

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

MARINA BAIERLE GUARANÁ

**O DIREITO À IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL DIANTE DO
ESTADO CONSTITUCIONAL**

Porto Alegre

2013

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

MARINA BAIERLE GUARANÁ

**O DIREITO À IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL DIANTE DO
ESTADO CONSTITUCIONAL**

Trabalho de conclusão de curso apresentado 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 grau de Especialista.

Orientador: Prof. Dr. Daniel Mitidiero

Porto Alegre

2013

Quando dizemos que os seres humanos são iguais, a despeito de raça ou sexo, estamos afirmando exatamente o quê? (...) qualquer que seja a forma de comprovação que busquemos, a verdade pura e simples é que os seres humanos não são todos iguais (...) a reivindicação da igualdade não se baseia na posse de inteligência, de personalidade moral, de racionalidade ou de outros dados semelhantes. Não existe nenhuma razão logicamente imperiosa que nos force a pressupor que uma diferença de capacidade entre duas pessoas justifique uma diferença na consideração que atribuímos aos seus interesses.

(Peter Singer)

The outcome should depend on an estimate of the cultural clash and constructive strength of a contemplated new direction and, even more important, the desirability of the value that will be served.

(Oscar G. Chase)

RESUMO

O presente trabalho visa a analisar o direito à igualdade no processo civil diante do Estado Constitucional. Examinam-se as transformações ocorridas na metodologia jurídica com o advento do Estado Constitucional, considerando-se suas implicações no processo civil. Compreendido o cenário no qual está situado o direito à igualdade, identificam-se suas dimensões, elementos estruturais, conceito, natureza e conteúdo normativos. Por conseguinte, explicam-se os aspectos da jurisdição, e, nesse contexto, a segurança jurídica e o caráter argumentativo do Direito. Verificam-se, por fim, o direito à igualdade e à paridade de armas no processo civil, concluindo-se com a análise da jurisdição e do precedente na dimensão da igualdade diante do Estado Constitucional.

Palavras-chave: Estado Constitucional. Direito à igualdade. Processo civil. Jurisdição.

RÉSUMÉ

Ce travail vise à analyser le droit à l'égalité dans le procès civil devant l'État Constitutionnel. On y examine les transformations qui ont eu lieu dans la méthodologie juridique avec l'avènement de l'État Constitutionnel, tout en considérant ses implications dans le procès civil. Compris le scénario dans lequel se situe le droit à l'égalité, on identifie ses dimensions, ses éléments structurels, son concept, sa nature et contenu normatif. Par conséquent, on explique les aspects de la juridiction, et, dans ce contexte, la sécurité juridique et le caractère argumentatif du Droit. On vérifie, à la fin, le droit à l'égalité et à la parité d'armes dans le procès civil, en concluant avec l'analyse de la juridiction et du précédent dans la dimension de l'égalité en face de l'État Constitutionnel.

Mots clés: État Constitutionnel. Droit à l'égalité. Procès civil. Juridiction.

SUMÁRIO

| | |
|---|----|
| 1 INTRODUÇÃO | 06 |
| 2 ESTADO CONSTITUCIONAL: O DIREITO À IGUALDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO | 07 |
| 2.1 O DIREITO À IGUALDADE DIANTE DO ESTADO CONSTITUCIONAL..... | 07 |
| 2.2 DIREITO À IGUALDADE: ÂMBITO DE PROTEÇÃO, DIMENSÕES E DESTINATÁRIOS | 12 |
| 2.3 O CONCEITO DE IGUALDADE, SEUS ELEMENTOS ESTRUTURAIS, SUA NATUREZA E SEU CONTEÚDO NORMATIVOS | 15 |
| 3 O PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL | 20 |
| 3.1 A NOVA FASE METODOLÓGICA DO PROCESSO CIVIL: O FORMALISMO-VALORATIVO | 20 |
| 3.2 JURISDIÇÃO E PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL..... | 22 |
| 3.3 A SEGURANÇA JURÍDICA E O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL..... | 27 |
| 4 A IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO | 34 |
| 4.1 O DIREITO À IGUALDADE E À PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO | 34 |
| 4.2 ESTADO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO À LUZ DA IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO..... | 38 |
| 4.3 O PRECEDENTE NA DIMENSÃO DA IGUALDADE DIANTE DO ESTADO CONSTITUCIONAL | 41 |
| 5 CONCLUSÃO | 47 |
| REFERÊNCIAS | 51 |

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva discorrer sobre o *direito à igualdade*, iniciando a exposição com a análise do contexto no qual está situado. Explica-se o atual paradigma centrado na dignidade da pessoa humana, fundamento do *Estado Constitucional*, cujo substrato material é constituído pela juridicidade, juntamente à constitucionalidade e aos direitos fundamentais. Com isso, a igualdade é apreciada enquanto condição imprescindível para a formação de uma identidade coletiva, delineando-se a supremacia do direito no Estado contemporâneo. Nesse contexto, explica-se a atual fase do pensamento jurídico: o Neoconstitucionalismo.

A chave do trabalho é realizada com as considerações a respeito do âmbito de proteção e dos destinatários do *direito à igualdade*, averiguando-se, assim, as suas dimensões. Identificam-se, por conseguinte, os elementos estruturais da igualdade, conceituando-a e estabelecendo sua natureza e conteúdo normativos.

O alicerce dos temas é a apreciação do processo civil no Estado Constitucional, explicando-se a presente fase metodológica do processo civil: o formalismo-valorativo. Apontam-se os aspectos da jurisdição no Estado Constitucional, examinando-a de acordo com as transformações ocorridas na metodologia jurídica. Nessa linha, o escopo do estudo é determinado com as considerações sobre a segurança jurídica e o caráter argumentativo do Direito.

Por fim, objetivando a verificação, no processo civil, do direito à igualdade e à paridade de armas, o estudo se completa com suas explicações sob a perspectiva de garantias fundamentais asseguradas pela Constituição. Concluindo-se o trabalho com a análise da jurisdição e do precedente na dimensão da igualdade diante do Estado Constitucional.

2 ESTADO CONSTITUCIONAL: O DIREITO À IGUALDADE NO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 O DIREITO À IGUALDADE DIANTE DO ESTADO CONSTITUCIONAL

O surgimento do Estado Constitucional¹ ocorreu após a Segunda Guerra Mundial a fim de consolidar as conquistas e suprir as falhas das experiências anteriores, introduzindo novos mecanismos de soberania popular, a busca pela efetividade dos direitos fundamentais e a garantia jurisdicional da supremacia da Constituição². O Estado Constitucional constitui Estado Democrático de Direito: seus dois corações políticos são o Estado de Direito e o Estado Democrático³, possuindo como princípios fundamentais a juridicidade, a igualdade, a segurança jurídica, a liberdade e a participação, com o fim máximo de alcançar a justiça⁴.

