Previsto nos artigos 476 a 479 do Código de Processo Civil. Sobre o tema ver BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. In: *Ajuris*, v. 34, 1985, pp.189-217.

⁹⁹³ Sobre o tema ver BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 8

⁹⁹⁴ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 13.

⁹⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 599.

⁹⁹⁶ Nesse sentido MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. In: *Revista do Advogado*, nº 92, 2007, pp. 7-22.

⁹⁹⁷ Sobre o tema ver BOTTINI, Pierpaolo Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante. In: *Revista dos Tribunais*, v. 865, 2007, pp. 20-35.

⁹⁹⁸ “§3º No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros”

vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional (art. 103-A da Constituição Federal)⁹⁹⁹. O instituto, sobre o qual longos debates foram travados em doutrina, mesmo antes da reforma¹⁰⁰⁰, na teoria tem o condão de possibilitar a uniformidade jurisprudencial no trato das causas repetitivas, com vistas à isonomia relativamente aos casos massificados, mas, na prática, pouco ou nada contribuiu para um aumento da igualdade *pelo* processo (e talvez nem mesmo para a racionalização da atividade judiciária)¹⁰⁰¹.

No sistema processual, a reforma foi efetivada, paralelamente, pela Lei 11.418/06, que instituiu os artigos 543-A¹⁰⁰², que regulamentou a sistemática da

⁹⁹⁹ “Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso.”

¹⁰⁰⁰ Sobre o tema ver MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: RT, 1999; SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012; CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: RT, 2008; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Questões controvertidas sobre a súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira de; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, pp. 1188-1194.

¹⁰⁰¹ Em quase dez anos de vigência, apenas trinta e duas súmulas vinculantes foram editadas. Ademais, como bem ressalta Marinoni, “o sistema de súmulas, como única e indispensável forma para a vinculação dos juízes é contraditório com o fundamento que, embora não explícito, justifica o respeito obrigatório aos precedentes constitucionais. O que impõe respeito aos precedentes é a igualdade, a segurança jurídica e a previsibilidade” MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012, p. 846, em coautoria com Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero.

¹⁰⁰² “Art. 543-A. O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, nos termos deste artigo.

§ 1º Para efeito da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa. § 2º O recorrente deverá demonstrar, em preliminar do recurso, para apreciação exclusiva do Supremo Tribunal Federal, a existência da repercussão geral.

§ 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária a súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal.

§ 4º Se a Turma decidir pela existência da repercussão geral por, no mínimo, 4 (quatro) votos, ficará dispensada a remessa do recurso ao Plenário.

Repercussão Geral, criando um filtro recursal para o acesso àquela corte¹⁰⁰³, e o 543-B¹⁰⁰⁴. Esse último, naquilo que interessa ao presente, regulamentou a sistemática da Repercussão Geral em casos de multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, criando um procedimento de seleção de um (ou mais) recurso(s) representativo(s) da controvérsia e sobrestamento dos demais¹⁰⁰⁵. Julgado o mérito da questão, os demais casos deverão ser apreciados imediatamente pelo tribunal competente, sendo-lhes facultada a retratação (daí porque a dúvida sobre a vinculação dos tribunais inferiores à decisão¹⁰⁰⁶). Criou-se, portanto, um procedimento voltado à primeira das atividades identificadas nesse modelo de *uniformização* (um expediente voltado à fixação da tese jurídica) e parcialmente à segunda (vinculação horizontal vertical pela compatibilização ou obstaculização).

Na mesma esteira, dois anos depois, regulamentou-se sistemática parecida (de julgamento de recurso por amostragem), também para os recursos de matéria repetitiva junto ao Superior Tribunal de Justiça. A Lei nº 11.672/08 acresceu ao Código

§ 5º Negada a existência da repercussão geral, a decisão valerá para todos os recursos sobre matéria idêntica, que serão indeferidos liminarmente, salvo revisão da tese, tudo nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 6º O Relator poderá admitir, na análise da repercussão geral, a manifestação de terceiros, subscrita por procurador habilitado, nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

§ 7º A Súmula da decisão sobre a repercussão geral constará de ata, que será publicada no Diário Oficial e valerá como acórdão”.

¹⁰⁰³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012; AZEM, Guilherme Beaux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

¹⁰⁰⁴ “Art. 543-B. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica controvérsia, a análise da repercussão geral será processada nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, observado o disposto neste artigo.

§ 1º Caberá ao Tribunal de origem selecionar um ou mais recursos representativos da controvérsia e encaminhá-los ao Supremo Tribunal Federal, sobrestando os demais até o pronunciamento definitivo da Corte.

§ 2º Negada a existência de repercussão geral, os recursos sobrestados considerar-se-ão automaticamente não admitidos.

§ 3º Julgado o mérito do recurso extraordinário, os recursos sobrestados serão apreciados pelos Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais, que poderão declará-los prejudicados ou retratar-se.

§ 4º Mantida a decisão e admitido o recurso, poderá o Supremo Tribunal Federal, nos termos do Regimento Interno, cassar ou reformar, liminarmente, o acórdão contrário à orientação firmada.

§ 5º O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal disporá sobre as atribuições dos Ministros, das Turmas e de outros órgãos, na análise da repercussão geral”.

¹⁰⁰⁵ Sobre o procedimento ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012, pp. 69-73.

¹⁰⁰⁶ Em verdade, não há dúvida de que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal devem ser dotadas de eficácia vinculante. Discute-se é se essa eficácia deriva da lei ou da função exercida por aquela corte. Sobre o tema ver MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012, pp. 74-84.

de Processo Civil o art. 543-C¹⁰⁰⁷. De igual modo, quando houver multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito, caberá a seleção de um ou mais recursos representativos da controvérsia para encaminhamento àquele tribunal, ficando suspensos os demais até o pronunciamento definitivo. Com o julgamento, os recursos passam a exame de admissibilidade (negativo, no caso de acórdão em consonância à decisão proferida sob o rito) ou a um novo exame (se o julgamento anterior tiver em contrariedade ao que foi decidido pelo Superior Tribunal de Justiça). A solução proposta, nessa medida, atende à exigência de fixação da tese jurídica, mas não à exigência de vinculação vertical. Note-se que em caso de manutenção da decisão pelo tribunal de origem (ato de flagrante rebeldia, registre-se) será necessário o exame de admissibilidade e, já na corte suprema, a devolução de matéria já julgada ao órgão fracionário do tribunal¹⁰⁰⁸.

A solução encampada de forma incompleta pelas Leis 11.418/06 e 11.672/08 (priorização da primeira atividade – fixação da tese) deve ser compreendida dentro do sistema como apenas uma faceta da reforma mais ampla empreendida nos

¹⁰⁰⁷ “Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

§ 1º Caberá ao presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos representativos da controvérsia, os quais serão encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça, ficando suspensos os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do Superior Tribunal de Justiça.

§ 2º Não adotada a providência descrita no § 1º deste artigo, o relator no Superior Tribunal de Justiça, ao identificar que sobre a controvérsia já existe jurisprudência dominante ou que a matéria já está afeta ao colegiado, poderá determinar a suspensão, nos tribunais de segunda instância, dos recursos nos quais a controvérsia esteja estabelecida.

§ 3º O relator poderá solicitar informações, a serem prestadas no prazo de quinze dias, aos tribunais federais ou estaduais a respeito da controvérsia.

§ 4º O relator, conforme dispuser o regimento interno do Superior Tribunal de Justiça e considerando a relevância da matéria, poderá admitir manifestação de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia.

§ 5º Recebidas as informações e, se for o caso, após cumprido o disposto no § 4º deste artigo, terá vista o Ministério Público pelo prazo de quinze dias.

§ 6º Transcorrido o prazo para o Ministério Público e remetida cópia do relatório aos demais Ministros, o processo será incluído em pauta na seção ou na Corte Especial, devendo ser julgado com preferência sobre os demais feitos, ressalvados os que envolvam réu preso e os pedidos de habeas corpus.

§ 7º Publicado o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, os recursos especiais sobrestados na origem:

I - terão seguimento denegado na hipótese de o acórdão recorrido coincidir com a orientação do Superior Tribunal de Justiça; ou

II - serão novamente examinados pelo tribunal de origem na hipótese de o acórdão recorrido divergir da orientação do Superior Tribunal de Justiça.

§ 8º Na hipótese prevista no inciso II do § 7º deste artigo, mantida a decisão divergente pelo tribunal de origem, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

§ 9º O Superior Tribunal de Justiça e os tribunais de segunda instância regulamentarão, no âmbito de suas competências, os procedimentos relativos ao processamento e julgamento do recurso especial nos casos previstos neste artigo.”

¹⁰⁰⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011, p. 591.

últimos vinte anos. Uma série de dispositivos foram incluídos ou alterados no Código de Processo Civil tendentes a resolver o segundo problema, qual seja, a vinculação dos juízos de hierarquia inferior às decisões proferidas pelas cortes de hierarquia superior. Em 1995, uma primeira reforma da sistemática recursal alterou o art. 557, do Código de Processo Civil, permitindo que o relator *negasse seguimento a recurso* contrário à súmula do seu tribunal ou de corte de vértice¹⁰⁰⁹. Três anos depois, e essa a sua redação atual, agregou-se a possibilidade de inadmissão monocrática também quando a decisão esteja em confronto com jurisprudência dominante desses tribunais¹⁰¹⁰, agregando-se ainda um parágrafo (§1º-A¹⁰¹¹), que concedeu ao relator a possibilidade de *dar provimento* monocrático ao recurso se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante dos tribunais de vértice tão somente.

Ao lado dessa previsão, alterou-se em 2001 (Lei nº 10.352/01), a redação do inciso I do art. 527¹⁰¹², referente ao procedimento do agravo de instrumento, para incluir nas hipótese de negativa liminar de seguimento também aquelas do art. 557 *supra* citado. Por fim, em 2006, por meio das Leis 11.276/06 e 11.277/06, foi incluída como causa para inadmissão da apelação a conformidade da decisão recorrida a súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal¹⁰¹³ e instituída a possibilidade de julgamento de improcedência liminar de ação se, em casos envolvendo matéria “unicamente de direito”, o juízo já tiver proferido sentença de total improcedência para casos idênticos¹⁰¹⁴. A justificativa para tais disposições está

¹⁰⁰⁹ “Art. 557 - O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou contrário à súmula do respectivo tribunal ou tribunal superior”. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

¹⁰¹⁰ “Art. 557. O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior”. (Redação dada pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

¹⁰¹¹ “§1º-A. Se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso”. (Incluído pela Lei nº 9.756, de 17.12.1998)

¹⁰¹² “Art. 527. Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator”:

I - negar-lhe-á seguimento, liminarmente, nos casos do art. 557;” (Redação dada pela Lei nº 10.352, de 26.12.2001)

¹⁰¹³ “Art. 518. Interposta a apelação, o juiz, declarando os efeitos em que a recebe, mandará dar vista ao apelado para responder.

§ 1º O juiz não receberá o recurso de apelação quando a sentença estiver em conformidade com súmula do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal”. (Renumerado pela Lei nº 11.276, de 2006)

¹⁰¹⁴ “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

justamente na tentativa de obstaculização da litigiosidade pela vinculação às decisões (e enunciados de súmula) proferidas pelos tribunais superiores (vinculação vertical) e pelos próprios órgãos jurisdicionais (vinculação horizontal), de modo a racionalizar o julgamento de demandas repetitivas¹⁰¹⁵. Outros são os exemplos de ritos tendentes à *uniformização* e *compatibilização* de julgados em legislações esparsas¹⁰¹⁶.

Além da função de *controle* que é tradicionalmente conferida a determinados recursos judiciais (tratou-se, especificamente, dos embargos divergentes e do recurso especial com base em dissídio jurisprudencial), a proteção da igualdade *pele* processo também funciona por meio de uma atividade bipartida, que conjuga *fixação da tese* e *compatibilização da tese ao caso* (ou *obstaculização de prosseguimento*).

De um lado, o ordenamento prevê uma série de disposições que permitem a fixação da orientação dos tribunais a respeito de determinadas questões jurídicas. Essas previsões funcionam, normalmente, com ritos específicos (como é o caso dos processos repetitivos na sistemática da repercussão geral, no STF, e do rito dos recursos repetitivos, no STJ) que denotam a preocupação com o caráter institucional da decisão judicial *apenas em determinados casos*. De outro, o sistema disciplina mecanismos de compatibilização de processos (ou obstaculização do seu andamento, a depender do caso). Esses dispositivos funcionam, na maioria dos casos, por meio de abreviação/antecipação (como é o caso do art. 285-A do Código de Processo Civil) ou facilitação/simplificação (como é o caso das previsões que permitem julgamento de forma monocrática) do processo decisório. Mas não basta isso para que a isonomia seja garantida. Essa dupla estruturação pressupõe que a vinculação às decisões proferidas

proferida sentença, reproduzindo-se o teor da anteriormente prolatada”. (Incluído pela Lei nº 11.277, de 2006)

¹⁰¹⁵ Discute-se a constitucionalidade do art. 285-A do Código de Processo Civil. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI n. 3.695/DF), hoje na relatoria do Ministro Teori Zavascki. Em doutrina, majoritariamente compreende-se o instituto como forma de racionalização da atividade judiciária e de compatibilização vertical das decisões (nesse sentido, exemplificativamente, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2009 e DIDIER, JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e Processo de conhecimento*. V. 1. 12ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2010). De outro lado, sustenta-se a inconstitucionalidade do dispositivo pela afronta ao direito ao contraditório (compreendido como direito de influência) do autor. Nesse sentido, MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: *Revista de Processo*, nº 144, 2007, pp. 105-112.

¹⁰¹⁶ Exemplificativamente, a suspensão de segurança para várias liminares em casos repetitivos (art. 4º, § 8º, da Lei 8.437/1992 e art. 15, §5º, da Lei 12.016/2009) e o incidente de uniformização de jurisprudência nos Juizados Especiais (art. 14 da Lei 10.259/01 e art. 18 da Lei nº. 12.153/09), dentre outros.

acerca de questões similares é uma escolha que depende de política judiciária, como se a *igualdade perante o direito* fosse uma questão de conveniência legislativa. É preciso, no entanto, compreender a atividade jurisdicional (por meio das decisões judiciais) como um *mecanismo de reconstrução da ordem jurídica*, daí porque a exigência de vinculação às decisões pretéritas em casos similares deve ser compreendida como exigência de vinculação ao direito.

3.3. Isonomia *pelo* processo, precedente e vinculação institucional às decisões pretéritas (a igualdade pelo respeito ao precedente judicial)

As abordagens anteriores não são suficientes para que haja uma asseguarção qualificada da igualdade *pelo* processo. A igualdade *pela* coletivização de casos ou questões é uma alternativa útil e viável, mas incompleta. Isso porque, de um lado, está muito vinculada aos problemas envolvendo a coisa julgada (uma vez que pressupõe um discurso somente do caso) e seus efeitos a indivíduos que não participaram do processo. De outra banda, mesmo nos casos em que há uma reunião temporária de causas apenas para julgamento conjunto de determinada questão, a coletivização exige o posterior julgamento de cada processo autonomamente, além de ser restrita aos casos em que a mesma questão jurídica esteja sendo discutida por vários cidadãos contemporaneamente.

