

SUMÁRIO

| | |
|---------------------|----|
| AGRADECIMENTOS..... | 13 |
| SUMÁRIO..... | 15 |
| INTRODUÇÃO | 21 |

PARTE I

PERFIL CONCEITUAL: DA IGUALDADE PERANTE A LEI À IGUALDADE NA LEI E À IGUALDADE PERANTE O DIREITO (PERSPECTIVA **MACRO**). DA GARANTIA DA PARIDADE DE ARMAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE PROCESSUAL (PERSPECTIVA **MICRO**)

| | |
|---|----|
| 1. IGUALDADE EM UMA PERSPECTIVA MACRO: DA IGUALDADE PERANTE A LEI À IGUALDADE NA LEI E À IGUALDADE PERANTE O DIREITO..... | 27 |
| 1.1 Conceção <i>estática</i> : a igualdade perante a lei..... | 27 |
| 1.1.1 O conceito de igualdade perante a lei..... | 27 |
| 1.1.2 A insuficiência da noção de igualdade perante a lei..... | 30 |
| 1.1.2.1 A possibilidade de distinções arbitrárias em lei ... | 30 |
| 1.1.2.2 O mito da univocidade do texto legal, as teorias cognitivistas da interpretação e o mito da segurança jurídica pela codificação | 31 |
| 1.2 Concepções <i>dinâmicas</i> : a igualdade na lei e a igualdade perante o direito..... | 37 |
| 1.2.1 A igualdade na lei..... | 37 |
| 1.2.1.1 O conceito de igualdade na lei..... | 37 |
| 1.2.1.2 Igualdade jurídica e igualdade de fato | 44 |
| 1.2.1.3 Igualdade-meio e igualdade-fim..... | 45 |
| 1.2.1.4 A teoria das capacidades e a igualdade de oportunidades | 48 |

| | | |
|---------|---|----|
| 1.2.2 | A igualdade perante o direito | 52 |
| 1.2.2.1 | A superação da igualdade formal como mera igualdade perante a lei | 52 |
| 1.2.2.2 | O conceito de igualdade perante o direito | 54 |
| 1.2.2.3 | Texto, norma e interpretação-resultado, as teorias lógico-argumentativas da interpretação e a segurança jurídica pela consistência das decisões judiciais | 57 |
| 1.3 | A atividade complexa de promoção da igualdade (legislador, Executivo e Judiciário) e sua complementaridade | 61 |
| 1.3.1 | Da garantia da igualdade à promoção da igualdade. A fundamentalidade do direito à igualdade e seus destinatários .. | 61 |
| 1.3.2 | A complementaridade das concepções estática e dinâmicas da igualdade. A tipologia normativa da igualdade na perspectiva macro | 64 |
| 2. | IGUALDADE EM UMA PERSPECTIVA MICRO: DA GARANTIA DA PARIDADE DE ARMAS AO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE PROCESSUAL | 69 |
| 2.1 | Concepção <i>estática</i> : a garantia da paridade de armas e a manutenção da <i>simetria das posições das partes</i> | 72 |
| 2.1.1 | Posições processuais simétricas: a identidade de posições das partes como derivação da igualdade perante a lei | 72 |
| 2.1.2 | Paridade de armas e contraditório como bilateralidade de instância | 73 |
| 2.1.3 | A divisão de trabalho entre juiz e partes (processo como arena?) e a garantia da paridade de armas | 75 |
| 2.1.4 | A igualdade em sua concepção estática (geral, abstrata e avaliativa) | 77 |
| 2.2 | Concepção <i>dinâmica</i> : o direito fundamental à igualdade processual e a <i>promoção do equilíbrio</i> entre os <i>sujeitos do processo</i> | 78 |
| 2.2.1 | Posições processuais equilibradas: a equiparação de posições dos sujeitos do processo como derivação da igualdade na lei .. | 79 |
| 2.2.2 | Igualdade processual, contraditório como potencialidade de influência e a igualdade de oportunidades aplicada ao processo | 86 |
| 2.2.3 | A divisão de trabalho entre juiz e partes (processo como ambiente de participação?) e o direito fundamental à igualdade processual | 95 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 2.2.4 | A igualdade dentro do processo em seu perfil dinâmico (particular, concreta e valorativa) | 102 |
| 2.3 | A atividade complexa de promoção da igualdade no processo (legislador, Executivo e Judiciário) e sua complementaridade | 103 |
| 2.3.1 | Da garantia da simetria das partes à promoção do equilíbrio dos sujeitos do processo. A fundamentalidade do direito à igualdade processual e seus destinatários | 104 |
| 2.3.2 | A complementaridade dos perfis estático e dinâmico da igualdade processual. A tipologia normativa da igualdade na perspectiva micro | 105 |