Referidas mudanças ensejaram o desenvolvimento de um novo paradigma que adotou a dignidade da pessoa humana⁵ como foco central do sistema, passando a ser este o núcleo dos direitos fundamentais, do constitucionalismo contemporâneo e do Estado Constitucional⁶. Nesse contexto, expõe Marcelo Novelino:

A perplexidade causada pelas terríveis experiências nazistas e pela barbárie praticada durante a guerra despertou a consciência coletiva sobre a necessidade de proteção da pessoa humana, a fim de evitar que pudessem ser reduzidas à condição de mero instrumento para fins coletivos ou individuais e impedir qualquer tipo de distinção dos seres humanos em categorias hierarquizadas de seres humanos superiores e inferiores⁷.

Consagraram-se, assim, a terceira e a quarta dimensões de direitos, ligadas, respectivamente, à fraternidade e à pluralidade, buscando promover e proteger a dignidade da

¹ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008. (Título original: *Il Diritto Mitte: Legge, diritti, giustizia*).

² NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 44.

³ Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 98-100.

⁴ MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela**: da tutela cautelar à técnica antecipatória. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 60.

⁵ “A dignidade da pessoa humana (assim como os direitos fundamentais que lhe são inerentes) aponta – de acordo com a lapidar lição de Gomes Canotilho – para a ideia de uma comunidade constitucional (republicana) inclusiva, necessariamente pautada pelo multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico e, portanto, contrária a qualquer tipo de “fixismo” nesta seara, e, para além disso, incompatível com uma visão reducionista e até mesmo “paroquial” da dignidade”. (SARLET, Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 173).

⁶ Nesse sentido, FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*. **Estado e direito: Revista luso-espanhola de direito público**. n. 17-18, 1996. p. 97.

⁷ NOVELINO, 2012, p. 32.

pessoa humana a partir dos chamados novos direitos fundamentais, ainda que a maioria fosse manifestação dos direitos de liberdade e igualdade com novos contornos⁸.

O pluralismo, previsto no artigo 1º, inciso V, da Constituição Federal, fundamento da República Federativa do Brasil, institui passo fundamental em direção a uma democracia no Estado contemporâneo⁹. Significa além da diversidade política partidária¹⁰ um pluralismo artístico, ideológico, cultural, religioso e de opções e orientações de vida, abrangendo e pressupondo um respeito ao direito à diferença¹¹. O sociólogo português Boaventura de Souza Santos traça uma paralelo entre o direito à igualdade e o direito à diferença, citando:

*Dado el espacio-tiempo global en que se despliega, este nuevo cosmopolitismo tiene que articular diferentes formas democráticas, las cuales tendrán que ser multiculturales si quieren ser el instrumento generador de una nueva articulación entre políticas de igualdad y políticas de identidad, de acuerdo con el imperativo que enuncié: tenemos derecho a ser iguales cada vez que la diferencia nos inferioriza; tenemos derecho a ser diferentes cuando la igualdad nos descaracteriza*¹².

Se a diferença for um aspecto de identidade da pessoa, esta deve ser respeitada, de modo que, a garantia dos direitos de liberdade e de igualdade é condição imprescindível para a formação de uma identidade coletiva fundada no respeito recíproco. Nessa linha, refere Luigi Ferrajoli:

*Sentido común de pertenencia y constitución, unificación política y afirmación jurídica del principio de igualdad están, por otra parte, como enseña la propia experiencia de nuestras democracias, íntimamente ligadas. Es también cierto que la efectividad de cualquier constitución supone un mínimo de homogeneidad cultural y prepolítica. Pero es todavía más cierto lo contrario: que es sobre la igualdad en los derechos, como garantía de la tutela de todas las diferencias de identidad personal y de la reducción de las desigualdades materiales, como maduran la percepción de los otros como iguales y, por ello, el sentido común de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad política. Se puede, más aún, afirmar que la igualdad y la garantía de los derechos son condiciones no sólo necesarias, sino también suficientes para la formación de la única «identidad colectiva» que vale la pena perseguir: la que se funda en el respeto recíproco, antes que en las recíprocas exclusiones e intolerancias generadas por las identidades étnicas, nacionales, religiosas o lingüísticas*¹³.

⁸ NOVELINO, 2012, p. 33.

⁹ NOVELINO, 2012, p. 385-386.

¹⁰ STF – ADI (MC) 3.059/RS, Min. Carlos Britto: “Entendido o pluralismo político, já do ângulo dos cidadãos, como o direito de se organizar em pessoas jurídico-eleitorais diferenciadas para conceber por um modo peculiar o governo da polis. Com seus naturais desdobramentos quanto à forma de investidura e sua duração, exercício e acompanhamento crítico desse poder de abrangência territorial e pessoal máxima. Logo, e em última análise, direito à convivência político-ideológica dos contrários, que é um dos mais visíveis conteúdos da democracia”.

¹¹ Nesse sentido, SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 143.

¹² SANTOS, Boaventura de Souza. *Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*. **Revista de Interculturalidad**. p. 44. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/homepage.php>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neonconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p. 41.

Ademais, o reconhecimento e a proteção dos direitos fundamentais com fundamento na dignidade da pessoa humana¹⁴, viga-mestra para a construção do Estado Constitucional contemporâneo, é o escopo da supremacia do direito em uma democracia¹⁵. A supremacia do direito, técnica utilizada pelo direito para operacionalizar o diálogo entre a política e a ética no Estado Constitucional, tem por fulcro os valores centrados na dignidade da pessoa humana, os quais validam e dão unidade a todos os aspectos da vida social, vinculando o Estado e a sociedade como um todo no intuito de alcançar o bem comum¹⁶.

No direito contemporâneo, a juridicidade juntamente à constitucionalidade e aos direitos fundamentais formam o substrato material do Estado Constitucional¹⁷. Além disso, em razão de conter em si a ideia de Direito, a juridicidade do Estado remete à ideia de justiça, a qual impõe a igualdade de todos perante a ordem jurídica¹⁸.

Sendo assim, o direito material e o direito processual não estão mais atados a uma pauta de legalidade, não podendo o juiz conformar-se com legislações infraconstitucionais avaliadas injustas¹⁹. Esse conformismo é repellido pelo advento do Estado Constitucional, em razão do desígnio do sistema jurídico brasileiro estar atrelado ao controle difuso de constitucionalidade e à necessidade de interpretação conforme os direitos fundamentais²⁰, instrumentos essenciais para a construção de um processo efetivamente justo²¹. O direito ao processo justo é o direito ao processo civil no Estado Constitucional, sendo o exercício de poder legítimo somente se por ele pautado, tendo em vista que fora dele não é possível obter decisões justas²².

¹⁴ “Com efeito, justamente em função da sua condição (também) principiológica e de sua consequente abertura à complexidade e ao pluralismo, a dignidade da pessoa humana permite a substituição de padrões normativos absolutos e estritos por referenciais normativos flexíveis e compatíveis com a salvaguarda da identidade na diferença, numa ambiência comunicativa e relacional”. (SARLET, 2012, p. 174).

¹⁵ COSTA, Daniela Fernanda. **Os direitos fundamentais sociais como expressão do bem comum**. Mestrado (Dissertação). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 09-10.