A igualdade *pela* uniformização das decisões tem um campo de aplicabilidade mais amplo, uma vez que pressupõe que a decisão judicial comporta um discurso institucional, para a sociedade. Porém, tem como defeito a sua aplicação restrita às hipóteses em que há previsão legislativa, tanto de que o julgamento comporte a fixação de uma tese (cumpra com os requisitos procedimentais específicos), quanto de que a hipótese se enquadre no caso de *compatibilização e obstaculização* (vinculação apenas às decisões que cumpriram os requisitos). A existência dessas alternativas ajuda, porém não satisfaz plenamente a exigência de igualdade perante o direito, pois na prática, o sistema não promove o respeito devido às decisões judiciais.

3.3.1. Respeito ao precedente

A ordem jurídica estrutura-se na triste metáfora da “jurisprudência banana boat”¹⁰¹⁷. Um exemplo pode ilustrar a afirmação¹⁰¹⁸: o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento histórico de que a comprovação da existência de feriado local para fins de verificação da tempestividade de recurso deveria ocorrer no ato da interposição, sob pena de preclusão consumativa¹⁰¹⁹. Durante o ano de 2012, houve a modificação do entendimento, com base na alteração havida no STF. Passou-se a aceitar a apresentação de documento comprobatório por ocasião da interposição do agravo regimental¹⁰²⁰. A posição se consolidou com uma verdadeira superação do precedente. Entretanto, em agosto do ano posterior (2013), a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça proferiu decisão no sentido de impossibilidade de suprimento do vício, pela preclusão

¹⁰¹⁷ A expressão foi cunhada por Ticiano Alves e Silva (SILVA, Ticiano Alves e. *Jurisprudência banana boat*. In: *Revista de Processo*, vol. 209, 2012, p. 289 e ss.), com base no exemplo figurativo trazido pelo Min. Humberto Gomes de Barros, no julgamento do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 382.736/SC: “Nós somos os condutores, e eu - Ministro de um Tribunal cujas decisões os próprios Ministros não respeitam - sinto-me, triste. Como contribuinte, que também sou, mergulho em insegurança, como um passageiro daquele vôo trágico em que o piloto que se perdeu no meio da noite em cima da Selva Amazônica: ele virava para a esquerda, dobrava para a direita e os passageiros sem nada saber, até que eles de repente descobriram que estavam perdidos: O avião com o Superior Tribunal de Justiça está extremamente perdido. Agora estamos a rever uma Súmula que fixamos há menos de um trimestre. Agora dizemos que está errada, porque alguém nos deu uma lição dizendo que essa Súmula não devia ter sido feita assim. *Nas praias de Turismo, pelo mundo afora, existe um brinquedo em que uma enorme bóia, cheia de pessoas é arrastada por uma lancha. A função do piloto dessa lancha é fazer derrubar as pessoas montadas no dorso da bóia. Para tanto, a lancha desloca-se em linha reta e, de repente, descreve curvas de quase noventa graus. O jogo só termina, quando todos os passageiros da bóia estão dentro do mar. Pois bem, o STJ parece ter assumido o papel do piloto dessa lancha. Nosso papel tem sido derrubar os jurisdicionados*”. Trecho do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros no AgRg no REsp 382736/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Rel. p/ Acórdão Ministro Francisco Peçanha Martins, Primeira Seção, julgado em 08/10/2003, DJ 25/02/2004, p. 91.

¹⁰¹⁸ O exemplo é retirado de SILVA, Ticiano Alves e. *Jurisprudência banana boat*. In: *Revista de Processo*, vol. 209, 2012, p. 289 e ss., com atualização.

¹⁰¹⁹ Apenas exemplificativamente AgRg no Ag 1344022/MT, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, julgado em 08/11/2011, DJe 02/12/2011; AgRg no Ag 1376232/SP, Relator Ministro Humberto Martins, Superior Tribunal de Justiça, Segunda Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 07/12/2011; AgRg no AREsp 54.810/SP, Relator Ministro Sidnei Beneti, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 01/12/2011; AgRg no AREsp 20.672/SP, Relator Ministro Raul Araújo, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, julgado em 04/10/2011, DJe 17/10/2011; AgRg no AREsp 8.475/MG, Relator Ministro Adilson Vieira Macabu (Desembargador Convocado do TJ/RJ), Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, julgado em 17/11/2011, DJe 16/12/2011; AgRg no Ag 1265858/PR, Relatora Ministra Thereza De Assis Moura, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, julgado em 01/12/2011, DJe 14/12/2011.

¹⁰²⁰ Exemplificativamente AgRg no REsp 1080119/RJ, Relator Ministro Vasco Della Giustina (Desembargador Convocado do TJ/RS), Relator p/ Acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, julgado em 05/06/2012, DJe 29/06/2012; AgRg no AREsp 137.141/SE, Relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, julgado em 19/09/2012, DJe 15/10/2012; EDcl no AgRg no AREsp 63.535/MG, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, julgado em 18/10/2012, DJe 23/10/2012; AgRg no AgRg no AREsp 194.892/RJ, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, julgado em 24/10/2012, DJe 26/10/2012.

consumativa (revigorando o “precedente” há mais de um ano revogado)¹⁰²¹. É curioso verificar que, justamente no mesmo dia, a Terceira Turma do mesmo tribunal julgou três recursos versando sobre matéria idêntica, mantendo a posição então consolidada, no sentido da viabilidade da comprovação posterior¹⁰²². Ou seja, no mesmo dia, em salas vizinhas, julgou-se a mesma questão (aliás, já pacificada), de duas formas diferentes.

O direito brasileiro necessita de instituição de técnicas processuais que conduzam ao respeito aos precedentes, evitando que exemplos como esse (que infelizmente não são raros) ocorram¹⁰²³. Respeitar precedentes significa decidir de modo idêntico questões análogas¹⁰²⁴, cuja interpretação já foi fixada quando do julgamento de casos pretéritos. O legislador tem o dever de instituir técnicas processuais adequadas para o manejo dos precedentes. A jurisprudência contraditória e desordenada, em um mesmo momento histórico, atenta contra a garantia constitucional da igualdade¹⁰²⁵. Tratamento diverso em casos iguais, sem as devidas diferenças relevantes, significa vulnerar frontalmente a igualdade, da mesma forma com que será afrontada no caso de aplicação do precedente sem consideração das diferenças

¹⁰²¹ Agravo Regimental no Recurso Especial. Recurso intempestivo. ECc 45. Extinção do período de férias forenses. Alteração da contagem do prazo em razão da suspensão dos prazos processuais no Tribunal Estadual. Comprovação mediante documento oficial no ato da interposição do recurso. Não ocorrência. 1. Com a edição da Emenda Constitucional 45, de 31 de dezembro de 2004, extinguiu-se o período de férias forenses nos Tribunais locais e atividade jurisdicional passou a ser ininterrupta. 2. A suspensão dos prazos por lei local deve ser demonstrada por meio de documento oficial no ato da interposição do recurso, sob pena de não conhecimento. 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1139132/DF, Relator Ministro Luis Felipe Salomão, Superior Tribunal de Justiça, Quarta Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013).

¹⁰²² AgRg no AREsp 209.496/PA, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 05/09/2013; AgRg no AREsp 136.956/SP, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 05/09/2013; EDcl no AREsp 35.413/ES, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Superior Tribunal de Justiça, Terceira Turma, julgado em 27/08/2013, DJe 03/09/2013;

¹⁰²³ “O que se propõe é uma fórmula que impeça, na medida do possível, que a sorte dos litigantes fique ao sabor das frequentes mudanças das composições dos tribunais e das mudanças de entendimento disso decorrente (o que é muito comum hoje no Brasil, criando-se um verdadeiro pandemônio), que fique ao sabor da simples distribuição do feito a esse ou aquele órgão julgador ou, o que é ainda pior, que fique ao sabor da vaidade ou da teimosia infrutífera do juiz de um caso”. DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 293.

¹⁰²⁴ Ainda que contrário à adoção de precedentes vinculantes, TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 40.

¹⁰²⁵ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Zavalía, 1985, p. 198.

substanciais do caso¹⁰²⁶. Não há como fugir da constatação de que a igualdade é o fundamento natural e dogmático dos precedentes¹⁰²⁷.

O judiciário brasileiro precisa tomar consciência de que seu papel é oferecer igualdade diante das decisões judiciais, uma vez que toda decisão funciona também como fato-institucional que determina condutas humanas, conformando a atividade dos indivíduos à sua orientação¹⁰²⁸. Para que o sistema efetivamente respeite precedentes é necessário, primeiro, que os operadores conheçam as técnicas de manejo desse discurso geral. O processo de identificação e aplicação do precedente passa a ser a regra; a distinção ou a superação, a exceção. O raciocínio que está por detrás do processo de identificação e aplicação do precedente é basicamente o de uma generalização, já que não existem dois casos ou questões *exatamente iguais*¹⁰²⁹: é um problema de relevância, que consiste em saber quais semelhanças e distinções são relevantes¹⁰³⁰. Quando raciocinamos por meio de precedentes, pressupomos que algum evento no futuro vá poder ser identificado como similar para fins de sua aplicação¹⁰³¹. A similitude dos fatos relevantes é sempre e invariavelmente contextual¹⁰³². A estrutura de aplicação não é muito diferente daquela efetivada quando necessário o cotejo entre dois julgados para fins de *uniformização de um dissídio*, com a diferença de que no caso do precedente o que importa é a extração da regra universalizável que, diante dos mesmos fatos essenciais (“similitude fática”), deve ser replicada. São relevantes, assim, as “valorações concretas gerais”, que envolvem similitude fática e jurídica, e que permitem a colocação das especificidades do caso em um contexto generalizável¹⁰³³. A identificação do precedente, dessa forma, nada mais é do que a identificação da *ratio decidendi* (ou das *rationes decidendi*¹⁰³⁴) com vistas à sua aplicação¹⁰³⁵.

¹⁰²⁶ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 135.

¹⁰²⁷ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 131.

¹⁰²⁸ SILVA, Ticiano Alves e. Jurisprudência banana boat. In: *Revista de Processo*, vol. 209, 2012, p. 291.

¹⁰²⁹ SCHAUER, Frederick. Precedent. In: *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, p. 577.

¹⁰³⁰ ROSITO, Francisco. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 273.

¹⁰³¹ SCHAUER, Frederick. Precedent. In: *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, p. 577.

¹⁰³² SCHAUER, Frederick. Precedent. In: *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, p. 578.

¹⁰³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A Semelhança no Dissídio Jurisprudencial. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 135. Para uma abordagem apurada da atividade de identificação do precedente ver MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, pp. 192-210.

¹⁰³⁴ Vide tratamento do tema *supra*.

3.3.2. *Judicial Departures*

A igualdade ou distinção de duas situações sempre o é com relação a determinadas características, dado que a noção de igualdade é relacional e valorativa. Determinado elemento, pertinente com os fins a serem promovidos, deve ser tomado em consideração para fins de comparação. Como foi explicitado *supra*, a igualdade é a *relação entre duas ou mais situações, com base em medida(s) ou critério(s) de comparação, aferido(s) por meio de elemento(s) indicativo(s), que serve(m) de instrumento para a realização de uma determinada finalidade*¹⁰³⁶. No que diz respeito ao raciocínio com o precedente, as situações (objeto de comparação) serão comparadas com base nos fundamentos determinantes¹⁰³⁷ para a resolução da questão jurídica específica e na razão universalizável extraída da decisão. Pode ocorrer, diante desse exame, que as razões relevantes da decisão passada não possam ser aplicadas para o caso em análise. Nesse caso, o operador, após identificar o precedente, deverá dele se afastar. Para tanto, deverá conhecer e utilizar uma das técnicas de *judicial departures*, que servem especificamente para não-aplicação de um precedente pela corte, seja pela distinção dos casos (as características dos casos/questões são distintas), seja pela sua revogação (as características dos casos/questões são as mesmas, mas as circunstâncias externas são diversas).

A distinção opera como uma *judicial departure* na medida em que o precedente não é aplicado ao caso, seja por meio do reconhecimento de uma exceção direta justificada por circunstâncias especiais no caso *sub judice* (há diferenças suficientes para que haja uma diferenciação do tratamento) ou pelo estabelecimento de uma exceção indireta, também denominada de *fact-adjusting*, ocorrendo a

¹⁰³⁵ Contra, entendendo que também é elemento do precedente o obiter dictum, ver SILTALA, Raimo. *A Theory of precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 65: “From an analytical point of view, a precedent comprises two elements: the ratio decidendi and the obiter dicta of a case. Ratio decidendi is equal with the binding element of a previous decision vis-à-vis the subsequent court's legal discretion, extending the normative impact of a earlier case beyond the res judicata or the facts originally ruled upon by the first court. Obiter dicta, by contrast, is the argumentative context of the ratio decidendi. The criteria of distinguishing the ratio from the dicta in a case, and the degree of normative binding force ascribed to the ratio, is the core and essence of the doctrine of stare decisis”.

¹⁰³⁶ ÁVILA, Humberto. *Teoria da Igualdade Tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 42.

¹⁰³⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 192.

reclassificação de determinados fatos antes não compreendidos como importantes, com vistas ao afastamento do precedente judicial (a mudança na compreensão de determinadas características igualmente presentes impõe a diferenciação de tratamento)¹⁰³⁸. No primeiro caso, a exceção pode dar-se mediante *redução teleológica*, pela diminuição do universo de situações compreendidas na sua hipótese, retificando-se o Direito quando este se apresenta injusto por excessivamente geral dadas as especificidades do caso em questão¹⁰³⁹. No segundo caso, a corte lida com fatos que, para o precedente, não eram considerados importantes, mas dadas as circunstâncias sociais do caso em análise, repercutem de modo a distingui-lo¹⁰⁴⁰. Em ambos os casos, também a exceção que deriva do afastamento deve ser universalizável¹⁰⁴¹.

O *overruling* é uma espécie do gênero das denominadas *judicial departures* e significa *afastamento* de uma corte vinculada de uma regra jurisprudencial fixada anteriormente¹⁰⁴² mediante a *superação* do precedente. As cortes inglesas têm como padrão a possibilidade de revogação do precedente desde que a (i) mudança acarrete desenvolvimento do direito; (ii) o caso presente tenha peculiaridade que não foram consideradas quando da fixação da questão e (iii) a superação não imponha restrição à confiança justificada dos cidadãos¹⁰⁴³. A questão do afastamento do precedente judicial deve ser *expressamente tematizada*¹⁰⁴⁴, de modo que a decisão não deixe de levar em conta que o que está fazendo é importante para a ordem jurídica¹⁰⁴⁵. Diferentes

¹⁰³⁸ BUSTAMANTE. Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, pp. 470-471. Nesse sentido: “I think that here we can see two types of technique, the recognition of a direct exception (justified by special circumstances in the earlier case or the present case) and of an indirect exception or circumvention, where the earlier case is held inapplicable as the present is reclassified as something else”. WHITTAKER, Simon. *Precedent in English Law: a view from the citadel*. In HONDIUS, Ewoud (coord.). *Precedent and the law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law. Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007, p. 57

¹⁰³⁹ BUSTAMANTE. Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 474.