PARTE II

PERFIL FUNCIONAL: O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE E SUA RELAÇÃO COM A TUTELA DOS DIREITOS EM UMA PERSPECTIVA GERAL E PARTICULAR. A FUNCIONALIDADE DA IGUALDADE

| | | |
|-------|---|-----|
| 1. | O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE E A TUTELA DOS DIREITOS EM UMA PERSPECTIVA OBJETIVA E GERAL. A IGUALDADE PERANTE O DIREITO E SUA RELAÇÃO COM A FORMAÇÃO E O RESPEITO AO PRECEDENTE | 117 |
| 1.1 | A perspectiva <i>objetiva</i> e <i>geral</i> da tutela do direito e o direito fundamental ao processo justo | 117 |
| 1.1.1 | A formação e o respeito ao precedente como resultado desejável da densificação do direito fundamental ao processo justo em perspectiva geral..... | 118 |
| 1.1.2 | O discurso da ordem jurídica: formação e respeito ao precedente e universalização..... | 120 |
| 1.2 | A igualdade perante o direito e sua relação com a tutela dos direitos em perspectiva objetiva e geral..... | 129 |
| 1.2.1 | A igualdade como ideal meramente funcional e como princípio instrumental: o precedente como meio para o tratamento igualitário e a segurança jurídica como resultado indireto da igualdade perante o direito..... | 130 |
| 1.2.2 | A exigência de igualdade diante do não cognitivismo interpretativo: <i>procedural justice</i> , a experiência de <i>common law</i> e o <i>stare decisis</i> | 133 |
| 1.2.3 | A igualdade perante o direito pelo respeito ao precedente inserida no discurso da ordem jurídica. A função da igual- | |

| | | |
|-------|---|-----|
| | dade perante o direito (igualdade, respeito ao precedente, unidade do direito e segurança jurídica) | 136 |
| 2. | O DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE 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 | 139 |
| 2.1 | A perspectiva <i>subjctiva</i> e <i>particular</i> da tutela do direito e o direito fundamental ao processo justo..... | 139 |
| 2.1.1 | A decisão justa como resultado desejável da densificação do direito fundamental ao processo justo em perspectiva particular | 140 |
| 2.1.2 | O discurso do caso: decisão justa, contraditório e motivação | 142 |
| 2.2 | A igualdade no processo civil e sua relação com a tutela dos direitos em perspectiva subjetiva e particular | 145 |
| 2.2.1 | A possibilidade de que todos os sujeitos do processo desempenhem suas capacidades como objetivo da igualdade processual..... | 145 |
| 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 adversarial | 146 |
| 2.2.3 | A igualdade processual pelo exercício equilibrado das posições processuais inserida no discurso da decisão justa. A função da igualdade processual (igualdade, contraditório e motivação) | 149 |