¹⁶ SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Tese de titularidade, Porto Alegre, 2002.

¹⁷ Sobre o tema: CANOTILHO, 2003; ZAGREBELSKY, 2008.

¹⁸ MITIDIERO, 2013. p. 60-61. Nesse sentido, CANOTILHO, 2003. p. 245.

¹⁹ MITIDIERO, Daniel. **Colaboração no processo civil**: pressupostos sociais, lógicos e éticos. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 43-44.

²⁰ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil**: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão. São Paulo: RT, 2005.

²¹ MITIDIERO, 2011, p. 44.

²² MITIDIERO, 2013, p. 61.

De acordo com Fredie Didier Júnior, à fase atual do pensamento jurídico deu-se o nome de Neoconstitucionalismo²³, cujas principais marcas são: (i) reconhecimento da força normativa da Constituição; (ii) desenvolvimento da teoria dos princípios, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa²⁴; (iii) transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, da distinção entre texto e norma²⁵, da consagração das máximas de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das normas, do método de concretização dos textos normativos convivendo com a subsunção²⁶, e da técnica legislativa das cláusulas gerais²⁷; (iv) expansão e consagração dos direitos fundamentais²⁸.

Contudo, Humberto Ávila ao analisar as mudanças fundamentais da teorização e a aplicação do direito constitucional preconizadas pelo Neoconstitucionalismo, conclui pela inexistência de suporte para tanto no ordenamento constitucional brasileiro, aduzindo:

Se existe um modo peculiar de teorização e aplicação do Direito Constitucional, pouco importa a sua denominação, baseado num modelo normativo (“da regra ao princípio”), metodológico (“da subsunção à ponderação”), axiológico (“da justiça geral à justiça particular”) e organizacional (“do Poder Legislativo ao Poder Judiciário”), mas esse modelo não foi adotado, não deve ser adotado, nem é necessariamente bom que o seja, é preciso repensá-lo, com urgência. Nada, absolutamente nada é mais premente do que rever a aplicação desse movimento que se convencionou chamar de “neoconstitucionalismo” no Brasil²⁹.

²³ Termo cunhado por POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional*. Tradução Josep M. Vilajosana. *Doxa*, n. 21, v. II, 1998. p. 339-353. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>>.

Acesso em: 15 mar. 2013.

²⁴ Sobre o tema: ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012; ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.; ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução Virgílio Gomes da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

²⁵ Nesse sentido, GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

²⁶ Nesse sentido, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009.

²⁷ Sobre o tema: MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998. DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Acesso em: 18 fev. 2013a.

²⁸ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013b, v. 1. p. 27-32.

²⁹ ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

De acordo com Daniel Sarmento, todavia, o Neoconstitucionalismo é uma teoria constitucional que pode ser aplicada ao sistema jurídico brasileiro se observados as seguintes premissas:

Sem descartar a importância das regras e da subsunção, abra também espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Se for visto como uma concepção que, sem desprezar o papel protagonista das instâncias democráticas na definição do Direito, reconheça e valorize a irradiação dos valores constitucionais pelo ordenamento, bem como a atuação firme e construtiva do Judiciário para proteção e promoção dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. E, acima de tudo, se for concebido como uma visão que conecte o Direito com exigências de justiça e moralidade crítica, sem enveredar pelas categorias metafísicas do jusnaturalismo³⁰.

Nesse diapasão, George Marmelstein Lima aborda a aludida técnica da ponderação adotada no Estado contemporâneo a partir das ideias de Robert Alexy³¹ e explica que não se deve abrir mão do sopesamento, tendo em vista ser ele inevitável diante de um ordenamento jurídico como o brasileiro que aceita a força normativa dos direitos fundamentais. Frisa, porém, ser imprescindível melhorar consideravelmente a argumentação jurídica, buscando conferir maior racionalidade ao processo de justificação do julgamento, através de uma fundamentação consistente, baseada em dados empíricos e objetivos que reforcem o acerto da decisão. Expõe, assim, que as críticas à técnica da ponderação – subjetiva, antidemocrática, insegura – são procedentes em grande parte, diante da realidade brasileira, utilizando a metáfora de que entre nós, vigoraria a “Teoria da Katchanga”, pois ninguém sabe quais são as regras do jogo, quem dá as cartas é quem define quem vai ganhar, sem precisar explicar os motivos³².

Embora a amplitude do presente trabalho não possa abarcar todas as discussões a respeito das transformações na metodologia jurídica a partir da metade do século XX, é imprescindível que a compreensão e a aplicação do Direito processual civil as tenham como pauta. Assim sendo, analisado o atual cenário no qual se encontra o sistema jurídico brasileiro, referidos aspectos irão delinear o estudo do direito à igualdade no processo civil brasileiro.

³⁰ SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2013. p. 40-41.

³¹ ALEXY, 2008.

³² LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21646/alex-y-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga#ixzz2JsWiU8md>>. Acesso em: 3 fev. 2013.

2.2 DIREITO À IGUALDADE: ÂMBITO DE PROTEÇÃO, DIMENSÕES E DESTINATÁRIOS

A igualdade obteve acentuado destaque em várias passagens da Constituição Federal brasileira de 1988, a começar pelo Preâmbulo, no qual a igualdade, ao lado da justiça e do valor de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, integra os valores essenciais da ordem jurídico-constitucional. Apresenta-se, a igualdade, no texto constitucional, como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e na condição de norma impositiva de tarefas para o Estado – tais como, o artigo 3º que, no âmbito dos direitos fundamentais, principalmente nos incisos III e IV, elenca a redução das desigualdades regionais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Além disso, o texto constitucional estabelece uma série de disposições impositivas de tratamento igualitário e proibitivas de discriminação – como a igualdade entre homens e mulher (artigo 5º, inciso I), a proibição de diferenças de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil (artigo 7º, inciso XXX), a igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso (artigo 7º, inciso XXXIV), o acesso igualitário e universal aos bens e serviços em matéria de saúde (artigo 196, *caput*), a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (artigo 206, inciso I), a igualdade de direitos e deveres entre os cônjuges (artigo 226, § 5º), a proibição de discriminação em razão da filiação (artigo 227, § 6º), o dever de a lei reservar percentual de cargos e empregos públicos para pessoas com deficiência (artigo 37, inciso VII)³³.

A Constituição Federal prevê no seu artigo 5º, *caput*, que todos são iguais perante a lei, garantindo-se, dentre outros, o direito à igualdade³⁴. A ideia de igualdade unida à liberdade e à dignidade constitui valor jurídico fundamental, base para a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana e o completo desenvolvimento da personalidade³⁵. De acordo com José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, a igualdade é um dos princípios estruturantes do sistema constitucional, conjugando dialeticamente as dimensões liberais, democráticas e sociais inerentes ao conceito de Estado de Direito Democrático e Social, tal como (também) o é o Estado projetado pela Constituição Federal³⁶.

³³ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 530.

³⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 10.

³⁵ NOVELINO, 2012, p. 494.