¹⁰⁴⁰ EISENBERG, Melvin. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1ª Ed Paperback, 1991, p. 135

¹⁰⁴¹ BUSTAMANTE. Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 478.

¹⁰⁴² BUSTAMANTE. Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 387.

¹⁰⁴³ CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004, p. 163.

¹⁰⁴⁴ BUSTAMANTE. Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012, p. 388.

¹⁰⁴⁵ A *transformation* é a forma pela qual a corte pode superar um precedente sem deixar isso totalmente claro e tematizado: “Both transformation and overruling involve the full overturning of an established doctrine, the distinction between the modes is often formal rather than substantive. In overruling, the

resultados no tempo podem ser consistentes se forem resultado de uma mudança nas proposições sociais aplicáveis. Por isso, determinado *ruling* deve ser superado sempre que deixar de satisfazer substancialmente os padrões de congruência social e consistência sistêmica e os valores protegidos pela doutrina do precedente não estejam sendo promovidos pela manutenção daquela posição¹⁰⁴⁶. Deve ser feita a ressalva, entretanto, de que em todo caso envolvendo abandono de um precedente estabelecido, o interesse na continuidade deve ser contrastado de forma clara às vantagens do desenvolvimento e da inovação¹⁰⁴⁷.

É certo que essa “virada” de entendimento tende a ocorrer mediante a troca de um parâmetro de estabilidade para outro, o que normalmente vai se dar após a reiteração de algumas decisões no sentido da mudança¹⁰⁴⁸. O exemplo utilizado da questão envolvendo a juntada posterior do comprovante de existência de feriado local, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é situação extrema que não pode nem mesmo ser compreendida como uma *superação*. A *revogação* de um precedente pressupõe tomá-lo em consideração para depois *superá-lo*. Uma das formas de lidar com esse inevitável período (mais ou menos longo) de transição entre uma orientação estável e consolidada e outra é a técnica da sinalização. Pode ser necessária, antes da superação, a indicação (“sinalização”) implícita ou explícita de que determinado precedente passa a não ser mais confiável¹⁰⁴⁹, dada a tendência à sua revogação pela perda da sua consistência¹⁰⁵⁰. O mesmo pode ocorrer mediante a prolação de um julgamento-alerta¹⁰⁵¹, por meio do qual o tribunal transfere o risco dos prejuízos pela alteração da estabilidade para o particular ao mediante o anúncio público da possível revisão da jurisprudência consolidada, por meio do qual a corte explicita a sua dúvida

court explicitly announces that a doctrine is being abolished; in transformation, it does not”. EISENBERG, Melvin. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1ª Ed Paperback, 1991, p. 133.

¹⁰⁴⁶ EISENBERG, Melvin. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1ª Ed Paperback, 1991, pp. 104-105.

¹⁰⁴⁷ BODENHEIMER, Edgar. *Jurisprudence. The Philosophy and Method of the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1962, p. 373.

¹⁰⁴⁸ CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*, nº 221, 2013, p. 20.

¹⁰⁴⁹ EISENBERG, Melvin. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1ª Ed Paperback, 1991, p. 122

¹⁰⁵⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 335.

¹⁰⁵¹ Sobre o tema ver CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*, nº 221, 2013, pp. 13-48.

quanto à correção do entendimento vigente¹⁰⁵². Todas essas técnicas têm a finalidade última de promover a segurança jurídica na mudança¹⁰⁵³.

A regra, na tradição de *common law*, quando da superação de um precedente, é a aplicação do novo entendimento a todos os casos (*sub judice* ou não)¹⁰⁵⁴. Ademais, há certos casos em que, mesmo preenchidas as condições para a superação do precedente, o nível de confiança justificada seja tão alto¹⁰⁵⁵ a impor a superação de forma prospectiva (*prospective overruling*) ou modificação não-retroativa do direito¹⁰⁵⁶, problema diverso daquele relativo à modulação dos efeitos¹⁰⁵⁷. Essa aplicação do novo regramento, portanto, pode ocorrer, além da forma clássica (retroativa), de modo prospectivo, em suas espécies clássica (*prospective overruling*), pura (*pure prospective overruling*) ou a termo (*prospective prospective overruling*)¹⁰⁵⁸.

Na aplicação retroativa, o precedente se aplica a todos os casos cujos fatos tiveram lugar antes e aos casos futuros. A aplicação prospectiva, por sua vez, é clássica (*prospective overruling*), quando apesar de não se aplicada para os fatos já ocorridos,

¹⁰⁵² Tudo conforme CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*, nº 221, 2013, pp. 34-35.

¹⁰⁵³ Sobre o tema, ver ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 469-586.

¹⁰⁵⁴ “Em resumo, na Inglaterra, como herança da teoria declarativa do precedente, que defende a preexistência do Direito à decisão judicial, a revogação de um precedente tem, salvo raríssimas exceções, efeitos retroativos. Diferentemente dos Estados Unidos onde, fruto de certo modo do realismo jurídico americano, que defende a criação judicial do Direito, os tribunais desenvolveram outras maneiras de aplicação do precedente revogador, através das quais ele não tem, necessariamente, efeitos retroativos (apesar de eles serem, ainda, a regra)”. DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 157.

¹⁰⁵⁵ EINSEBERG, Melvin. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1ª Ed Paperback, 1991, p. 129. Nesse sentido também MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 267.

¹⁰⁵⁶ “One way to control the retroactive effect of judicial decisions that develop or change the law would be to allow ‘prospective overruling’. This umbrella term includes a number of techniques that may be used either when a previous authority is overruled or, despite the limited nomenclature, when a new rule is created without the need to ‘overrule’ an existing authority. ‘Non-retroactive judicial law making’ would be a more accurate, but more cumbersome expression” JURATOWITCH, Ben. *Retroactive and the Common Law*. Oxford: Hart Publishing, 2008, p. 199. Sobre esse problema ver também MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, pp. 123 e ss.

¹⁰⁵⁷ Como bem observa Daniel Mitidiero, a problemática envolvendo o art. 27 da Lei 9.868/99 obedece a pressupostos diversos, uma vez que diz respeito ao problema do adimplemento do dever legislativo de proteção aos direitos fundamentais e da existência de “vácuos normativos” ou da “restauração do estado de constitucionalidade”. MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013. Sobre o tema ver também ÁVILA, Humberto. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 505-525.

¹⁰⁵⁸ A classificação é de DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 159.

aplica-se ao caso. Isso ocorre quando o precedente goza de credibilidade perante a sociedade (funcionando como parâmetro para o planejamento de estratégias e definição de condutas)¹⁰⁵⁹. Há situações, no entanto, em que será irracional aplicar a modificação para o caso *sub judice*. É o que ocorre no *pure prospective overruling*. Nesses casos, o novo regramento é aplicado tão somente aos fatos futuros (excluindo-se o caso *sub judice*¹⁰⁶⁰). Por fim, a superação pode ser aplicável de forma postergada, para um momento futuro¹⁰⁶¹: nesse caso fala-se em *prospective prospective overruling*¹⁰⁶².

Como se vê, existem múltiplas formas de garantir o desenvolvimento do direito em um sistema que leve a sério o respeito aos precedentes. Precedente, portanto, não é sinônimo de rigidez¹⁰⁶³. Deixar de lado todo esse arcabouço teórico e ferramental apenas por apego à tradição *continental* ou pela crença na suficiência das soluções de direito positivo para o problema da *igualdade perante o direito*, significa dar proteção insuficiente ao direito à igualdade perante o direito. Essa é fruto do dever do estado de conferir idêntica solução a todos os que ostentam uma mesma situação jurídica.

3.4. Conclusões Parciais

As cortes de vértice têm a competência de, racional e logicamente, delinear os sentidos atribuíveis aos textos normativos, reconstruindo o direito¹⁰⁶⁴. Daí porque somente haverá a plena asseguaração da igualdade *pelo* processo quando puderem ser conjugados os seus três modos de estruturação possíveis.

A igualdade *pelo* tratamento coletivo de interesses individuais (seja por meio de ações coletivas, seja por meio da coletivização de casos ou questões) é uma alternativa útil e viável, mas incompleta. Seu primeiro defeito concerne à sua vinculação invencível ao instituto da coisa julgada (já que trabalha na perspectiva *subjetiva* e

¹⁰⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 267, p. 268.

¹⁰⁶⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 422.

¹⁰⁶¹ DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 162.

¹⁰⁶² MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010, p. 422.

¹⁰⁶³ “Now the truth is this: only in times of stagnation or decay does an appellate system even faintly resemble such a picture of detailed dictation by the precedents”. LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*. Boston: Little Brown and Co, 1960, p. 62.

¹⁰⁶⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013, p. 267, p. 165.

particular – o discurso do caso). Além disso, e em decorrência, acaba sendo restrita aos casos em que a mesma questão jurídica está sendo objeto de discussão de forma contemporânea. De outro lado, a igualdade *pela* uniformização das decisões aplica-se em uma gama mais ampla de situações, além de funcionar na perspectiva *objetiva e geral* da tutela dos direitos por pressupor a decisão judicial como um *instrumento de um discurso voltado à ordem jurídica e à sociedade em geral*. Ocorre que sua lógica é eminentemente construída pelo direito positivo, atendendo a requisitos de ordem processual que muitas vezes impedem a fixação de orientação a respeito de determinadas questões. Apesar de constituir inegável avanço no sentido de uma maior igualdade *perante o direito*, a dupla atividade de *fixação e compatibilização ou obstaculização* igualmente permite que casos merecedores de tratamento idêntico recebam diferentes julgamentos.

Não basta tratar de forma igualitária tão somente pela coletivização, assim como não é suficiente a simples *uniformização*, naqueles casos previstos pela lei processual. A essas se deve agregar o respeito ao precedente, como exigência que deriva da própria atividade judicial, sem o qual “o processo civil continuará sendo um jogo perversamente escravizado pela aleatoriedade de seus resultados”¹⁰⁶⁵. A igualdade *pelo* processo, portanto, tem um perfil estrutural múltiplo, assumindo diversas formas. Seu âmbito de proteção manifesta-se na estruturação de inúmeras técnicas processuais e seu escopo é o de conferir *congruência, aceitação e unidade* ao direito¹⁰⁶⁶. O terceiro aspecto relativo à estrutura da igualdade nas suas relações com o processo civil é pressuposto necessário (mas não único) de um sistema que pretenda fornecer um tratamento efetivamente igualitário a todos os cidadãos.

¹⁰⁶⁵ MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013, p. 130.

¹⁰⁶⁶ RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, p. 1897.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho procurou estabelecer bases sólidas para a compreensão das relações entre igualdade e processo civil, sendo possível, com base na pesquisa efetuada, apresentar as seguintes conclusões:

No que diz respeito ao seu perfil funcional, a noção de igualdade, em perspectiva *macroscópica* e *geral*, em uma primeira fase evolutiva, consistia em uma garantia de *igualdade perante a lei*, de caráter *estático*, que impunha a *aplicação indistinta das normas*, compreendidas como objeto da interpretação, e o *respeito à legalidade* para a realização de uma pretensa uniformidade de tratamento, voltada prioritariamente ao aplicador, na medida em que obrigava-o tão somente a aplicar o direito sem efetivar distinções quanto aos seus destinatários. Essa noção tinha como pressuposto teórico uma concepção *formalista* da interpretação jurídica, confiando, assim, na *univocidade da lei* como garante exclusivo da segurança jurídica.

Em um segundo momento, à igualdade agregou-se a noção de *igualdade na lei*, de caráter *dinâmico*, que impunha a uniformidade no conteúdo das previsões legais, voltada prioritariamente ao legislador, na medida em que a esse se vedou a instituição de distinções ilegítimas (permitindo-as apenas quando presente justificativa constitucionalmente relevante), respeitada, assim, uma exigência de legalidade isonômica (*igualdade jurídica; igualdade como fim*). De outro lado, passou-se a reconhecer que inúmeras situações de desigualdade legitimam a *aplicação* e/ou *criação* de leis que no seu *conteúdo* tratem desigualmente os desiguais, na medida em que reconhecida que uma das funções do direito é *atenuar*, na medida do possível, as *desigualdades* (*igualdade de fato; igualdade como meio*), outorgando aos cidadãos igualdade de oportunidades (ou de *capacidades* que permitam o desempenho de certas *funcionalidades*). De uma igualdade perante a lei (*na aplicação da lei*) migrou-se para uma igualdade também na lei (*na formulação da lei*).

Em um terceiro momento, entretanto, passa-se a reconhecer a necessidade de promoção de *igualdade perante o direito*, também esta de caráter *dinâmico*, que impõe a *interpretação uniforme das disposições textuais*, compreendidas as normas como resultado da interpretação, e o *respeito ao precedente* para a realização da

verdadeira uniformidade de tratamento, voltada prioritariamente ao aplicador (mas também ao legislador que deve prever técnicas que permitam a sua consecução), na medida em que o obriga a *tratar igualmente as situações assim merecedoras*, quando presentes os mesmos pressupostos de fato. Essa noção, que assume a *insuficiência da concepção formalista*, tem como pressuposto teórico uma concepção *lógico-argumentativa* da interpretação jurídica, confiando na *consistência das decisões judiciais* como veículo não-exclusivo, mas necessário, da segurança jurídica.

O desenvolvimento da noção de igualdade, em perspectiva *microscópica*, especificamente quanto ao processo civil, reflete muitas características relativas à evolução da noção em perspectiva *macroscópica*. Em um primeiro momento, compreendida a partir dos pressupostos teóricos da noção de *igualdade perante a lei*, a igualdade processual significava a exigência de *paridade de armas*, de caráter estático, relacionada à noção de *contraditório como bilateralidade de instância*, impondo a um *juiz passivo* que deixava o controle da *arena processual* às partes a *aplicação indistinta e geral das normas processuais* e o *respeito à legalidade processual* para a *garantia de identidade de tratamento* das partes. Em um segundo momento, compreendido a partir dos pressupostos teóricos da noção de *igualdade na lei*, a igualdade processual passa a significar também *equilíbrio processual*, de caráter dinâmico, relacionado à noção de *contraditório como potencialidade de influência*, impondo a um *juiz ativo* que colabora com os demais sujeitos processuais no *ambiente de participação* que é o processo, a *neutralização de desigualdades* que possam afetar o efetivo desempenho de todas as capacidades processuais na *promoção de uma real equivalência de oportunidades* a todos os sujeitos processuais de condicionar argumentativamente o exercício do poder estatal. À *igualdade ou paridade de armas* soma-se a proibição de distinções arbitrárias e a promoção justificada do equilíbrio *no conteúdo e na aplicação da lei processual*. Esse o perfil conceitual da igualdade.