PARTE III

PERFIL ESTRUTURAL: O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À IGUALDADE NAS SUAS RELAÇÕES COM O PROCESSO CIVIL DO ESTADO CONSTITUCIONAL

| | | |
|---------|---|-----|
| 1. | IGUALDADE AO PROCESSO..... | 155 |
| 1.1 | Problemas derivados de desigualdades extraprocessuais | 157 |
| 1.1.1 | Desigualdades no tratamento individual dos litígios..... | 157 |
| 1.1.1.1 | Custos do processo (acessibilidade econômica).. | 158 |
| 1.1.1.2 | Representação jurídica (acessibilidade técnica) .. | 162 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 1.1.1.3 | Dificuldades em razão da distância e da localização (acessibilidade geográfica)..... | 166 |
| 1.1.2 | As dificuldades no tratamento individual dos litígios que impõem seu tratamento na forma coletiva | 166 |
| 1.1.2.1 | A litigância habitual | 167 |
| 1.1.2.2 | Problemas de custo e benefício | 168 |
| 1.2 | Soluções estruturantes (a busca da <i>equipage equality</i>)..... | 169 |
| 1.2.1 | Assistência jurídica integral e igualdade ao processo em litígios individuais | 169 |
| 1.2.1.1 | Benefício da gratuidade de justiça e outras soluções para o problema dos custos | 169 |
| 1.2.1.2 | Representação jurídica gratuita pública e privada | 180 |
| 1.2.1.3 | Modificações na competência, prática de atos processuais em localidade diversa e acesso à justiça | 182 |
| 1.2.2 | O microsistema de processos coletivos e sua relação com a igualdade ao processo. A tutela coletiva de interesses individuais..... | 185 |
| 1.2.2.1 | Representatividade adequada..... | 186 |
| 1.2.2.2 | Causas de pequena monta..... | 188 |
| 1.3 | Conclusões parciais | 189 |
| 2. | IGUALDADE NO PROCESSO | 193 |
| 2.1 | Igualdade <i>no</i> processo e sujeitos processuais | 194 |
| 2.1.1 | A Fazenda Pública em juízo | 195 |
| 2.1.1.1 | Prazos diversificados..... | 197 |
| 2.1.1.2 | Custos diversificados | 198 |
| 2.1.1.3 | Procedimentos diversificados | 199 |
| 2.1.2 | Outras prerrogativas | 200 |
| 2.1.2.1 | O Ministério Público como parte processual..... | 200 |
| 2.1.2.2 | Tramitação preferencial..... | 201 |
| 2.1.2.3 | Pluralidade de partes..... | 202 |
| 2.2 | Igualdade no processo e técnica processual | 203 |
| 2.2.1 | Técnica antecipatória..... | 204 |
| 2.2.1.1 | Técnica antecipatória (urgência e evidência) | 204 |
| 2.2.1.2 | Responsabilidade pela tutela cassada | 205 |

| | | |
|-------|--|-----|
| 2.2.2 | Case management e adaptabilidade do procedimento | 206 |
| 2.2.3 | Direito probatório | 213 |
| 2.3 | Conclusões parciais | 216 |
| 3. | IGUALDADE PELO PROCESSO..... | 217 |
| 3.1 | Igualdade <i>pele</i> processo, tutela coletiva de direitos, reunião de causas e julgamento conjunto de questões (a igualdade pela coletivização) | 219 |
| 3.1.1 | A tutela coletiva de direitos individuais homogêneos | 219 |
| 3.1.2 | Julgamento conjunto de causas ou questões | 221 |
| 3.2 | Igualdade <i>pele</i> processo, julgamentos paradigma, compatibilização das decisões e súmulas (a igualdade pela <i>uniformização das decisões</i>) | 225 |
| 3.2.1 | Uniformidade pelo controle da legalidade | 226 |
| 3.2.2 | Uniformidade pela resolução de questões jurídicas repetitivas | 227 |
| 3.3 | Igualdade <i>pele</i> processo, precedente e vinculação institucional às decisões pretéritas (a igualdade pelo respeito ao precedente judicial)..... | 235 |
| 3.3.1 | Respeito ao precedente | 236 |
| 3.3.2 | Judicial departures..... | 239 |
| 3.4 | Conclusões parciais | 244 |
| | CONSIDERAÇÕES FINAIS..... | 247 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... | 255 |

INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretende tratar das relações entre igualdade e processo civil. Inúmeras são as implicações que envolvem esses dois temas. O novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei 13.105/2015) encampa muitas dessas situações a partir de dois eixos fundamentais: a *igualdade de tratamento* (a) entre os sujeitos ao longo do *iter* procedimental e a (b) de todos os cidadãos diante das decisões judiciais. Se por um lado é tarefa da doutrina lutar pela criação de condições práticas de realização desse ideal igualitário, como bem observou Barbosa Moreira,¹ 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 por que o presente trabalho estrutura-se em três partes. Em um primeiro momento, busca-se determinar qual é o significado atual da igualdade, em uma perspectiva *macro*, ou seja, *externa* ao processo, e em uma perspectiva *micro*,

1. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Dimensiones sociales del proceso civil. *Temas de derecho processual. Cuarta série*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 33.

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. O Novo Código de Processo Civil brasileiro, ao estruturar como norma fundamental o direito à igualdade de tratamento, em seu art. 7.º, ressignifica o direito à paridade de armas, colocando-o em conexão direta ao direito ao contraditório.

É a partir desse conceito de igualdade e suas implicações que se passa a delimitar, com base na compreensão das funções do próprio processo civil, quais funções 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. Nessa óptica, a *igualdade perante o direito* relaciona-se inequivocamente com a segurança jurídica e, mediadamente, com a liberdade como autodeterminação; o *equilíbrio processual* conecta-se ao contraditório e, mediadamente, ao próprio ideal de participação.

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, todos eles, em maior ou menor medida, protegidos no sistema do Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015): igualdade *ao* processo, igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo, relacionados, os dois primeiros, com a função *subjéctiva e particular* da tutela dos direitos, e o último, com sua perspectiva *objectiva 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 tão somen-

te prática do problema. De outro lado, 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 – para a qual se remete o leitor às referências bibliográficas dispostas ao longo do trabalho). Além disso, e por fim, 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 por que se remete, também aqui, para uma compreensão mais aprofundada do tema, às referências bibliográficas ao longo do texto.

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 dos objetivos do estudo ora apresentado, mas não só. É inegável que o advento de um Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105/2015) impõe àquele que pretende se debruçar sobre temas estruturais do processo civil uma mudança de perspectiva. A alteração do direito positivo permite que se reconstruam as bases do processo civil a partir de lentes doutrinárias novas e o presente trabalho, ao tentar colocar luz sobre o problema das relações entre igualdade e processo não somente no aspecto ligado ao equilíbrio das posições dos sujeitos processuais (incluindo, aí, também o juiz como sujeito do contraditório), mas também ao problema dos precedentes e da necessidade de unidade do direito *diante* das decisões judiciais, pretende contribuir para essa recompreensão das funções do processo civil no Estado Constitucional.

Assim, a partir da nova estrutura do processo civil brasileiro, resultado da alteração legislativa, pode-se repensar as relações entre a igualdade e o processo civil tendo por objeto dois problemas distintos, que vão repercutir na forma como o processo irá se desenvolver: *posições processuais equilibradas* para que os sujeitos processuais possam adequadamente influir na formação do provimento jurisdicional (a “(...) paridade de tratamento em relação ao exercício de direitos e faculdades processuais, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais (...)”, de que trata o art. 7.º do NCPC) e *igualdade diante das decisões judiciais* para que o direito tenha unidade e os sujeitos possam se autodeterminar (a unidade – *uniformização da jurisprudência* – e segurança – *coerência e estabilidade das decisões judiciais* – do direito, de que trata o art. 926 do NCPC). Essa múltipla incidência da igualdade como norma fundamental do novo processo civil brasileiro aparece como verdadeiro fio condutor da presente obra.

Considerando se tratar de um trabalho sobre igualdade e processo (e não apenas igualdade *no* processo), resta a conclusão de que seria inviável, como bem ressalta Barbosa Moreira, proceder a um inventário completo do problema.² Assim, as linhas que ora seguem foram escritas com o intuito de contribuir para a construção de um processo civil cujas bases respeitem a igualdade de tratamento, na alvorada do Novo Código de Processo Civil.

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. Temas de derecho processual. Cuarta série.* São Paulo: Saraiva, 1989. p. 80-81.