³⁶ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012. p. 523-524. Nesse sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 2007. p. 336-337.

O direito à igualdade visa impedir discriminações, distinções, e privilégios arbitrários, injustificáveis ou preconceituosos. Sua essência é assegurar o alcance da justiça, possuindo raiz axiológica no “sentimento comum do que seja tratamento igual e desigual, na exata medida em que a igualação ou a desigualação estejam amparadas em razões reputadas relevantes”. O senso comum que possui o condão de dividir de forma equânime as atribuições e direitos já existia nas sociedades mais primitivas, antes, inclusive, da ideia de processo, ainda que de maneira incipiente. O fenômeno do direito à igualdade, não se limita ao campo da estrita dogmática jurídica, é um fato social, considerando-se a justiça uma expressão ética do seu conteúdo³⁷. Nesse sentido, observa Miguel Reale:

Justiça que, como se vê, não é senão a expressão unitária e integrante dos valores todos de convivência, pressupõe o valor transcendental da pessoa humana, e representa, por sua vez, o pressuposto de toda a ordem jurídica. Essa compreensão histórico-social da Justiça leva-nos a identifica-la como o bem comum, dando, porém, a este termo sentido diverso do que lhe conferem os que atentam mais para os elementos de ‘estrutura’, de forma abstrata e estática, sem reconhecerem que o bem comum só pode ser concebido, concretamente, como um processo incessante de composição de valorações e de interesses, tendo como base ou fulcro o valor condicionante da liberdade espiritual, a pessoa como fonte constitutiva da experiência ético-jurídica³⁸.

Com efeito, diferencia-se a igualdade perante a lei (formal, *equality before the law*) da igualdade na lei (material, *equality by the law*). A primeira dirige-se apenas aos aplicadores do direito, Poder Judiciário e Administração Pública, enquanto a segunda é voltada tanto aos que aplicam quanto àqueles que criam as normas jurídicas, Poder Legislativo³⁹.

Em que pese o texto constitucional tenha utilizado a expressão “igualdade perante a lei”, o Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que o direito à igualdade se dirige a todos os poderes públicos, incluindo o legislador⁴⁰. Sendo assim, a isonomia deve

³⁷ ALVES, Francisco Glauber Pessoa. **O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 36-37.

³⁸ REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 123.

³⁹ NOVELINO, 2012, p. 495.

⁴⁰ STF – AI (AgR) 360.461, rel. Min. Celso de Mello (DJE 28.03.2008): “Sabemos, tal como já decidiu o STF (RTJ 136/444, rel. p/ o ac. Min. Celso de Mello), que o princípio da isonomia – cuja observância vincula todas as manifestações do Poder Público – deve ser considerado, em sua precípua função de obstar discriminações e de extinguir privilégios (RDA 55/114), sob duplo aspecto: a) o da igualdade na lei e b) o da igualdade perante a lei. A igualdade na lei – que opera numa fase de generalidade puramente abstrata – constitui exigência destinada ao legislador, que, no processo de formação do ato legislativo, nele não poderá incluir fatores de discriminação responsáveis pela ruptura da ordem isonômica. (...) A igualdade perante a lei, de outro lado, pressupondo lei já elaborada, traduz a imposição destinada aos demais poderes estatais, que, na aplicação da norma legal, não poderão subordiná-la a critérios que ensejem tratamento seletivo ou discriminatório. A eventual inobservância desse postulado pelo legislador, em qualquer das dimensões referidas, imporá, ao ato estatal por ele elaborado e produzido, a eiva de inconstitucionalidade.

orientar a criação, interpretação e aplicação das leis, sendo defesas, *a priori*, distinções com base na origem, raça, cor, sexo, idade ou quaisquer forma de discriminação.

A igualdade *perante a lei* consiste no tratamento isonômico conferido a todos os seres de uma mesma categoria essencial. Impõe a observância da igualdade jurídica de maneira geral (artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal) e, expressamente, seja conferido tratamento jurídico isonômico a homens e mulheres (artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal)⁴¹. Pontua Ingo Sarlet, na linha de Oscar Vilhena Vieira, que a afirmação de que todos são iguais perante a lei não pode ser compreendida como uma proposição de fato, e sim como uma reivindicação de natureza moral, de modo que a igualdade constitui uma reivindicação construída social e politicamente, a qual se traduz em um dever ser no plano jurídico – dever de igual tratamento, respeito e consideração⁴².

Diversamente, a igualdade *na lei* tem por finalidade a igualização fática dos desiguais por meio da concessão de direitos e da adoção de certas medidas. O objetivo não é o mesmo tratamento jurídico, mas reduzir uma desigualdade que existe no plano real. Para isso, juridicamente, as pessoas devem ser tratadas diversamente. Portanto, a igualdade fática pressupõe uma desigualdade jurídica⁴³. Ingo Sarlet aduz que a atribuição de um sentido material à igualdade foi uma reação precisamente à percepção de que a igualdade formal não afastava, por si só, situações de injustiça, exigindo-se critérios razoáveis e justos para determinados tratamentos desiguais⁴⁴.

O tratamento desigual se legitima quando a medida tem por fim fomentar a igualdade material e se justifica em vários dispositivos constitucionais, tais como os que consagram direitos sociais (artigo 6º e seguintes da Constituição Federal) e o que aponta a redução das desigualdades sociais e regionais como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso III, da Constituição Federal)⁴⁵.

A igualdade, enquanto direito fundamental, impõe aos particulares o dever de observância dos seus preceitos em razão da eficácia horizontal⁴⁶, sendo tolhidas práticas de condutas discriminatórias ou preconceituosas. Entretanto, a aplicação da igualdade às relações

⁴¹ ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 73-77.

⁴² MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 526.

⁴³ ÁVILA, 2009, p. 73-77.

⁴⁴ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 528.

⁴⁵ NOVELINO, 2012, p. 497.

⁴⁶ Sobre o tema: SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

entre particulares não ocorre com a mesma intensidade que se dá em relação aos poderes públicos, face à autonomia da vontade, princípio basilar das relações privadas⁴⁷.

Ainda, na lição de Ingo Sarlet, há uma terceira evolução do direito à igualdade no âmbito do constitucionalismo moderno, caracterizado pelo dever de compensação das desigualdades sociais, econômicas e culturais, denominada de igualdade *de fato* ou igualdade *social*. De qualquer sorte, as três dimensões da igualdade que integram a igualdade formal e material levaram à reconstrução da noção de igualdade, seu significado e alcance em termos jurídico-constitucionais. Destaca-se, em particular, nessa evolução, a íntima relação entre a igualdade e os valores da dignidade da pessoa humana e da liberdade⁴⁸.

2.3 O CONCEITO DE IGUALDADE, SEUS ELEMENTOS ESTRUTURAIS, SUA NATUREZA E SEU CONTEÚDO NORMATIVOS

A preferência atribuída à igualdade pela Constituição não lhe garante efetividade, restando impositivo sejam devidamente compreendidos os seus elementos estruturais, a relação entre eles, assim como sua natureza normativa e seu conteúdo normativo⁴⁹.