No seu aspecto funcional, *o direito fundamental à isonomia está a serviço da tutela dos direitos* e tem íntima relação com ambas as suas perspectivas, direções e seus correlatos discursos. De um lado, conceituada em perspectiva *macro*, a igualdade (compreendida pontualmente como *igualdade perante o direito*) relaciona-se à perspectiva *objetiva e geral* da tutela dos direitos, visto que, em primeiro lugar, funciona como um dos próprios *fins* do processo, na medida em que só haverá *tutela*

dos direitos em perspectiva geral se *o processo, na perspectiva do seu resultado, tratar uniformemente os cidadãos*. Em segundo plano, a igualdade perante o direito *serve à* promoção da segurança jurídica, permitindo que os cidadãos possam calcular as conseqüências jurídicas de seus atos e confiar na replicabilidade futura dessas soluções. De outro lado, conceituada em perspectiva *micro*, a igualdade (compreendida como *equilíbrio processual*) relaciona-se à perspectiva *subjetiva e particular* da tutela dos direitos, visto que *serve à* promoção de um ambiente propício ao condicionamento argumentativo, pelos sujeitos processuais, do exercício de poder estatal, consubstanciado na prolação de uma *decisão justa*. Dessa forma, o *equilíbrio processual* serve à *outorga de plenas oportunidades de exercício do contraditório e, assim, de participação*, o que, por sua vez, permite influência e controle das escolhas normativas e fáticas efetivadas pelo órgão julgador e, enfim, as condições de legitimação necessárias para prolação de uma *decisão justa*.

Por sua vez, no que diz respeito ao seu perfil estrutural, a igualdade pode ser compreendida sob três diferentes perspectivas: igualdade *ao* processo, igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo.

Na primeira perspectiva, a estrutura da igualdade é compreendida como equilíbrio no acesso *ao* processo. No que diz respeito à estrutura do processo civil individual, foram enfrentados problemas relativos à acessibilidade econômica, propondo-se algumas estratégias possíveis de conciliação da exigência de diminuição dos obstáculos financeiros que são típicos do processo judicial com a exigência de *necessidade* para a concessão de benefícios relativos à assistência jurídica integral. Especificamente, abordou-se a possibilidade de limitação do benefício da gratuidade a apenas algumas despesas, a alternativa de diferimento do pagamento de determinadas despesas, a premência da criação de mecanismos de desconto das despesas de forma proporcional à necessidade, a exigência de um controle mais rígido da manutenção do benefício ao longo e depois de terminado o processo e a possibilidade de facilitação do acesso à justiça mediante financiamento de litígios processuais (*third-party litigation funding*). Foram propostas alternativas também quanto ao problema de acessibilidade técnica no processo, sugerindo-se o incremento do papel do juiz como filtro de *desequilíbrio* nos casos em que é facultada a litigância independentemente da participação de advogado e, como forma de melhorar o acesso à justiça para as pessoas

jurídicas necessitadas, propôs-se o encorajamento da criação de assistências jurídicas empresariais ligadas às universidades e abordou-se o tema da advocacia *pro bono*. Por fim, quanto à necessidade de acessibilidade geográfica, foram enfrentadas as estratégias crescentes de permissão da apresentação das defesas pelo réu no foro do seu domicílio, abordando-se também a possibilidade de conhecimento de ofício da nulidade de cláusula de foro que dificulte o acesso à justiça, os benefícios dos sistemas de protocolo integrado e do incremento da utilização de processos eletrônicos.

Além disso, o acesso à justiça também pode ser incrementado por meio da coletivização do enfrentamento de determinadas situações. Há situações específicas em que a coletivização do tratamento é preferível ao seu tratamento individual, justamente para que possa se efetivar um acesso à justiça mais equilibrado. Especificamente, abordou-se o problema do desequilíbrio processual relativo à atividade de litigantes habituais em contraste aos litigantes esporádicos e propugnou-se a resolução dessas causas de forma coletiva, funcionando a noção de representatividade adequada como meio de nivelamento de posições, redimensionando-se a correlação de forças entre os litigantes. Além disso, apresentou-se proposta no sentido de incremento da utilização do processo coletivo como forma de tutelar situações envolvendo danos de pequena monta, uma vez que sem o tratamento conjunto dificilmente tais causas tivessem oportunidade de serem apreciadas pelo poder judiciário, dada a falta de incentivos para tanto.

A noção de acesso à justiça constitui uma exigência de que o sistema de justiça seja disponível a todos, de forma igual. O processo judicial tem de permitir um acesso real, efetivo, compreensivo e livre de impedimentos para todo o indivíduo que dele necessitar. Inúmeras são as implicações possíveis a respeito da exigência de igualdade no acesso aos tribunais e o presente trabalho não tem a pretensão de tê-las esgotado. Ao contrário, buscou-se apenas demonstrar um pouco da contribuição que a igualdade (*conceituada como equilíbrio processual e com sua função de permitir a participação de todos os sujeitos no processo judicial*) potencialmente pode trazer com vistas à estruturação de um processo cujo acesso seja garantido a todos. Trata-se do primeiro passo para a compreensão da *estrutura* da igualdade nas suas relações com o processo civil.

Na segunda perspectiva, a estrutura da igualdade é compreendida como equilíbrio *durante a tramitação* do processo. Inúmeras formas de estruturação do processo dão conta de problemas relativos à igualdade. Especificamente quanto à igualdade *no* processo, essas questões aparecem de forma nítida na diferenciação feita para determinados sujeitos processuais (especialmente a fazenda pública) e na distinção efetiva *in abstracto* pelo legislador na previsão de certas técnicas processuais. Nesse segundo aspecto, a estrutura do processo enfrenta problemas de igualdade na estruturação do ônus do tempo e no tratamento dado a autor e réu de forma abstrata no que tange às tutelas sumárias, na adaptação dos ritos processuais à situação concreta (e aí a importância do *case management judicial*) e no direito probatório. As relações entre igualdade e processo, compreendidas como *igualdade no processo*, estruturam-se de forma múltipla. Seu âmbito de proteção manifesta-se na estruturação das posições jurídicas de cada uma das partes e em inúmeras técnicas processuais. Seu escopo é igualmente o de permitir, de um lado, uma equilibrada litigância e, de outro, um resultado justo e aceitável. Trata-se do segundo passo para a compreensão da igualdade como norma que determina a estrutura do processo civil.

Por fim, em seu terceiro aspecto, a igualdade pode ser compreendida como igualdade *pelo resultado* do processo. Três são as formas pelas quais ela pode ser assegurada.

A igualdade *pelo* tratamento coletivo de interesses individuais (seja por meio de ações coletivas, seja por meio da coletivização de casos ou questões) é uma alternativa útil e viável, mas incompleta. Seu primeiro defeito concerne à sua vinculação invencível ao instituto da coisa julgada (já que trabalha na perspectiva *subjetiva e particular* – o discurso do caso). Além disso, e em decorrência, acaba sendo restrita aos casos em que a mesma questão jurídica está sendo objeto de discussão de forma contemporânea. De outro lado, a igualdade *pela* uniformização das decisões aplica-se em uma gama mais ampla de situações, além de funcionar na perspectiva *objetiva e geral* da tutela dos direitos por pressupor a decisão judicial como um *instrumento de um discurso voltado à ordem jurídica e à sociedade em geral*. Ocorre que sua lógica é eminentemente construída pelo direito positivo, atendendo a requisitos de ordem processual muitas vezes que muitas vezes impedem a fixação de orientação a respeito de determinadas questões. Apesar de constituir inegável avanço no sentido de uma

maior igualdade *perante o direito*, a dupla atividade de *fixação e compatibilização ou obstaculização* igualmente permite que casos merecedores de tratamento idêntico recebam diferentes julgamentos. Daí porque não basta tratar de forma igualitária tão somente pela coletivização, assim como não é suficiente a simples *uniformização*, naqueles casos previstos pela lei processual. A essas se deve agregar o respeito ao precedente, como exigência que deriva da própria atividade judicial, sem o qual não haverá a asseguuração real e efetiva da igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. *Da tramitação processual prioritária. Lei nº 12.008/09*. São Paulo: Atlas, 2012.

ABREU, Rafael Sirangelo Belmonte de. A responsabilidade pela fruição da tutela antecipada cassada. In: MITIDERO, Daniel (coord.). *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 321-406.

ADAMS, Maurice. Precedent versus Gravitational Force of Court Decisions in Belgium: between theory, law and facts. In HONDIUS, Ewoud (coord.). *Precedent and the law. Reports to the XVIIth Congress International Academy of Comparative Law. Utrecht, 16-22 July 2006*. Bruxelas: Bruylant, 2007, pp. 149-175.

ALBUQUERQUE, Martim de. *Da Igualdade. Introdução à Jurisprudência*. Coimbra: Almedina, 1993.

ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y Autoritarismo en el proceso. In: *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*. Tomo II. México: UNAM, 1974, pp. 245-289.

ALEXANDER, Larry. Constrained by precedent. In: *Southern California Law Review*, vol. 63, nº 1, 1989-1990, pp. 3-62.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

_____; PECZENIK, Aleksander. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. In: *Ratio Juris*, v. 3, nº 1, 1990, pp. 130-147.

ALGERO, Mary Garvey. The Sources of Law and the Value of Precedent: A Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation. In: *Louisiana Law Review*, vol. 65, nº 2, 2005, pp. 776-815.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 227-241.

_____. A Semelhança no Dissídio Jurisprudencial. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado (coord.). *Meios de Impugnação ao Julgado Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. Xx-xx.

_____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O Processo Civil na Perspectiva dos Direitos Fundamentais. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 260-298.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *GENESIS - Revista de Direito Processual Civil*, nº 27, 2003, pp. 22-51.

_____. *Teoria e Prática da Tutela Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista de Processo*, nº 71. São Paulo: RT, 1993, pp. 31-38;

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ALVES, Maristela da Silva. Princípio da isonomia constitucional. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (coord). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, pp. 135-149.

ALVIM, Teresa Celina Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. In: *Revista do Advogado*, nº 92, 2007, pp. 7-22.

AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 2º volume. 23ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

AMARAL, Guilherme Rizzo. Efetividade, segurança, massificação e a proposta de um 'incidente de coletivização'. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto (coord.), *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 237-260.

ANDERLINI, Luca; FELLI, Leonardo; RIBONI, Alessandro. Why Stare Decisis? In: *Discussion Papers from C.E.P.R.*, 8266, Nov. 2011, pp. 01-35

ANDREWS, Neil. *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System*. Oxford: Oxford Press, 2003.

_____. Fundamental Principles of Civil Procedure: Order out of chaos. In: KRAMER, X. E.; Van RHEE, C.H. (org.). *Civil Litigation in a Globalising World*. Hague: Springer, 2012, pp. 19-38.

_____. Multi-party proceedings in England. Representative and Group Actions. In: *Duke Journal of Comparative and International Law*, vol. 11, 2001, pp. 249-267.

_____. *The Modern Civil Process*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.

_____. The New English Civil Procedure Rules (1998). In: VAN RHEE, C. H. (coord.). *European Traditions in Civil Procedure*. Antwerp: Intersentia, 2005, pp. 161-181.

ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. II. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1974.

ARENHART, Sérgio Cruz. *A tutela coletiva de interesses individuais. Para além da proteção dos interesses individuais homogêneos*. São Paulo: RT, 2013.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2009.

AUSTIN, John. *Lectures on jurisprudence; or The Philosophy of Positive Law*. Londres: R. Campbell, 1879.

ÁVILA, Humberto. Função da Ciência do Direito Tributário: do Formalismo Epistemológico ao Estruturalismo Argumentativo. In: *Revista Direito Tributário Atual*. nº 29. São Paulo: Dialética, 2013, pp. 181-204.

_____. O que é devido processo legal. In: *Revista de Processo*, v. 163, São Paulo: RT, 2008, pp. 50-59.

_____. Repensando o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”. In: *Revista Trimestral de Direito Público*. Vol. 24, 1998, pp. 159-180

_____. *Segurança Jurídica. Entre permanência, mudança e realização no Direito Tributário*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

_____. *Teoria da igualdade tributária*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

AZEM, Guilherme Beaux Nassif. *Repercussão geral da questão constitucional no recurso extraordinário*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009.

BAILEY, S.H.; CHING, J. P. L.; TAYLOR, N. W. *The Modern English Legal System*. 5ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2007.

BALEKJIAN, Wahé H. Ratio or axio decidendi. In: *Reason in Law. Proceedings of the Conference held in Bologna, 12-15 December 1984*, V. III. Milano: Giuffrè, 1988, pp. 205-212.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª Ed. 21ª tir. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MARSHALL, Geoffrey. Precedent in the United Kingdom. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 315-354.

_____; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso. Rationales for precedent. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 481-502.

BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. A ‘plenitude de defesa’ no processo civil. In: *Da sentença liminar à nulidade da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pp. 107-128.

_____. Antecipação da tutela e responsabilidade objetiva. In: *Revista AJURIS*, nº 72, março de 1998, Porto Alegre: AJURIS, 1998, pp. 58–78.

_____. *Curso de Processo Civil*. Vol. I. 7ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

_____. *Do Processo Cautelar*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

_____. *Processo e Ideologia*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A revolução processual inglesa. In: *Temas de direito processual. Nona série*. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 69-85.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. V. 14ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. Dimensiones sociales del proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 23-33.

_____. Em defesa da revisão obrigatória das sentenças contrárias à fazenda pública. In: *Temas de Direito Processual. Nona série*. São Paulo: RT, 2007, pp. 199-210.

_____. La igualdad de las partes en el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 67-81.

_____. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*, v. 6, n. 3, 1992, pp. 197-211.

_____. O problema da “divisão de trabalho” entre juiz e partes: aspectos terminológicos. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 35-44.

_____. Os poderes do juiz na direção e na instrução do processo. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 45-51.

_____. Sobre a multiplicidade de perspectivas no estudo do processo. In: *Temas de Direito Processual. Quarta Série*. São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 11-22.

BARBOSA, Rui. *Oração aos moços*. São Paulo: Martins Claret, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. A igualdade perante a lei: algumas reflexões. In: *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*, n. 38, 1986, p. 64-80.

BAUR, Fritz. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en République Fédérale d’Allemagne. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (coord.). *Fundamental Guarantees of The Parties in Civil Litigation*. Milão: Giuffrè, 1973, pp. 01-30.

BAYLES, Michael. On Legal Reform: Legal Stability and Legislative Questions. In: ROBISON, Wade (coord.). *The Legal Essays of Michael Bayles*. Hague: Kluwer Law International, 2002, pp. 41-63.

_____. Principles for Legal Procedure. In: ROBISON, Wade (coord.). *The Legal Essays of Michael Bayles*. Hague: Kluwer Law International, 2002, pp. 191-210.

_____. *Principles of Law. A normative analysis*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1987.

_____. *Procedural Justice. Allocating to individuals*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1990.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e Processo*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Poderes instrutórios do juiz*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2001.

BOBBIO, Noberto. *Eguaglianza e libertà*. Torino: Einaudi, 1995.

_____. La certezza del diritto è un mito. In: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*. Anno XXVIII, Serie III, 1951, pp. 146-152.

BODENHEIMER, Edgar. Jurisprudence. *The Philosophy and Method of the Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1962.

BORGES, José Souto Maior. *O Contraditório no Processo Judicial*. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2013

_____. Princípio da Isonomia e sua significação na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Público*, n. 93. São Paulo: RT, 1990, pp. 34-40.

BORJA, Ana Gerda de. IX Conferência de Arbitragem Internacional do Rio de Janeiro. In: *Revista de Arbitragem e Mediação*, vol. 38, 2013, pp. 491-492.

BOTTINI, Pierpaolo Mecanismos de uniformização jurisprudencial e a aplicação da súmula vinculante. In: *Revista dos Tribunais*, v. 865, 2007, pp. 20-35.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold. *Stare Indecisis. The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

BROWNE, Kevin; O'HARE, John. *Civil Litigation*. 10ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil. Procedimento Comum: ordinário e sumário*. Vol. 2, Tomo I. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BÜLOW, Oskar. *La Teoría de las Excepciones Procesales y los Presupuestos Procesales*. Trad. Miguel Angel Rosa Lichtschein. Buenos Aires: EJEA, 1964.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do Precedente Judicial: a justificação e a aplicação de regras jurisprudenciais*. São Paulo: Noeses, 2012.

BUZAID, Alfredo. Uniformização da jurisprudência. In: *Revista da Ajuris*, v. 34, 1985, pp.189-217.

CABALLERO, Alexandre Augusto da Silva. Da relação entre o princípio da isonomia e o contraditório no processo civil. In: *Revista de Processo*, vol. 52, 1988, pp. 225-228.

CABRAL, Antonio do Passo. A técnica do julgamento-alerta na mudança de jurisprudência consolidada. In: *Revista de Processo*, nº 221, 2013, pp. 13-48.

_____. *Coisa Julgada e Preclusões Dinâmicas. Entre continuidade, mudança e transição de posições processuais estáveis*. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Despolarização do processo e 'zonas de interesse' sobre a migração entre polos da demanda. In: *Revista da SJRJ*, nº 26. Rio de Janeiro, 2009, pp. 19-55.

_____. Il principio del contraddittorio come diritto d'influenza e dovere di dibattito. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LX, nº 2, 2005, pp. 449-464.

_____. Imparcialidade e Impartialidade: por uma teoria sobre repartição e incompatibilidade de funções nos processos civil e penal. In: *Revista de Processo*, vol. 149, 2007, pp. 339-364.

_____. *Nulidades no Processo Moderno. Contraditório, Proteção da Confiança e Validade Prima Facie dos Atos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O contraditório como dever e a boa-fé processual objetiva. In: *Revista de Processo*, vol. 126, 2005, pp. 59-81.

_____. O novo procedimento-modelo (Musterverfahren) alemão: uma alternativa às ações coletivas. In: *Revista de Processo*, vol. 147, 2007, pp. 123-146.

CADIET, Löic (et al). *Théorie generale du proces*. Paris: Puf, 2010.

CALAMANDREI, Piero. Il processo come giuoco. In: CAPPELLETTI, Mauro (coord). *Opere Giuridiche. Volume Primo*. Napoli: Morano Editore, 1965, pp. 537-562.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, Poder, Justiça e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 78.

CAMPOS, Francisco. Igualdade de todos perante a lei. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 10, 1947, pp. 336-417.

CANARIS, Claus-Wilhem. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito*. 3ª Ed. Trad. Trad. Antonio Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª Ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CAPPELLETTI, Mauro (ed.) *Access to Justice*. Milano/Alphen aan den Rijn: Giuffrè/Sijthoff, 1978-1979.

_____. (ed.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff, 1981.

_____. Appunti sulla tutela giurisdizionale di interessi collettivi o diffusi. In: *Le azioni a tutela di interessi collettivi: Atti del convegno*. Padova: CEDAM, 1976, pp. 191-221.

_____. Ideologie nel diritto processuale. In: *Processo e Ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, pp. 03-34.

_____. *La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità: contributo alla teoria della utilizzazione probatoria del sapere delle parti nel processo civile*. V. I. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato. In: *Processo e Ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969, pp. 169-252.

_____. *Procédure Orale et Procédure Écrite*. Milano: Giuffrè, 1971.

_____. *Processo e Ideologie*. Bologna: Il Mulino, 1969

_____; GARTH, Bryan. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFe, 1988.

_____; GARTH, Bryant. *Access to Justice: A World Survey*. V. 1, T. I. Milano/Alphen aan den Rijn: Giuffrè/Sijthoff, 1978.

_____; GORDLEY, James; JOHNSON JR., Earl. *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*. Milano/Nova York: Giuffrè/Oceana, 1975.

_____; TALLON, Denis (coord.). *Fundamental Guarantees of The Parties in Civil Litigation*. Milão: Giuffrè, 1973.

CARETTI, Paolo. Uguaglianza e Diritto Comunitario. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell'Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 209-222.

CARNEIRO, Paulo César Pinheiro. *Acesso à justiça*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano Editore, 1958.

_____. *Sistema del Diritto Processuale Civile*. Vol. I. Padova: CEDAM, 1936.

CAROZZA, Paolo; PICKER, Colin; GLENDON, Mary Ann. *Comparative Legal Traditions. Text, materials and cases on Western Law*. 3ª Ed. St. Paul: Thomson West, 2007.

CARPES, Artur. *Ônus Dinâmico da Prova*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como Tribunal de 'revista'. In: *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Vol. I, pp. 483-530.

_____. *O instituto dos 'assentos' e a função jurídica dos Supremos Tribunais*. Coimbra: Coimbra, 1983.

CERQUEIRA, Marcelo Malheiros. O controle judicial da atuação adequada no processo coletivo e a desnecessária extensão da coisa julgada secundum eventum litis. In: *Revista Brasileira de Direito Processual*, nº 66, 2009, pp. 21-46.

CERRI, Augusto. *L'eguaglianza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale. Esame analitico ed ipotesi ricostruttive*. Milano: Giuffrè, 1976.

CHARVET, John. The Idea of equality as a substantive principle of society. In: *Political Studies*. Volume 17, Issue 1, March, 1969, pp. 1-13.

CHAYES, Abram. The role of the judge in Public Law litigation. In: *Harvard Law Review*. Vol. 89, 1976, pp 1281-1316.

CHEMERINSKY, Erwin. *Constitutional Law. Principles and Policies*. 3ª Ed. New York: Aspen, 2006.

CHIASSONI Pierluigi. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

_____. Il precedente giudiziale: tre esercizi di disincanto. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo (ed.). *Analisi e diritto*, 2004. Torino: Giappichelli, 2005, pp. 75-101.

_____. *L'Indirizzo Analitico nella Filosofia del Diritto. Da Bentham a Kelsen*. Torino: Giappichelli, 2009.

_____. *Tecnica dell'interpretazione giuridica*. Bologna: Il Mulino, 2007.

CHING, J. P. L.; TAYLOR, N. W.; SMITH, S. H.. *The Modern English Legal System*. 7ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. I.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª Ed. Trad. da 2ª Ed. Italiana por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1969, vol. II.

_____. Romanesimo e Germanesimo nel Processo Civile. In: *Saggi di Diritto Processuale Civile*, v. I. Roma: “Foro Italiano”, 1930, pp. 181-224.

CIANCI, Mirna; QUARTIERI, Rita. A representatividade adequada/pertinência temática no Direito Processual Coletivo – Análise sistemática. In: DIDIER JR. Fredie (coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 2ª Série. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 533-546.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 19, 1981, pp. 39-44.

_____; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COHEN-KOPLIN, Klaus. Origen y fundamentación iusfilosofica del ‘principio de la adaptabilidad del procedimiento judicial’. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 262-272.

COLE, Charles. Stare decisis na cultura jurídica dos Estados Unidos. O sistema de precedente vinculante do *common law*. In: *Revista do Tribunais*, vol. 752, 1998, pp. 11-21.

COMOGLIO, Luigi Paolo. “Garanzie Costituzionali” e “giusto processo” (modelli a confronto). In: *Revista de Processo*, vol. 90, 1998, pp. 91-150.

_____. *Etica e Tecnica del “Giusto processo”*. Torino: Giappichelli, 2004.

_____. Il “Giusto processo” civile nella dimensione comparatistica. In: *Atti del Convegno: Il Giusto Processo*. Roma, ANDL: 2003, pp. 213-264.

_____. *La garanzia costituzionale dell’azione ed il processo civile*. Padova: CEDAM, 1970.

_____. Tutela Differenziata e Pari Effettività nella Giustizia Civile. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell’Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, p. 223-252.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisões sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. In: *Revista dos Tribunais*, vol. 750, 1998, pp. 11-19.

COOTER, Robert; KORNHAUSER, Lewis. Can Litigation Improve the Law without the help of judges. In: *The University of Chicago Journal of Legal Studies*, 1, 1980, pp. 139-163.

_____; RUBINFELD, Daniel. Economic analysis of legal disputes and their resolution. In: *Journal of Economic Literature*, 27, 1989, pp. 1067-1097.

_____; ULEN, Thomas. *Direito & Economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto. Alegre: Bookman, 2010.

CÔRTEZ, Osmar Mendes Paixão. *Súmula vinculante e segurança jurídica*. São Paulo: RT, 2008.

COSTA, Susana Henriques. O controle judicial da representatividade adequada: uma análise dos sistemas norte-americano e brasileiro. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 953-978.

COUTURE, Eduardo Juan. Las garantías constitucionales del proceso civil. In: *Estudios de derecho processal civil*. Buenos Aires: Ediar Editores, 1948, tomo I, pp. 19-95.

CRANSTON, Ross. *How Law Works: The Machinery and Impact of Civil Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

CROSS, Geoffrey; RADCLIFFE, Geoffrey. *The English Legal System*. 6ª ed. Londres: Butterworths, 1977.

CROSS, Rupert; HARRIS, J. W. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004.

CRUZ E TUCCI, José Roberto. *Limites subjetivos da eficácia da sentença e da coisa julgada civil*. São Paulo: RT, 2006.

_____. *Precedente Judicial como Fonte do Direito*. São Paulo: RT, 2004.

_____. *Tempo e Processo*. São Paulo: RT, 1997.

_____; TUCCI, Rogério Lauria. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 11ª Ed. São Paulo: Dialética, 2013.

CURCIO, Carlo. Eguaglianza. a) Dottrine Generali. In: *Enciclopedia del Diritto*. XIV. Dote-Ente. Milano: Giuffrè, 1965, pp. 510-519.

DA MATTA, Roberto. *Carnavais, Malandros e Heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. Rio de Janeiro: Zahar, 1988.

DALL'AGNOL JR., Antonio Janyr. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v. 2. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

DAMASKA, Mirjan. *The faces of justice and the state authority*. New Haven: Yale University Press, 1986.

DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e due process of Law. In: *Revista Forense*. nº 116. Rio de Janeiro: Forense, pp. 357-367.

DANTAS, Marcelo Navarro. *Reclamação constitucional no direito brasileiro*. Porto Alegre: SAFe, 2000.

DE MORPURGO, Marco. A Comparative Legal and Economic Approach to Third-party Litigation Funding. In: *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, Vol. 19, 2011, pp. 343-412.

DE VITA, Álvaro. *O Liberalismo Igualitário*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

DENTI, Vittorio. Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazione. In: *Un progetto per la giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1982, pp. 97-116.

_____. Il ruolo del giudice nel processo civile tra vecchio e nuovo garantismo. In: *Sistema e Riforme. Studi sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, pp. 173-190.

_____. L'idea di codice e la riforma del processo civile. In: *Sistema e Riforme. Studi sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 1999, pp. 249-268.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Zavalia, 1985.

DIAS DE SOUZA, Marcelo Alves. *Do Precedente Judicial à Súmula Vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

DICIOTTI, Enrico. *Verità e Certezza nell'Interpretazione della Legge*. Torino: Giappichelli, 1999.

DIDIER JR. Fredie. Teoria do processo e Teoria do Direito: o neoprocessualismo. In: TELLINI, Denise Estrela *et ali* (org.). *Tempestividade e Efetividade Processual: novos rumos do processo civil brasileiro*. Estudo em

Homenagem à Professora Elaine Harzheim Macedo. Caxias do Sul: Plenum, 2010, pp. 195-202.

_____. *Curso de Processo Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. V. I. 12ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

_____; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo*. V. 4. 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

_____. Cláusulas Gerais Processuais. In: *Revista de Processo*, nº 187, 2010, pp. 69-83.

_____; OLIVEIRA, Rafael. *Benefício da Justiça Gratuita*. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

_____. *Fundamentos do princípio da cooperação no direito processual civil português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. São Paulo: Malheiros, 1987.

_____. *Instituições de Direito Processual Civil*. V. I. 4ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O princípio do contraditório. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 19, 1982, pp. 21-38.

_____; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria Geral do Processo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DOMÉJ, T.; OBERHAMMER, P.. Germany, Switzerland and Austria. In: Van RHEE, C.H. (org.). *European Traditions in Civil Procedure*. Antwerpen: Intersentia, 2005, pp. 300-305.

DOUGLAS, William O. Stare Decisis. In: *Columbia Law Review*, vol. 49, nº 6, 1949, pp. 735-758;

DUXBURY, Neil. *The Nature and Authority of Precedent*. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. What is Equality? Part 2: Equality of Resources. In: *Philosophy & Public Affairs*. Vol. 10, No. 4, 1981, pp. 283-345.

EINSENBERG, Melvin. *The nature of the Common Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1ª Ed Paperback, 1991.

FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. O papel do juiz na preservação do Estado Democrático de Direito. In: *Ensaio de Direito Processual*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 415-420.

FAGUNDES, Seabra. O princípio constitucional da igualdade perante a lei e o poder legislativo. In: *Revista de Direito Administrativo*, vol. 41, 1955, pp. 01-12.

FAZZALARI, Elio. Diffusione del processo e compiti della dottrina. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XII, n° 3. Milano: Giuffrè, pp. 861-880.

_____. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 8ª Ed. Padova: CEDAM, 1996.

FELLI, Leonardo; RIBONI, Alessandro; ANDERLINI, Luca. Why Stare Decisis? In: *Discussion Papers from C.E.P.R.*, 8266, Nov. 2011, pp. 01-35.

FERMANN, Rodrigo Papaléo. Teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova. In: MITIDERO, Daniel (coord.). *O Processo Civil no Estado Constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 407-446.

FERRAJOLI, Luigi. L'uguaglianza e le sue garanzie. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell'Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 25-44.

_____. *Principia Iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. V. I. Roma: Laterza, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 32ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FICCARELLI, Beatrice. *Fase preparatoria del processo civil e case management giudiziale*. Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 2011.

FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias; TOURINHO NETO, Fernando da Costa. *Juizados Especiais Federais Cíveis: Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: RT, 2002.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Les garanties constitutionnelles des parties dans le Procès Civil en Amérique Latine. CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (coord.). *Fundamental Guarantees of The Parties in Civil Litigation*. Milão: Giuffrè, 1973, pp. 31-99.

FLEW, Anthony. *Equality in Liberty and Justice*. New Jersey: Transaction Publishers, 2001.

FON, Vincy; PARISI, Francesco. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. In: *International Review of Law and Economics*, 26, 2006, pp. 519–535.

FRANCHI, Giuseppe. Processo civile italiano e diritti dell'uomo. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 51-77.

FRANCIONI, Francesco. The rights of access to justice under customary International Law. In: FRANCIONI, Francesco (coord.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-55.

FRIEDMAN, Lawrence. Claims, Disputes, Conflicts and the Modern Welfare State. In: CAPPELLETTI, Mauro (ed.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff, 1981, pp. 252-269.