A igualdade pode ser definida como a relação entre dois ou mais *sujeitos* com base em *critério de comparação* aferido por meio de *elementos indicativos* os quais servem de instrumento para realização de uma determinada *finalidade*⁵⁰.

Os *sujeitos* são sempre comparados por algum motivo, sendo a relevância da propriedade escolhida pautada no vínculo de correlação lógica que ela deve manter com a *finalidade* que justifica a comparação. Não basta saber se as pessoas são ou não iguais (igualdade descritiva), é preciso ter conhecimento se as pessoas devem ou não ser tratadas igualmente (igualdade prescritiva). Para saber se as pessoas devem ser tratadas igualmente é preciso verificar no plano dos fatos se elas têm as propriedades selecionadas como relevantes pela norma⁵¹. De tal modo que a igualdade, enquanto dever de tratamento igualitário, só surge

⁴⁷ NOVELINO, 2012, p. 495.

⁴⁸ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 528.

⁴⁹ ÁVILA, 2009, p. 36-40.

⁵⁰ MELLO, 2006, p. 17. Nesse sentido, ROCHA ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990. p. 46.

⁵¹ Por exemplo, duas pessoas podem ser consideradas iguais ou diferentes segundo o critério do sexo, mas deverão ser havidas como diferentes para obter licença maternidade, se somente uma delas for do sexo feminino e deverão ser tratadas igualmente para votar ou pagar impostos, porque a concretização dessas finalidades é indiferente ao sexo.

quando os *sujeitos* são comparados por *critérios de comparação* permitidos, relevantes e congruentes relativamente à *finalidade* visada⁵².

O elemento essencial para o estabelecimento da relação de igualdade são os *sujeitos* objetos de comparação. Sua compreensão deve ser feita da maneira mais ampla possível, de modo que quando se fala em sujeitos, menciona-se o envolvimento que o raciocínio de igualdade contrai direta ou indiretamente com a relação entre sujeitos. Desse modo, o raciocínio de igualdade é comparativo de quaisquer objetos, sejam fatos, situações ou atividades relacionados a sujeitos que, no que concerne a eles, tenham interesses juridicamente protegidos⁵³.

Os *sujeitos*, objeto de comparação, devem ser comparados com referência a uma *medida comum de comparação*, como, por exemplo, idade, sexo ou capacidade econômica⁵⁴. Mas a medida de comparação deve estar vinculada com a realidade, motivo pelo qual o Tribunal Constitucional Alemão afirma que o fundamento da diferenciação deve originar da natureza das coisas, não podendo ser contrário à realidade concreta, deve estar baseado em considerações concretas⁵⁵.

Além disso, a *medida de comparação* deve ser pertinente à finalidade que é buscada pela diferenciação. Considera-se pertinente a medida de comparação relevante cujos elementos estejam relacionados com a promoção da finalidade que justifica sua escolha⁵⁶. Essa é a razão pela qual o Supremo Tribunal Federal, ao decidir a respeito da diferenciação de

⁵² ÁVILA, 2009, p. 40-42. Nesse sentido, COMPARATO, Fábio Konder. Precisão sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. **Revista dos Tribunais**, v. 750, n. 18, 1998.

⁵³ ÁVILA, 2009, p. 42-43.

⁵⁴ Nesse sentido, DERZI, Misabel de Abreu Machado. O princípio da igualdade e o direito tributário. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, v. 1, n. 190, 1994.

⁵⁵ ÁVILA, 2009, p. 43-47.

⁵⁶ Citam-se duas decisões exemplificativamente:

1ª) STF, ADI (MC) 489, Tribunal Pleno, rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJU 22.11.1991): lei estadual que determinou dever o período de trabalho de secretários de Estado contar em dobro para efeitos de aposentadoria. Levada a questão a julgamento, afirmou-se a não razoabilidade de se considerar que o tempo de serviço de um secretário de Estado deva valer em dobro que o dos demais servidores, pois discriminação arbitrária ou aleatória. Em virtude disso, a distinção foi considerada inválida, dentre outros motivos, porque o critério escolhido (ser secretário de Estado) não mantinha qualquer relação com a finalidade buscada (garantir meios de subsistência após aposentadoria).

2ª) STF, ADI (MC) 1.813-5, Tribunal Pleno, rel. Min. Marco Aurélio (DJU 5.6.1998): lei que vinculou o número de candidatos por partido ao número de vagas na Câmara de Deputados - o número de vagas foi escolhido como critério de discriminação eleitoral. Os partidos insurgiram-se contra a medida. No julgamento, porém, considerou-se haver congruência entre o critério de distinção e a medida adotada, pois a vinculação das vagas ao número de candidatos levaria à melhor representatividade populacional, ou seja, o critério escolhido (número de candidatos) mantinha uma relação de pertinência com a finalidade buscada (representatividade democrática).

tratamento, entendeu pela proibição de desigualdades injustificadas, as quais não são constitucionalmente relevantes para o tratamento da matéria em questão⁵⁷.

Desse modo, na problemática da igualdade, compreende-se que a *medida de comparação*: (a) precisa abranger um elemento efetivamente existente; (b) deve manter uma relação fundada e conjugada de pertinência com o seu elemento indicativo, ou seja, quando for possível afirmar que a existência do elemento indicativo escolhido promove a existência da medida de comparação em maior medida que os outros elementos indicativos disponíveis; (c) tem que manter uma relação fundada e conjugada de pertinência com a finalidade que justifica sua utilização, isto é, quando for possível comprovar que a existência da medida de comparação fomenta a existência da finalidade em maior medida que as outras medidas de comparação disponíveis⁵⁸;

O uso da *medida de comparação*, no entanto, é considerado válido somente se compatível com a Constituição, sendo aferido pela inexistência de princípio que exclua o seu uso ou pela compatibilidade com a finalidade que a sua utilização visa promover, assim como pela ausência de regra que proíbe seu uso, o impõe de maneira diferente, iguala aquilo que ela separa ou pré-exclui a busca da finalidade que justificou sua utilização⁵⁹.

A *finalidade* visada deve ser demonstrada mediante a indicação do suporte expresso ou implícito, cujo significado preliminar permita aferir a sua previsão em nível constitucional. Não podendo a lei atribuir efeitos valorativos ou depreciativos em desconformidade com os valores constitucionais ou padrões ético-sociais acolhidos no ordenamento jurídico brasileiro⁶⁰.

Ademais, em relação à natureza normativa, o termo igualdade pode ser utilizado para expressar uma norma que orienta o intérprete na aplicação de outras normas: igualdade-

⁵⁷ RE 203.954, STF, Tribunal Pleno, rel. Min. Ilmar Galvão (DJU 7.2.1997).