FUX, Luiz. *Curso de direito processual civil*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GALANTER, Marc. Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change. In: *Law & Society Review*, vol. 9, n° 1, 1974, pp. 95-160.

GALLIGAN, Denis James. *Due Process and Fair Procedures. A study of administrative procedures*. Oxford: Clarendon Press, 1996.

GARCIA, Maria Glória F. P. D.. *Estudos sobre o princípio da igualdade*. Coimbra: Almedina, 2005.

GAROUPA, Nuno; GÓMEZ LIGUERRE, Carlos. The Syndrome of the Efficiency of the Common Law. In: *Boston University International Law Journal*, 29, 2011, pp. 287-335.

GARTH, Bryan; CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à Justiça*. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: SAFe, 1988.

_____; CAPPELLETTI, Mauro. *Access to Justice: A World Survey*. V. 1, T. I. Milano/Alphen aan den Rijn: Giuffrè/Sijthoff, 1978.

GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos em el derecho*. 2ª Ed. Madrid: Marcial Pons, 2004.

_____. Rationality and (self) Precedent: brief considerations concerning the grounding and implications of the rule of self precedent. In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos (coord.). *On the Philosophy of Precedent*.

Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009, V. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, pp. 35-50.

GERHARDT, Michael. The Limited Path Dependency of Precedent. In: *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 7, 2005, pp. 903-1000.

GERLIS, Stephen; LOUGHLIN, Paula. *Civil Procedure*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2001.

GIDI, Antonio. A representação adequada nas ações coletivas brasileiras: uma proposta. In: *Revista de Processo*, nº 118, 2002, p. 61-70.

_____. *Rumo a um Código de Processo Civil Coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2008,

_____; MATTEI, Ugo; RUSKOLA, Teemu (coord.). *Schlesinger's Comparative Law*. Nova York: Thomson Reuters, 2009.

GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo. PICKER, Colin. *Comparative Legal Traditions. Text, materials and cases on Western Law*. 3ª Ed. St. Paul: Thomson West, 2007.

GODOY, Arnaldo. A igualdade no processo. In: *Revista de Processo*, n. 76, 1994, pp. 200-208.

GOMES, Joaquim Barbosa. *Ação Afirmativa e Princípio Constitucional da Igualdade. O direito como instrumento de transformação social. A experiência dos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

GÓMEZ LIGUERRE, Carlos; GAROUPA, Nuno. The Syndrome of the Efficiency of the Common Law. In: *Boston University International Law Journal*, 29, 2011, pp. 287-335.

GOODHART, Arthur. *Precedent in English and Continental Law*. Reprinted from the *Law Quarterly Review*, January, 1934. London: Steven and Sons Ltd., 1934.

_____. Case Law in England and America. In: *Cornell Law Quarterly*, Vol. XV, nº 2, 1930, pp. 173-193.

_____. Determining the Ratio Decidendi of a Case. In: *The Yale Law Journal*, Vol. 40, Nº 2, 1930, pp. 161-183.

_____. The Ratio Decidendi of a case. In: *The Modern Law Review*, Vol. 22, nº 2, 1959, pp. 117-124.

GORDLEY, James; JOHNSON JR., Earl; CAPPELLETTI, Mauro. *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*. Milano/Nova York: Giuffrè/Oceana, 1975.

GOUVÊA MEDINA, Paulo Roberto. *Direito Processual Constitucional*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n.4, 1966, pp. 580-609.

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes. A interpretação / aplicação do direito e os princípios*. São Paulo: Malheiros, 2013.

GREGGER, Reinhard. Cooperação como princípio processual. Trad. Ronaldo Kochem. In: *Revista de Processo*, nº 206, São Paulo: RT, 2012, pp. 123-133.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatária. In: *Novas tendências de Direito Processual*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1990, pp. 01-16.

_____. O princípio da ampla defesa. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, nº 19, 1982, pp. 09-20.

_____; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. *Teoria Geral do Processo*. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

GROSS, Marco Eugênio. A colaboração processual como produto do Estado Constitucional e as suas relações com a segurança jurídica, a verdade e a motivação da sentença. In: *Revista de Processo*, vol. 226, 2013, pp. 115-146.

GROSSI, Paolo. *Mitologie giuridiche della modernità*. 3ª Ed. Milano: Giuffrè, 2007.

GUASTINI, Riccardo. A Sceptical View on Legal Interpretation. In: COMANDUCCI, Paolo; GUASTINI, Riccardo. (coord.). *Analisi e diritto*. Turim: Giappichelli, 2005, pp. 139-141.

_____. *Das fontes às normas*. Trad. Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. *Interpretare e argomentare*. Milão: Giuffrè, 2011.

_____. La grammatica di “eguaglianza”. In: GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996, pp. 157-161.

_____. *Nuovi studi sull'interpretazione*. Roma: Aracne Editrice, 2008.

_____. *Teoria e dogmatica delle fonti*. Milano: Giuffrè, 1998.

GUEDES, Jefferson Carús. *Igualdade e Desigualdade: introdução conceitual, normativa e histórica dos princípios*. São Paulo: RT, 2014.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípios da Isonomia e da Proporcionalidade e Privilégios Processuais da Fazenda Pública. In: *Revista de Processo*, vol. 82, 1996, pp. 70-91.

GUINCHARD, Serge (coord.). *Droit Processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*. 4ª Ed. Paris : Dalloz, 2007, pp. 851-913.

HARRIS, J. W.; CROSS, Rupert. *Precedent in English Law*. 4ª Ed. Reprinted. Oxford: Oxford University Press, 2004.

HAZARD JR., Geoffrey; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure. An introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: safE, 1991.

HODGES, Christopher; PEYSNER, John; NURSE, Angus. Litigation Funding: Status and Issues. In: *Oxford Legal Studies Research Paper*, nº 55, 2012.

_____; VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena (coord.). *The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

HORTY, John F. Rules and Reasons in the Theory of Precedent. In: *Legal Theory*, v. 17, nº 01, 2011, pp. 1-33.

IRTI, Natalino. *Codice Civil e Società Politica*. Roma: Laterza, 1995.

IRTI, Natalino. *L'età della decodificazione*. 4ª Ed. Milano: Giuffrè, 1999.

ITURRALDE, Victoria. Precedent as subject of interpretation (a civil law perspective). In: BUSTAMANTE, Thomas; BERNAL PULIDO, Carlos (coord.). *On the Philosophy of Precedent. Proceedings of the 24th World Congress of the International Association for Philosophy of Law and Social Philosophy, Beijing, 2009*, V. III. Stuttgart: Franz Steiner, 2012, pp. 105-118.

JACOB, Jack I. H. *The Fabric of English Civil Justice*. Londres: Stevens & Sons, 1987.

JACOB, Joseph M. *Civil Justice in the Age of Human Rights*. Hampshire: Ashgate, 2007.

JACQUES, Paulino. *Da igualdade perante a Lei. Fundamento, conceito e conteúdo*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.

JOHNSON JR., Earl; CAPPELLETTI, Mauro; GORDLEY, James. *Toward equal justice: a comparative study of legal aid in modern societies*. Milano/Nova York: Giuffrè/Oceana, 1975.

JOLOWICZ, John A. The Woolf Report and the Adversary System. In: *Civil Justice Quarterly*, vol. 15, 1996, pp. 198-210.

_____. On the comparison of procedures. In: NAFZIGER, James (coord.) *Law and Justice in a Multistate World. Essays in honor of Arthur von Mehren*. New York: Transnational Publishers, 2002, pp. 721-740.

JOWELL, Jeffrey. Is Equality a Constitutional Principle? In: *Current Legal Problems*. V. 47. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 01-18.

JURATOWITCH, Ben. *Retroactive and the Common Law*. Oxford: Hart Publishing, 2008.

KELLEY, Leigh; SUMMERS, Robert. Economists' reasons' for Common Law Decisions: a preliminary inquiry. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1981, pp. 213-255.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 3ª Ed. revista da tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: RT, 2003.

KERN, Christoph. *Justice between simplification and formalism*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007.

KIRALFY, A. K. R.. *The English Legal System*. 8ª ed. Londres: Sweet & Maxwell, 1990.

KNIJNIK, Danilo. *O recurso especial e a revisão da questão de fato pelo Superior Tribunal de Justiça*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

KOMATSU, Roque. Notas em torno dos deveres processuais do juiz. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 687-731.

KÖNIG, Bernhard. Igualdade de chances na sala de audiência e fora dela – da sua situação do ponto de vista austríaco. In: *Revista de Processo*, vol. 8, 1997, pp. 111-117.

KORNHAUSER, Lewis; COOTER, Robert. Can Litigation Improve the Law without the help of judges. In: *The University of Chicago Journal of Legal Studies*, 1, 1980, pp. 139-163.

_____. An economic perspective of stare decisis. In: *Chicago-Kent Law Review*, 65, 1989, pp. 63-92.

LACERDA, Galeno. O código como sistema legal de adequação do processo. In: FABRÍCIO, Adroaldo Furtado. *Meios de impugnação ao julgado civil. Estudos em homenagem a José Carlos Barbosa Moreira*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, pp. 251-258.

LANES, Júlio Cesar Goulart. *Audiências: conciliação, saneamento, prova e julgamento*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

_____. O ativismo probatório equilibrado no processo civil coletivo. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto (coord.), *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp 327-337.

LARENZ, Karl. The Open Legal Development: Germany. In: DAINOW, Joseph (ed.). *The role of judicial decisions and doctrine in civil law and in mixed jurisdictions*. Baton Rouge: Louisiana State University Press, 1974, pp. 133-162.

LAWSON, F. H.. *A Common Lawyer Looks at the Civil Law*. Reimp. 1ª Ed. 1953. Buffalo: William Hein & Co, 1988.

LEBRE DE FREITAS, José. *Introdução ao Processo Civil – Conceito e Princípios Gerais*. Coimbra: Coimbra, 1996.

LEE, Thomas R. Stare Decisis in Historical Perspective: From the Founding Era to the Rehnquist Court. In: *Vanderbilt Law Review*, vol. 52, 1999, p. 647-735.

LIEBMAN, Enrico Tullio. Garanzie internazionali dell'”equo” processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno XXXIV, n. 3, 1979, pp. 329-333.

_____. *Manuale di diritto processuale civile. Principi*. 6ª Ed. Milão: Giuffrè, 2002.

LLEWELLYN, Karl. *The Common Law Tradition. Deciding Appeals*. Boston: Little Brown and Co, 1960.

LOUGHLIN, Paula; GERLIS, Stephen. *Civil Procedure*. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2001.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Garantia do Tratamento paritário das partes. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (coord.). *Garantias constitucionais no processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pp. 91-131.

LUISO, Francesco Paolo. *Istituzioni di diritto processuale civile*. 2ª Ed. Torino: Giappichelli, 2006.

MACCORMICK, Neil. Coherence in legal justification. In: PECZENIK, Aleksander (coord.). *Theory of legal science*. Dordrecht: Reidel, 1984, pp. 235-251.

_____. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Reimp. 2003. Oxford: Oxford University Press, 1978.

_____. Particulars and Universals. In: BANKOWSKI, Zenon; MACLEAN, James (coord.). *The Universal and the Particular in Legal Reasoning*. Hampshire: Ashgate Publishing, 2006, pp. 03-24.

_____. *Retórica e Estado de Direito* (1995). Trad. Conrado Hübner Mendes e Marcos Paulo Veríssimo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. The significance of precedent. In: *Acta Juridica*, 1998, Juta & Co. Ltd, 1998, pp. 174-187.

_____. Why Cases Have Rationes and What These Are. In: GOLDSTEIN, L. *Precedent in Law*. Oxford: Oxford University Press, 1987, pp. 155-182.

_____; MARSHALL, Geoffrey; BANKOWSKI, Zenon. Precedent in the United Kingdom. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 315-354.

_____; MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso; BANKOWSKI, Zenon. Rationales for precedent. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 481-502.

_____; SUMMERS, Robert. (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

_____; SUMMERS, Robert. Further General Reflections and Conclusions. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 531-550.

MACEY, Jonathan R. The Internal and External Costs and Benefits of Stare Decisis. In: *Chicago-Kent Law Review*, 65, 1989, pp. 93-113.

MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. *Divergência Jurisprudencial e Súmula Vinculante*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. São Paulo: RT, 2011.

_____. Questões controvertidas sobre a súmula vinculante. In: MEDINA, José Miguel Garcia; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luís Otávio Sequeira De; GOMES JR., Luiz Manoel (coord.). *Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais: estudos em homenagem à professora Teresa Arruda Alvim Wambier*. São Paulo: RT, 2008, pp. 1188-1194.

MARGUÉNAUD, Jean-Pierre. Égalité des armes. In: CADIET, Löic (coord.). *Dictionnaire de la Justice*. Paris: Puf, 2004, pp. 405-407.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Abuso de Defesa e Parte Incontroversa da Demanda*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Antecipação de Tutela*. 12ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Curso de Processo Civil. V. I. Teoria Geral do Processo*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2007.

_____. *Efetividade do Processo e Tutela de Urgência*. Porto Alegre: SAFe, 1994.

_____. O Princípio da Segurança dos Atos Jurisdicionais. In: MITIDIERO, Daniel; AMARAL, Guilherme Rizzo (Coord.). *Processo Civil: estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira*. São Paulo: Atlas, 2012, pp. 309-340.

_____. *O STJ Enquanto Corte de Precedentes. Compreensão do sistema processual da Corte Suprema*. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Precedentes Obrigatórios*. São Paulo: RT, 2010.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2008.

_____. *Tutela Inibitória*. 4ª Ed. São Paulo: RT, 2006.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil. Processo de conhecimento*. 7ª Ed. São Paulo: RT, 2009.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang; MITIDIÉRO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

MARMOR Andrei. *Law in the age of pluralism*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil. vol. I. 9ª Ed.* São Paulo: Saraiva, 1982.

MARSHALL, Geoffrey. Due Process in England. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. *Due Process. Nomos XVIII. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. New York: New York University Press, 1977, pp. 69-89.

_____. What is binding in a precedent? In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 503-517.

_____; BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. Precedent in the United Kingdom. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 315-354.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS, Nelson Juliano Schafer. *Poderes do juiz no processo civil*. São Paulo: Dialética, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no direito privado: sistema e tópicos no processo obrigacional*. São Paulo: RT, 1999.

_____. As cláusulas gerais como fatores de mobilidade do sistema jurídico. In: *Revista de informação legislativa*, v.28, nº 112. Brasília: Senado Federal, 1991, pp. 13-32.

MARX, Karl. *Crítica ao Programa de Gotha*, 1875, disponível em <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/gotha.pdf>>, acesso em 25.01.2014.

MATSCHER, Franz. Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence des organes de la convention européenne des droits de l'homme. In: *Le droit à un procès équitable*. Strasbourg: Editions du Conseil de l'Europe, 2000, pp. 10-23.

MATTEI, Ugo. *Stare Decisis. Il valore del precedente giudiziario negli Stati Uniti D'America*. Milano: Giuffrè, 1988.

_____; RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio (coord.). *Schlesinger's Comparative Law*. Nova York: Thomson Reuters, 2009.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. *Devido Processo Legal e Proteção de Direitos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MAURER, Hartmut. Direito processual estatal-jurídico. In: MAURER, Hartmut. *Contributos para o Direito do Estado*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, pp. 175-215.

_____. *Elementos de Direito Administrativo alemão*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: SAFE, 2001.

MAZZILI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. In: *Revista do Advogado*, nº 92, 2007, pp. 7-22.

MELO FILHO, Álvaro. O princípio da isonomia e os privilégios processuais da Fazenda Pública. In: *Revista de Processo*. Ano 19, n. 75, 1994, pp. 166-182.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. *Ações Coletivas no direito comparado e nacional*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENEZES CORDEIRO, António Manuel da Rocha e. *Da boa fé no direito civil*. V. I. Coimbra: Almedina, 1984.

MERRYMAN, John Henry; PÉREZ-PERDOMO, Rogelio. *The Civil Law Tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

MICHELÌ, Gian Antonio. *Contributo allo studio della formazione giudiziale del diritto. "Case law" e "Stare Decisis"*. Pavia: Libreria Internazionale F.lli Treves, 1938.

MICHELON, Claudio. Las Razones de la Coherencia. In: *Discusiones: La coherencia en el derecho*, nº X, 2011, Doxa, pp. 139-153.

_____. Princípios e Coerência na Argumentação Jurídica. In: MACEDO JR., Ronaldo Porto (coord.). *Direito e Interpretação: Racionalidade e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011, pp. 261-286.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV. Direitos Fundamentais*. 3ª Ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MITIDIERO, Daniel. A multifuncionalidade do direito fundamental ao contraditório e a improcedência liminar (art. 285-A, CPC): resposta à crítica de José Tesheiner. In: *Revista de Processo*, nº 144, 2007, pp. 105-112.

_____. *Antecipação da tutela. Da tutela cautelar à técnica antecipatória*. São Paulo: RT, 2012.

_____. Colaboração no processo civil como prê-à-Porter? Um convite ao diálogo para Lenio Streck. In: *Revista de Processo*, vol. 194, 2011, pp. 55-68.

_____. *Colaboração no processo civil. Pressupostos sociais, lógicos e éticos*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. tomo I. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

_____. *Cortes Superiores e Cortes Supremas. Do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do Processo Civil Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. Fundamentação e Precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: *Revista de Processo*, nº 206, 2012, pp. 61-78.

_____. O processualismo e a formação do Código Buzaid. In: *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, n. 183, pp. 165-194.

_____. Tutela Antecipatória e Defesa Inconsistente. In: ARMELIN, Donaldo. *Tutelas de Urgência e Cautelares*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 333-341.

_____; ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Curso de Processo Civil*. V. I. São Paulo: Atlas, 2010.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Código de Processo Civil comentado artigo por artigo*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2011.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *O Projeto do CPC. Crítica e propostas*. São Paulo: RT, 2010.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. 3ª Ed. São Paulo: RT, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

MONTESQUIEU. *Del Espíritu de las Leyes*. Trad. Nicolas Estevanez. Buenos Aires: Heliasta, 1984.

MORATO, Leonardo. L. *Reclamação e sua aplicação para o respeito da súmula vinculante*. São Paulo: RT, 2007.

MORAWSKI, Lech; RUIZ MIGUEL, Alfonso; BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil. Rationales for precedent. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 481-502.

MOURA, Patrícia Uliano Effting Zoch de. *A finalidade do princípio da igualdade. A nivelção social – interpretação dos atos de igualar*. Porto Alegre: SAFE, 2005.

MULHERON, Rachael. *The Class Action in Common Law Legal Systems: a Comparative Perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2004.

MURRAY, Peter; STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

MUTHER, Theodor; WINDSCHEID, Bernhard. *Polemica sobre la 'actio'*. Trad. Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

NALINI, José Roberto. *O Juiz e o Acesso à Justiça*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2000.

NERY JUNIOR, Nelson. O benefício da dilação do prazo para o Ministério Público no direito processual civil brasileiro (interpretação do artigo 188 do Código de Processo Civil) In: *Justitia*, vol. 46, 1984, pp. 93-116.

_____. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. Processo Civil, Penal e Administrativo*. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2009.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

NUNES, Dierle. O princípio do contraditório. In: *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*, nº 29, 2004, pp. 73-85.

_____; TEIXEIRA, Ludmila. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

_____; THEODORO JR., Humberto. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de

não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: *Revista de Processo*, nº 168, 2009, pp. 107–141.

NURSE, Angus; HODGES, Christopher; PEYSNER, John. Litigation Funding: Status and Issues. In: *Oxford Legal Studies Research Paper*, nº 55, 2012.

O'HARE, John; BROWNE, Kevin. *Civil Litigation*. 10ª Ed. Londres: Sweet & Maxwell, 2001.

OBERHAMMER, P.; DOMEJ, T. Germany, Switzerland and Austria. In: Van RHEE, C.H. (org.). *European Traditions in Civil Procedure*. Antwerpen: Intersentia, 2005, pp. 300-305.

OLIVEIRA, Rafael; DIDIER JUNIOR, Fredie. *Benefício da Justiça Gratuita*. 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

OPPETIT, Bruno. Les garanties fondamentales des parties dans le procès civil en Droit Français. In: CAPPELLETTI, Mauro; TALLON, Denis (coord.). *Fundamental Guarantees of The Parties in Civil Litigation*. Milão: Giuffrè, 1973, pp. 481-510.

OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. Trad. Isabel Lifante Vidal. In: *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*. n. 14, Espanha: Universidad de Alicante, 1993, p. 169-194.

PALADIN, Livio. Eguaglianza. b) Diritto Costituzionale. In: *Enciclopedia del Diritto*. XIV. Dote-Ente. Milano: Giuffrè, 1965, pp. 519-549.

PALHARINI JUNIOR, Sidney. O princípio da isonomia aplicado ao direito processual civil. In: FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo e Constituição. Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: RT, 2006, pp. 616-626.

PALLIERI, Giorgio Balladore. Introduzione al convegno. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, pp. XI-XVII.

PARISI, Francesco; FON, Vincy. Judicial precedents in civil law systems: A dynamic analysis. In: *International Review of Law and Economics*, 26, 2006, pp. 519–535.

PASSANANTE, Luca. La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Anno LIV, nº 4, 2000, pp. 1353-1380.

PECZENIK, Aleksander. *On Law and reason*. Dordrecht: Springer, 2009.

_____. *The Basis of Legal Justification*. Lund: Aleksander Peczenik, 1983.

_____; ALEXY, Robert. The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality. In: *Ratio Juris*, v. 3, n° 1, 1990, pp. 130-147.

PEREIRA, Paula Pessoa. *O STJ como corte de definição de direitos. Uma justificativa a partir do universalismo*. Dissertação de Mestrado. Orientador Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni. Curitiba: UFPR, 2013.

PERELMAN, Chaim. Equality and Justice. In: *Justice, law and argument. Essays on moral and legal reasoning*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1980, pp. 83-88.

PEREZ, Ana Carolina Fonseca Martinez; CORONA, Roberto Brocanelli. O processo eletrônico como efetivação do direito fundamental de acesso à justiça. In: *Revista Estudos Jurídicos UNESP*, Ano 14, n° 19, 2010, pp. 269-280.

PÉREZ-PERDOMO, Rogelio; MERRYMAN, John Henry. *The Civil Law Tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*. 3ª Ed. Stanford: Stanford University Press, 2007.

PEYSNER, John; NURSE, Angus; HODGES, Christopher. Litigation Funding: Status and Issues. In: *Oxford Legal Studies Research Paper*, n° 55, 2012.

PHILIPS, Derek L. *Equality, Justice and Rectification. An exploration in normative sociology*. Londres: Academic Press, 1979.

PICARDI, Nicola. 'Audiatur et Altera Pars' – Le Matrici Storico-Culturali del Contraddittorio. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, 2003, pp. 07-22.

_____. Audiatur et altera pars: as matrizes histórico-culturais do contraditório. Trad. Luís Alberto Reichelt. In: *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008, pp. 127-143.

_____. Il principio del contraddittorio. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LIII, n° 3. Padova: CEDAM, 1998, pp. 673-681.

_____. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

_____. *Manuale del Processo Civile*. 2ª Ed. Milano: Giuffrè, 2010.

PICKER, Colin; GLENDON, Mary Ann; CAROZZA, Paolo. *Comparative Legal Traditions. Text, materials and cases on Western Law*. 3ª Ed. St. Paul: Thomson West, 2007.

PICÓ I JUNOY, Joan. *Las garantías constitucionales del proceso*. Barcelona: Bosch, 2012.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Trad. António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil. Vol. I*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

PORTANOVA, Rui. Princípio Igualizador. In: *Revista da AJURIS*, ano XXI, nº 62, 1994, pp. 278-290.

_____. *Princípios do Processo Civil*. 6ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

PORTO, Sérgio Gilberto; USTÁRROZ, Daniel. *Lições de Direitos Fundamentais no processo civil. O Conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

POSNER, Richard A. Judicial Behaviour and Performance: an economic approach. In: *Florida State University Law Review*, 32, 2005, pp. 1259-1279.

_____. *The Economic Analysis of Law*. 6ª ed. Boston: Little Brown, 2003.

PROTO PISANI, Andrea. Appunti sulla tutela cautelare nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Civile*. Vol. I. Padova: CEDAM, 1987, pp. 109-139.

_____. Giusto processo regolato dalla legge e valore della cognizione piena. In: *Giusto Processo. Atti del Convegno, Roma, 28-29 Marco 2002*. Roma: Accademia Nazionale dei Lincei, 2003, pp. 167-183.

_____. *Lezioni di Diritto Processuale Civile*. 4ª Ed. Nápoles: Jovene, 2002.

_____. Sulla tutela giurisdizionale differenziata. In: *Rivista di Diritto Processuale*, vol. 34, nº4, 1979, pp. 536-591.

QUARTIERI, Rita; CIANCI, Mirna. A representatividade adequada/pertinência temática no Direito Processual Coletivo – Análise sistemática. In: DIDIER JR. Fredie (coord.). *Tutela Jurisdicional Coletiva*. 2ª Série. Salvador: JusPodivm, 2012, pp. 533-546.

RADCLIFFE, Geoffrey; CROSS, Geoffrey. *The English Legal System*. 6ª ed. Londres: Butterworths, 1977.

RASCIO, Nicola. Contraddittorio tra le parti, condizioni di parità, giudice terzo e imparziale. In: *Rivista di Diritto Civile*. n. 5, 2001, pp. 601-622.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

REES, John. *Equality*. Londres: Pall Mall Press, 1971.

REICHELTL, Luis Alberto. *Equilíbrio processual: Adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Dissertação de Mestrado. Orientador Prof. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002, p. 151

_____. O conteúdo do direito à igualdade das partes no direito processual civil em perspectiva argumentativa. In: *Revista de Processo*, nº 210. São Paulo: RT, 2012, pp. 13-40.

RESNICK, David. Due Process and Procedural Justice. In: PENNOCK, J. R.; CHAPMAN, J. W. *Due Process. Nomos XVIII. Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy*. New York: New York University Press, 1977, pp. 206-228.

RESNIK, Judith. *Processes of the Law. Understanding Courts and their alternatives*. New York: Foundation Press, 2004.

RHODE, Deborah L. *Access to Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

RIBONI, Alessandro; ANDERLINI, Luca; FELLI, Leonardo. Why Stare Decisis? In: *Discussion Papers from C.E.P.R.*, 8266, Nov. 2011, pp. 01-35.

RICCI, Gian Franco. *Principi di Diritto Processuale Generale*. 3ª Ed. Torino: Giappichelli, 2001.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Suspensão da segurança. Sustação de eficácia de decisão judicial proferida contra o Poder Público*. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2005.

ROLLIN, Cristiane. A garantia da igualdade no Processo Civil frente ao Interesse Público. In: PORTO, Sérgio Gilberto (org.). *As garantias do cidadão no processo civil. Relações entre Constituição e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, pp. 53-76.

ROSENN, Keith. The Jeito: Brazil's Institutional Bypass of the Formal Legal System and its Developmental Implications. In: VARGA, Csaba (coord.). *Comparative Legal Cultures*. Hants: Dartmouth, 1992, pp. 573-608.

ROSITO, Franciso. *Teoria dos precedentes judiciais. Racionalidade da tutela jurisdicional*. Curitiba: Juruá, 2012.

RUBENSTEIN, William. The concept of equality in civil procedure. In: *Cardozo Law Review*, 23, 2865, 2002, pp. 1865-1915.

RUBIN, Paul. Why is the Common Law Efficient? In: *Journal of Legal Studies*, 1, Jan. 1977, pp. 51-63.

RUBINFIELD, Daniel; COOTER, Robert. Economic analysis of legal disputes and their resolution. In: *Journal of Economic Literature*, 27, 1989, pp. 1067-1097.

RUIZ MIGUEL, Alfonso. Equality before the Law and Precedent. In: *Ratio Juris*. Vol. 10, Nº 4, December, 1997, pp. 372–391.

_____; BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech. Rationales for precedent. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 481-502.

RUSKOLA, Teemu; GIDI, Antonio; MATTEI, Ugo (coord.). *Schlesinger's Comparative Law*. Nova York: Thomson Reuters, 2009.

SABBAG, César de Moraes. O Direito de Igualdade. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 15, 1996, pp. 89-96.

SALVIA, Michele de. Procès équitable et égalité des armes dans le cadre de contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil dans la jurisprudence de la commission européenne des droits de l'homme. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 15-49.

SANTOS, Igor Raatz dos. Processo, igualdade e colaboração. Os deveres de esclarecimento, prevenção, consulta e auxílio como meio de redução de desigualdades no processo civil. In: *Revista de Processo*, nº 192, 2011, pp. 47-80.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2012.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del Derecho Romano Actual*. Trad. Lacinto Mesía e Manuel Poley. Tomo I. Madri: F. Góngora y Compañía Editores, 1878.

SCARPARO, Eduardo Kochenborger. Tópicos sobre a colaboração com a instrução probatória. In: *Revista Jurídica*, Vol. 366, 2008, pp. 77-104.

_____. Controle de representatividade adequada em processos coletivos no Brasil. In: *Revista de Processo*, nº. 208, 2012, pp. 125-146.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. *Curso sistematizado de direito processual civil*. v. I. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHÄFER, Gilberto. *Súmulas vinculantes: análise crítica da experiência do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHAUER, Frederick. *Playing by the rules. A philosophical examination of rule-based decision-making in Law and in life*. Reimp. Oxford: Clarendon Press, 2002.

_____. Precedent. In: *Stanford Law Review*, vol. 39, 1987, pp. 571-605.

_____. *Thinking Like a Lawyer: A New Introduction To Legal Reasoning*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

_____. Why precedent in Law (and elsewhere) is not totally (or even substantially) about analogy. In: DAHLMAN, Christian; FETERIS, Eveline (ed.). *Legal Argumentation Theory: Cross-disciplinary perspectives*. Dordrecht: Springer, 2013, pp. 45-56.