⁵⁸ ÁVILA, 2009, p. 47-63. Por exemplo, a idade, na maioria dos casos, é *elemento indicativo* da capacidade de discernimento: um jovem de doze anos normalmente não tem capacidade para avaliar maduramente os acontecimentos da vida pública de um país, ao passo que um homem de trinta e cinco anos geralmente tem condições de fazê-lo. Vale dizer que entre a idade (*elemento indicativo da medida de comparação*) e a capacidade de discernimento (*medida de comparação*) existe uma relação de causa e efeito, uma correlação. Outro exemplo é a distinção entre pilotos, estabelecida pelo Poder Legislativo com a finalidade de garantir segurança aos passageiros em voos de avião (*finalidade*), baseada no seu reflexo e na sua visão (*medida de comparação*), aferindo-a com base na idade (*elemento indicativo da medida de comparação*): pilotos acima de sessenta e cinco anos de idade não mais podem pilotar. Nesse caso, o Poder Legislativo pressupõe que, na maior parte dos casos, a idade é *elemento indicativo* da diminuição dos reflexos apurados em situações de estresse, e da manutenção da visão em perfeitas condições: os homens acima da idade limite normalmente perdem seus reflexos e sua visão, enquanto os homens abaixo daquele limite geralmente têm seus reflexos e sua visão em condições normais. Dessa forma, estabelece uma correlação entre a idade (*elemento indicativo da medida de comparação*) e o reflexo e a visão (*medida de comparação*).

⁵⁹ ÁVILA, 2009, p. 193.

⁶⁰ MELLO, 2006, p. 42.

postulado⁶¹; para aludir uma norma que delimita o poder do legislador proibindo o emprego de determinadas medidas de comparação⁶²: igualdade-regra⁶³; para referir uma norma que estabelece um estado ideal de igualdade a ser alcançado: igualdade-princípio⁶⁴. Nesse contexto, explica Humberto Ávila:

O que é a igualdade? Ou, noutra dizer: qual norma é “a” igualdade? A igualdade é tudo isso. Uma espécie de super-norma que subsume várias dentro dela. Muito do debate a respeito da natureza normativa da igualdade e de seu conteúdo normativo se deve a essa multidimensionalidade implicada no conceito de igualdade. Às vezes, a disputa a respeito de ser ela um princípio ou uma regra decorre da consideração a aspectos diferentes do fenômeno normativo comportado pela igualdade⁶⁵.

A discussão sobre o conteúdo normativo da igualdade é acirrada na doutrina, pois de grande dificuldade identificar se diz respeito a uma norma formal (sem conteúdo) ou uma norma material (com conteúdo), ou seja, se a igualdade possui ou não conteúdo próprio⁶⁶. Não se trata de mera questão terminológica, mas sim do próprio funcionamento da igualdade⁶⁷.

Na acepção de Humberto Ávila, a igualdade é formal em razão de ser estrutural, o que não significa ser ela menos valiosa. Não se trata de afirmação axiologicamente estabelecida sobre o valor da igualdade, cuida-se, na realidade, de enunciado fundado sobre o funcionamento da igualdade. Sendo assim, entende-se que a igualdade estabelece uma estrutura relacional que está por trás e ao lado dos direitos fundamentais⁶⁸.

⁶¹ STF, RE 78.927, rel. Min. Aliomar Baleeiro (DJU 4.10.1974): ao analisar a cobrança do imposto sobre serviços de qualquer natureza com base num item da legislação que permitia a sua exigência apenas sobre as construções “por empreitada ou administração”, a 1ª Turma do STF entendeu que a norma legal não poderia ser ampliada por analogia.

⁶² Nesse sentido, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O princípio da igualdade no direito tributário. **Revista de Direito Tributário**, v. 58, n. 205, 1991.

⁶³ STF, ADI 2.652, rel. Min. Maurício Corrêa (DJU 14.11.2003): ao examinar uma norma legal que estabelecia que somente os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil estavam excluídos da imposição de multa por obstrução da justiça o Tribunal Pleno do STF entendeu haver violação à norma constitucional que veda distinção em razão do exercício profissional, em virtude de ter havido exclusão dos advogados vinculados a entes estatais, que estão submetidos a regime estatutário próprio da entidade.

⁶⁴ STF, ADI 1.276-SP, rel. Min. Ellen Gracie (DJU 29.11.2002): ao analisar a instituição de um incentivo fiscal concedido a empresas que contratavam empregados com mais de quarenta anos, o Tribunal Pleno do STF considerou inexistir violação ao princípio da igualdade em virtude de o Poder Legislativo ter usado o caráter extrafiscal, que pode ser conferido aos tributos, para estimular a conduta da parte dos contribuintes.

⁶⁵ ÁVILA, 2009, p. 138-139.

⁶⁶ Nesse sentido, PINTO, Maria da Glória Ferreira. Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido? **Boletim do Ministério da Justiça de Portugal n. 358**, 1986. p. 19-64.

⁶⁷ ÁVILA, 2009, p. 138-139.

⁶⁸ ÁVILA, 2009, p. 144-145. Nesse sentido, BORGES, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 30.

Com efeito, a Constituição, ao tratar a igualdade como finalidade fundamental, específica e princípio geral, sendo colocada em primeiro lugar nas garantias fundamentais, atribui uma preferência ao tratamento igualitário⁶⁹.

⁶⁹ ÁVILA, 2009, p. 196. Nesse sentido, DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

3 O PROCESSO CIVIL NO ESTADO CONSTITUCIONAL

3.1 A NOVA FASE METODOLÓGICA DO PROCESSO CIVIL: O FORMALISMO-VALORATIVO

Uma das principais características do direito contemporâneo é a constitucionalização do direito processual, podendo o fenômeno ser visto em duas dimensões. A primeira, com a incorporação de normas processuais aos textos constitucionais, inclusive com direitos fundamentais – a grande maioria das Constituições ocidentais posteriores à Segunda Guerra Mundial preveem direitos fundamentais processuais, que também estão consagrados em Tratados Internacionais de direitos humanos, como a Convenção Europeia e Direitos do Homem e o Pacto de São José da Costa Rica. Por outro lado, as normas processuais infraconstitucionais, passam a ser examinadas como concretizadoras das disposições constitucionais, a partir da pauta teórica desenvolvida pelos constitucionalistas. Intensifica-se, assim, cada vez mais o diálogo entre constitucionalistas e processualistas, com avanços recíprocos⁷⁰.

A partir da compreensão de que a relação entre o direito constitucional e o direito processual civil abrange a tutela constitucional do processo e a jurisdição constitucional, o processo civil passa a ser visto sob a ótica constitucional dos direitos fundamentais⁷¹ e estudado segundo a teoria das normas⁷². A este aspecto deve ser somada a noção de que o processo só existe em razão do direito material, tendo em vista que o próprio conceito de direito processual é inerente ao fenômeno verificado no plano de direito material, consistente na sua não realização espontânea⁷³. O processo é o instrumento ético e axiológico para realização do direito material, e, conseqüentemente, dos valores constitucionais, aduzindo Daniel Mitidiero:

O direito processual civil, como manifestação da cultura, evidentemente não pode sobrar infenso à influência das características que a sociedade imprime ao Estado. Sendo o processo civil o meio pelo qual, diante de determinadas crises de colaboração no plano do direito material, se busca velar pela supremacia do direito, natural que o seu formalismo reaja às peculiaridades de cada experiência de organização estatal. O formalismo do processo tem de se adequar aos instrumentos pelos quais o Estado busca realizar os fins sociais, assegurando o império do direito⁷⁴.