SCHÜTZ, Vanessa Casarin. *O Princípio da Isonomia e o conflito entre sentenças coletivas e individuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SCOTT, I. R., Caseflow Management in the Trial Court. ZUCKERMAN, Adrian; CRANSTON, Ross. (coord.). *Reform of Civil procedure. Essays on 'Access to Justice'*. Oxford: Clarendon Press, 1995, pp. 1-29

SEN, Amartya. Equality of What? In: MCMURRIN, Sterling (coord.). *Liberty, Equality and Law. Selected Tanner Lectures on Moral Philosophy*. Salt Lake City: University of Utah Press, 1987, pp. 139-162.

_____. *Inequality Reexamined*. Cambridge: Harvard University Press, 1992.

_____. *The Idea of Justice*. London: Allen Lane, 2009..

SICA, Heitor Vitor Mendonça. *O direito de defesa no processo civil brasileiro: um estudo sobre a posição do réu*. São Paulo: Atlas, 2011.

SILTALA, Raimo. *A Theory of precedent. From Analytical Positivism to a Post-Analytical Philosophy of Law*. Oxford: Hart Publishing, 2000.

SILVA JÚNIOR, Hédio. O princípio da igualdade e os direitos de igualdade na Constituição de 1988. In: *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, vol. 38, 2002, pp. 168–191.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Paulo Eduardo Alves da. Gerenciamento de processos e a cultura de litigância - a experiência do ‘case management’ inglês. In: DE SALLES, Carlos Alberto (coord.). *As Grandes Transformações do Processo Civil brasileiro. Homenagem ao Professor Kazuo Watanabe*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, pp. 635-662.

_____. *Gerenciamento de processos judiciais*. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 35-52.

SILVA, Ticiano Alves e. Jurisprudência banana boat. In: *Revista de Processo*, vol. 209, 2012, pp. 289–292.

SILVESTRI, Gaetano. Uguaglianza, ragionevolezza e giustizia costituzionale. In: CARTABIA, Marta; VETTOR, Tiziana (coord.). *Le Ragioni Dell’Uguaglianza. Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza Università degli Studi di Milano – Bicocca*. Milano: Giuffrè, 2009, pp. 03-24.

SIMMONDS, N. E. *The decline of juridical reason. Doctrine and theory in the legal order*. Manchester: Manchester University Press, 1984.

SMITH, S. H.; CHING, J. P. L.; TAYLOR, N. W. *The Modern English Legal System*. 7ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos sobre o novo processo civil*. Lisboa: Lex, 1997.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *O Tribunal Constitucional como Poder. Uma nova teoria da divisão dos poderes*. São Paulo: Memória Jurídica, 2002.

SPAETH, Harold; BRENNER, Saul. *Stare Indecisis. The alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

STEINITZ, Maya. *Whose Claim Is This Anyway? Third Party Litigation Funding*. In: *Minnesota Law Review*, Vol. 95, nº 4, 2011, pp. 1268-1338.

STEPHEN, James Fitzjames. *Liberty, Equality, Fraternity*. Reimp. 2ª ed. (1874). Cambridge: University Press, 1967.

STORSKRUBB, Eva; ZILLER, Jacques. Access to justice in European Comparative Law. In: FRANCONI, Francesco (coord.). *Access to Justice as a Human Right*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-55.

STÜRNER, Rolf; MURRAY, Peter. *German Civil Justice*. Durham: Carolina Academic Press, 2004.

SUMMERS, Robert. Precedent in the United States. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 355-406.

_____. The form and content of a precedent methodology. In: ZIEGERT, Klaus; DOEKER-MACH, Guenther (coord.). *Law and Legal Culture in Comparative Perspective*. Stuttgart: Franz Steiner, 2004, pp. 273-285.

_____; KELLEY, Leigh. Economists' reasons' for Common Law Decisions: a preliminary inquiry. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 1981, pp. 213-255.

_____; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997.

_____; MACCORMICK, Neil. Further General Reflections and Conclusions. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 531-550.

TABORDA, Maren Guimarães. O Princípio da Igualdade em Perspectiva Histórica: conteúdo, alcance e direções. In: *Revista da Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre*, v. 11, n. 12, 1998, pp. 74-106

TALLON, Denis; CAPPELLETTI, Mauro (coord.). *Fundamental Guarantees of The Parties in Civil Litigation*. Milão: Giuffrè, 1973.

TARELLO Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976.

_____. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno studio della genesi dottrinale e Ideologica del Vigente Codice Italiano di Procedura Civile. In: *Dottrine del Processo Civile – Studi Storici sulla Formazione del Diritto Processuale Civile*. Bologna: Il Mulino, 1989, pp. 09-107.

_____. *L'Interpretazione della Legge*. Milano: Giuffrè, 1980.

TARTUCE, Fernanda. *Igualdade e vulnerabilidade no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. Aspectos fundamentais do processo civil de civil law e de common law. Trad. Daniel Mitidiero. In: TARUFFO, Michele. *Processo Civil Comparado. Ensaio*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, pp. 11-34.

_____. Dimensioni del precedente giudiziario. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno XLVIII, n° 2, 1994, pp. 411-430.

_____. Idee per una teoria della decisione giusta. In: TARUFFO, Michele. *Sui Confini. Scritti sulla Giustizia Civile*. Bologna: Il Mulino, 2002, pp. 219-234.

_____. *Il processo civile 'adversary' nell'esperienza americana*. Padova: CEDAM, 1979.

_____. Institutional factors influencing precedents. In: SUMMERS, Robert; MACCORMICK, Neil (ed.). *Interpreting Precedents. A comparative study*. Aldershot: Ashgate Dartmouth, 1997, pp. 437-460.

_____. La corte di cassazione e la legge. In: *Il vertice ambiguo*. Bologna: Il Mulino, 1991, pp. 59-99.

_____. *La Giustizia Civile in Italia dal 700 ad Oggi*. Bologna: Il Mulino, 1980.

_____. *La Motivazione della Sentenza Civile*. Padova: Cedam, 1975.

_____. *La prova dei fatti giuridici*. Milano: Giuffrè, 1992.

_____. Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa. In: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, n° 2, 2006, pp. 451-482.

_____. Precedente e Giurisprudenza. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Anno 61, n. 3, p. 795-810.

_____. Problemi in tema di uguaglianza delle armi nel processo civile: l'accesso alle corti e la funzione del giudice. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 341-352.

_____. *Sui Confini – Scritti sulla giustizia civile*. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. Tutela collettiva: interessi in gioco ed esperienze a confronto. In: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. Milano: Giuffrè, Anno LXI, n° 2, 2007, pp. 529-537

_____. *Uma simples verdade. O juiz e construção dos fatos*. Trad. Vitor de Paula Ramos. São Paulo: Marcial Pons, 2012.

_____; HAZARD JR., Geoffrey. *American Civil Procedure. An introduction*. New Haven: Yale University Press, 1993.

TARZIA, Giuseppe. L'art. 111 Cost. e le garanzie europee del processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LVI, n. 1, 2001, pp. 1-22.

_____. Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale. In: *Rivista di Diritto Processuale*. Anno LIII, n° 3. Padova: CEDAM, 1998, pp. 657-672.

_____. Parità delle armi tra le parti e poteri del giudice nel processo civile. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 353-362.

TAWNEY, R. H. *Equality*. 3ª Ed. London: George Allen & Unwin Ltd, 1952.

TAYLOR, N. W.; SMITH, S. H.; CHING, J. P. L.. *The Modern English Legal System*. 7ª Ed. London: Sweet & Maxwell, 2007.

TEIXEIRA, Ludmila; NUNES, Dierle. *Acesso à justiça democrático*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

THEODORO JR., Humberto. *As novas reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *Direito e Processo*. v. 5. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

_____. “Processo Justo e Contraditório Dinâmico”. In: ASSIS, Araken de; MOLINARO, Carlos Alberto (coord.), *Processo Coletivo e Outros Temas de Direito Processual*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 261-271.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*, V. I. 9ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____; NUNES, Dierle. Uma dimensão que urge reconhecer ao contraditório no Direito brasileiro: sua aplicação como garantia de influência, de não-surpresa e de aproveitamento da atividade processual. In: *Revista de Processo*, n° 168, 2009, pp. 107-141.

TOURINHO NETO, Fernando da Costa; FIGUEIRA JÚNIOR, Joel Dias. *Juizados Especiais Federais Cíveis: Comentários à Lei 10.259, de 10.07.2001*. São Paulo: RT, 2002.

TROCKER, Nicolò. *Assistenza legale e Giustizia Civile. Due studi sull'evoluzione dell'assistenza legale ai meno abbienti nel mondo contemporaneo*. Milano: Giuffrè, 1979.

_____. *Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*. Milano: Giuffrè, 1974.

TUCCI, Rogério Lauria; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo. Regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

TULIBACKA, Magdalena; HODGES, Cristopher; VOGENAUER, Stefan (coord.). *The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

TUNC, André. *The quest for justice*. In: CAPPELLETTI, Mauro (ed.). *Access to justice and the welfare state*. Alphen aan den Rijn: Sijthoff, 1981, pp. 315-359.

TUSHNET, Mark. Os precedentes judiciais nos Estados Unidos. Trad. Flavio Portinho Sirangelo. In: *Revista de Processo*, n° 218, 2013, pp. 99-110.

UBERTAZZI, Giovanni Maria. Divieto di discriminazione e uguaglianza delle armi nel processo civile secondo la commissione dei diritti dell'uomo. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 97-115.

ULEN, Thomas; COOTER, Robert. *Direito & Economia*. Trad. Luis Marcos Sander e Francisco Araújo da Costa. 5ª edição. Porto Alegre: Bookman, 2010.

USTÁRROZ, Daniel; PORTO, Sérgio Gilberto. *Lições de Direitos Fundamentais no processo civil. O Conteúdo processual da Constituição Federal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

VAN RHEE, C.H. The Development of Civil Procedural Law in Twentieth Century Europe. In: Van RHEE, C.H. (Org.). *Judicial Case Management and Efficiency in Civil Litigation*. Antwerp: Intersentia, 2008, pp. 11-22.

VELLUZZI, Vito. Scetticismo interpretativo moderato e argomenti dell'interpretazione. In: *Diritto & questioni pubbliche*, n° 5, 2005, pp. 103-109.

VENTURI, Elton. *Suspensão de liminares e sentenças contrárias ao poder público*. São Paulo: RT, 2010.

VIGORITI, Vincenzo. *Garanzie costituzionali del processo civile*. Milano: Giuffrè, 1973.

VILLA, Vittorio. *Una Teoria Pragmaticamente Orientata dell'Interpretazione Giuridica*. Torino: Giappichelli, 2012.

VIOLIN, Jordão. *Ação Coletiva Passiva: fundamentos e perfis*. Salvador: JusPodivm, 2008.

VITTA, Edoardo. Uguaglianza delle armi nel processo civile e previo esaurimento dei ricorsi interni nella convenzione europea dei diritti dell'uomo. In: *Studi Parmensi. Vol. XVIII. L'eguaglianza delle armi nel processo civile. Atti del convegno*. Milano: Giuffrè, 1977, pp. 117-166.

VOGENAUER, Stefan; TULIBACKA, Magdalena; HODGES, Christopher (coord.). *The costs and funding of civil litigation. A comparative perspective*. Oxford: Hart Publishing, 2010.

VON JHERING, Rudolf. *A Evolução do Direito*. Trad. Abel D'Azevedo. Lisboa: José Bastos & C.a. Editores, 1963.

WALDRON, Jeremy. Stare decisis and the rule of law: a layered approach. In: *Michigan Law Review*, vol. 111, 2012, pp. 02-31.

WALKER, R. J. *The English Legal System*. 6ª Ed. Londres: Butterworths, 1985.

WALKER, Robert. The Impact of European Standards on the Right to a Fair Trial in Civil Proceedings in United Kingdom Domestic Law. In: *European Human Rights Law Review*, nº 4, 1999, pp. 4-14.

WALTER, Gerhard. I diritti fondamentali nel processo civile tedesco. In: *Rivista di Diritto Processuale*, Anno LVI, n. 3, 2001, pp. 733-749.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALVIM, Teresa Celina Arruda; MEDINA, José Miguel Garcia. A súmula vinculante, vista como meio legítimo para diminuir a sobrecarga de trabalho dos tribunais brasileiros. In: *Revista do Advogado*, nº 92, 2007, pp. 7-22.

WASSERMANN, Rudolf. *Der Soziale Zivilprozess – Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat*. Neuwied und Darmstadt: Hermann Luchterhand Verlag, 1978..

WEINBERG, Ota. *Law, Institution and Legal Politics. Fundamental problems of legal theory and social philosophy*. Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1991.

WENDEL, Bradley. A Legal Ethics Perspective on Alternative Litigation Financing. In: *Canadian Business Law Journal*, Vol. 55, 2014, pp. 133-164.

WHITTAKER, Simon. Precedent in English Law: a view from the citadel. In HONDIUS, Ewoud (coord.). *Precedent and the law. Reports to the XVIIth Congress*

International Academy of Comparative Law. Utrecht, 16-22 July 2006. Bruxelas: Bruylant, 2007, pp. 27-73.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno.* Trad. António Manuel Hespanha, 4ª Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

WINDSCHEID, Bernhard; MUTHER, Theodor. *Polemica sobre la 'actio'.* Trad. Tomás Banzhaf. Buenos Aires: EJEA, 1974.

WINSTON, Kenneth. On treating like cases alike. In: *California Law Review*, Vol. 62, nº 1, jan., 1974, pp. 1-39.

WOOLF, Harry (Lord). Access to Justice. In: *Current Legal Problems*, vol. 47, 1994, pp. 341-357.

WROBLEWSKI, Jerzy. *Sentido y Hecho en el Derecho.* San Sebastian: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 2008.

_____. *The judicial application of law.* Dordrecht: Springer Science + Business Media Dordrecht, 1992.

WYNESS MILLAR, Robert. *The formative principles of civil procedure - I,* In *Illinois Law Review*, vol. XVIII, nº 1, 1923, pp. 01-36.

YARSHELL, Flavio Luiz. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova.* São Paulo: Malheiros, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *Il diritto mite.* Torino: Einaudi, 1992.

ZANETI JUNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (Direito Material e Direito Processual). In: MACHADO, Fabio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (org.). *Polêmica sobre a ação. A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, pp. 165-196.

_____. *Processo Constitucional. O modelo constitucional do processo civil brasileiro.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____; DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Processo Coletivo.* V. 4. 8ª Ed. Salvador: JusPodivm, 2013.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constituconal.* 3ª Ed. São Paulo: RT, 2014.

ZILLER, Jacques; STORSKRUBB, Eva. Access to justice in European Comparative Law. In: FRANCIONI, Francesco (coord.). *Access to Justice as a Human Right.* Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 1-55.

ZUCKERMAN, Adrian. Justice in crisis: comparative dimensions of civil procedure. In ZUCKERMAN, Adrian (coord.). *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspective of Civil Procedure*. Oxford: Oxford press, 1992, pp. 3-52.

_____. Quality and Economy in Civil Procedure. The Case for Commuting Correct Judgments for Timely Judgments. In: *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol 14, n° 3. Oxford: Oxford University Press, 1994, pp. 353-387.

ZYWICKI, Todd. The rise and fall of efficiency in the Common Law: A supply-side Analysis. In: *George Mason Law School Law & Economics Research Paper Series*, 12, 2003, pp. 02-21.