⁷⁰ DIDIER JR., 2013b.

⁷¹ MITIDIERO, 2011, p. 45-46.

⁷² ÁVILA, 2012.

⁷³ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo.** 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 11.

⁷⁴ MITIDIERO, 2011, p. 55.

Efetivamente, a perspectiva constitucional do processo contribuiu para afastar o processo do plano das construções simplesmente conceituais e técnicas, inserindo-o na realidade social e política. Não há caracterização de formalismo em excesso, pois se conjugam duas exigências asseguradas pela Constituição: mecanismos processuais eficientes e a aspiração de um rito provido de garantias formais⁷⁵.

Frisa-se que o garantismo e a eficiência devem ser analisados segundo a proporcionalidade, ponderando-se a resolução das questões da justiça em um nível diverso e superior da mera forma dos procedimentos, transferindo-a ao plano relativo ao interesse humano objeto dos procedimentos⁷⁶.

Destarte, as determinantes culturais da atualidade visam um processo justo diante do Estado Constitucional pautado nos direitos fundamentais. Encontra-se superada a fase instrumentalista, passando o processo civil brasileiro por uma quarta fase metodológica: o formalismo-valorativo⁷⁷.

O formalismo-valorativo, hoje método de pensamento e programa de reforma do processo civil, alude a um formalismo estruturado a partir dos valores constitucionais, tais como justiça, participação, efetividade e segurança – base axiológica a partir da qual ressaem princípios, regras e postulados para sua elaboração dogmática, organização, interpretação e aplicação⁷⁸.

A designação formalismo-valorativo deve ser compreendida em partes. Entende-se por “formalismo” todas as posições jurídicas processuais objetivando o seu equilíbrio e conseqüente ordenação. “Valorativo” é o conceito utilizado para enfatizar que a normatividade está vinculada aos valores da Constituição⁷⁹.

Respeitável doutrina denomina a presente fase metodológica de Neoprocessualismo⁸⁰ em referência ao Neoconstitucionalismo⁸¹, mas diz respeito apenas à opção terminológica, pois igualmente significa o estudo e a aplicação do direito processual civil de acordo com a perspectiva do Estado Constitucional que possui como marco filosófico a centralidade dos

⁷⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Processo e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 10.

⁷⁶ OLIVEIRA, 2004, p. 11.

⁷⁷ MITIDIERO, 2011, p. 50-51.

⁷⁸ MITIDIERO MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1. p. 16.

⁷⁹ MITIDIERO, 2011, p. 52.

⁸⁰ DIDIER JR., Fredie. **Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 28 jul. 2012.

⁸¹ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7547>>. Acesso em: 28 jul. 2012.

direitos fundamentais e como marco teórico a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional⁸².

Ademais, partindo-se dos pressupostos do Estado Constitucional, o processo colaborativo é o modelo processual que se impõe. Neste, o juiz tem seu papel redimensionado, assumindo dupla posição: paritário na condução do processo⁸³ e assimétrico na decisão da causa⁸⁴ – o papel do juiz é participativo, estando sua atuação marcada pela observância dos direitos fundamentais⁸⁵. Esse modelo processual destaca o contraditório⁸⁶, instrumento que viabiliza o diálogo e a cooperação no processo, implicando na previsão de deveres de conduta para as partes, bem como para o juiz – esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio⁸⁷.

3.2 JURISDIÇÃO E PROCESSO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

Hoje o modelo de juiz é completamente diverso daquele do Estado legislativo, no qual a lei possuía supremacia, valendo em razão da autoridade que a afirmava, independentemente da sua conformidade com os princípios da justiça. Com o advento do Estado Constitucional, a lei passou a estar condicionada substancialmente aos direitos positivados na Constituição e correlacionada com os direitos fundamentais⁸⁸.

⁸² DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, v. 1. p. 27-29.

⁸³ Significa dizer que o juiz conduz o processo dialogando com as partes, em observância ao contraditório. Assim, no transcorrer da sucessão de atos que compõem o processo, o juiz atua numa posição paralela ao de autor e réu, agindo os três sujeitos do processo como uma única força destinada à busca da verdade. (GRASSO, Edoardo. *La collaborazione nel processo civile*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1966. p. 580-609).

⁸⁴ A posição do juiz de assimetria no momento decisório justifica-se em razão de o provimento jurisdicional não se confundir com o direito material, pois apresenta outra força: constitui resultado do trabalho de reconstrução e criação por parte do órgão judicial, exibindo o selo da autoridade estatal que profere decisão cogente e imperativa (DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do juiz na condução do processo civil no estado constitucional. In: MITIDIERO, Daniel (Org.). **O processo civil no estado constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 509). Nesse sentido, OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 57.

⁸⁵ DEXHEIMER, 2012, p. 541.

⁸⁶ “Se o processo é uma atividade de sujeitos em cooperação, a “coparticipação” das partes na formação do *decisum* é uma exigência diretamente decorrente do contraditório moderno. A participação deixa de transitar na tradicional “possibilidade de manifestação”, para representar uma soma de esforços para a melhor solução do conflito”. (CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 218-219).

⁸⁷ MITIDIERO, 2011, p. 114.

⁸⁸ MARINONI MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1. p. 21-22.

A igualdade, no Estado legislativo, era entendida como uma garantia da liberdade, não correspondia à realidade social, sendo irrelevantes as manifestas distinções concretas. A preocupação não estava voltada às necessidades sociais e sim à proteção do cidadão contra as possíveis agressões do Estado⁸⁹. A intervenção da autoridade estatal na sociedade era negada, pois se partia do pressuposto de que para haver liberdade não poderia existir qualquer discriminação, mesmo na defesa das posições sociais menos favorecidas, tendo em vista que tratar as pessoas diferenciadamente violaria a igualdade (formal)⁹⁰.

No Estado Constitucional, o direito processual civil deve conceituar a jurisdição de acordo com as transformações da concepção de direito que compreendem um positivismo crítico com teorias destinadas a conferir ao juiz a real possibilidade de proclamar o conteúdo da lei à luz da Constituição. Dentre as teorias, é possível citar a dos direitos fundamentais e a dos princípios; a técnica da interpretação de acordo com a Constituição; as técnicas de controle da constitucionalidade; bem como a possibilidade de controle da inconstitucionalidade por omissão no caso concreto⁹¹.

Com a força normativa dos direitos fundamentais, a vontade do legislador submete-se à Constituição e aos direitos fundamentais, ou seja, à vontade suprema do povo. Abandonam-se o absolutismo do legislador e o princípio da supremacia da lei, característicos do Estado legislativo. Por esses motivos, no Estado contemporâneo, a fim de se assegurar a supremacia da Constituição, a compatibilidade das condutas dos poderes públicos é fiscalizada por meio do controle de constitucionalidade⁹².

Esse novo paradigma fortaleceu o papel desempenhado pelo poder judiciário, ampliando sua competência para interpretar de maneira criativa as normas jurídicas à luz da Constituição, devendo haver controle de constitucionalidade quando as normas não puderem ser interpretadas de acordo com a Constituição. Segundo Marcelo Novelino, a técnica da *interpretação de acordo* está compreendida na expressão *interpretação conforme a Constituição*, podendo ser aplicada de três maneiras distintas:

I) como princípio instrumental, impondo a interpretação de normas infraconstitucionais à luz dos valores consagrados na Constituição; e II) como técnica de decisão judicial para declarar (II.1) a inconstitucionalidade de uma determinada interpretação ou (II.2) a não incidência de uma norma a determinada situação concreta⁹³.

⁸⁹ MARINONI, 2012, p. 21-22. Nesse sentido, HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p. 305.

⁹⁰ MARINONI, 2012, p. 23-29.

⁹¹ MARINONI, 2012, p. 21-22. Nesse sentido, FERRAJOLI, 2009.

⁹² NOVELINO, 2012, p. 38-47;237-244.

⁹³ NOVELINO, 2012, p. 156;184-187.

Não obstante, seguindo a linha de Luiz Guilherme Marinoni, entende-se mais adequada a distinção entre as duas designações: a *interpretação de acordo* é princípio instrumental⁹⁴, ao passo que a *interpretação conforme* diz respeito à técnica de decisão judicial. A *interpretação de acordo* visa atender às necessidades do direito material, conferindo efetividade ao direito fundamental à tutela jurisdicional; já na *interpretação conforme*, consideradas as necessidades do caso concreto e o direito fundamental à tutela jurisdicional, para a lei não ser declarada inconstitucional é preciso agregar significado ao seu texto, conformando-o com a Constituição⁹⁵.

Tendo em vista que a lei deve ser compreendida e aplicada conforme a Constituição, se a parte propuser interpretação inconstitucional para uma norma constitucional, o juiz deve aplicar a técnica da declaração parcial de nulidade sem redução de texto, pronunciando a inconstitucionalidade da interpretação requerida⁹⁶.

Por conseguinte, de grande relevância na atual concepção de jurisdição é a possibilidade de o juiz controlar a inconstitucionalidade por omissão no caso concreto. Implicando, a omissão normativa, em negação de tutela ao direito fundamental, admite-se ao juiz suprir a omissão de proteção devida pelo legislador⁹⁷.

A prestação da tutela jurisdicional impõe a consideração das peculiaridades do direito material, devendo o juiz na condução do processo e respectivo julgamento atentar à realidade social, não bastando criar a norma jurídica contemplando unicamente a Constituição⁹⁸. A tutela jurisdicional efetiva, direito fundamental, deve ser observada tanto pelo legislador quanto pelo juiz, incidindo sobre a estrutura do processo e a sua conformação com a jurisdição⁹⁹.

⁹⁴ Nessa esteira, a Apelação Cível 70005488812 proferida pelo TJ/RS de relatoria do Des. José Carlos Teixeira Giorgis, na qual dispositivos do Código Civil relativos à união estável foram interpretados à luz dos princípios constitucionais da igualdade e da dignidade da pessoa humana, estendendo-se o seu regramento à união homoafetiva: “Relação homoerótica. União estável. Aplicação dos princípios constitucionais da dignidade humana e da igualdade. Analogia. Princípios gerais do direito. Visão abrangente das entidades familiares. Regras de inclusão. Partilha de bens. Regime da comunhão parcial. Inteligência dos artigos 1.723, 1.725 e 1.658 do Código Civil de 2002. Precedentes jurisprudenciais. Constitui união estável a relação fática entre duas mulheres, configurada na convivência pública, contínua, duradoura e estabelecida com o objetivo de constituir verdadeira família, observados os deveres de lealdade, respeito e mútua assistência. Superados os preconceitos que afetam ditas realidades, aplicam-se os princípios constitucionais da dignidade da pessoa, da igualdade, além da analogia e dos princípios gerais do direito, além da contemporânea modelagem das entidades familiares em sistema aberto argamassado em regras de inclusão. Assim, definida a natureza do convívio, opera-se a partilha dos bens segundo o regime da comunhão parcial. Apelações desprovidas”.

⁹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8846>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

⁹⁶ MARINONI, 2012, p. 97-99.

⁹⁷ MARINONI, 2012, p. 97-99.

⁹⁸ MARINONI, 2012, p. 112-113.

⁹⁹ MARINONI, 2012, p. 117-120.

Cumpra ao legislador estabelecer procedimentos e técnicas processuais que comportem a realização das tutelas visadas pelo direito material, mas que não foram obtidas sem a jurisdição. Luiz Guilherme Marinoni exemplifica: (i) procedimentos que restringem a produção de determinadas provas, (ii) procedimentos dirigidos a proteger os direitos transindividuais, (iii) técnica antecipatória, (iv) sentenças, (v) meios de execução diferenciados¹⁰⁰.

Ao juiz é concedido o poder-dever de encontrar a técnica processual idônea à tutela do direito material, a qual exige a interpretação da lei de acordo com o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva, bem como seu tratamento mediante as técnicas da interpretação conforme a Constituição e da declaração parcial de nulidade sem redução de texto¹⁰¹.

Também, impositiva se faz a supressão, pelo juiz, das omissões inconstitucionais, isso porque, a inexistência de meio processual adequado para instituir instrumento processual idôneo à realidade social configura obstáculo à atuação da jurisdição e do direito fundamental à tutela jurisdicional¹⁰².

É evidente, no Estado contemporâneo, o maior poder de utilização do processo conferido pelo legislador aos jurisdicionados e ao juiz. Com isso, instituem-se normas que oferecem variados instrumentos processuais, possibilitando ao juiz a utilização da técnica processual adequada à tutela do caso concreto e ao cidadão o poder de identificar as necessidades concretas para modelar a ação processual¹⁰³.

A necessidade da edição de regras processuais abertas decorre da aceitação do fato de que a lei não consegue abarcar todas as técnicas processuais capazes de solucionar as necessidades da realidade social. Confere-se, assim, aos jurisdicionados e ao juiz o poder de identificar os instrumentos processuais idôneos à tutela dos direitos no caso concreto, ressalvados certos limites¹⁰⁴.

Hoje o processo deve ser entendido como um instrumento de efetivação da justiça, da solidariedade e da liberdade. Imprescindível abandonar a visão privatista do processo, em prol da realização e efetividade dos ideais constitucionais. Deve-se refutar “a dimensão técnica, socialmente neutra, cega à vida que permeou a interpretação e aplicação do direito”, face aos valores precípuos do Estado contemporâneo: a convivência social, a sociedade livre, justa e

¹⁰⁰ MARINONI, 2012, p. 117-120.

¹⁰¹ MARINONI, 2012.

¹⁰² MARINONI, 2012, p. 124-125.

¹⁰³ CANOTILHO, 2003, p. 462-467.

¹⁰⁴ MARINONI, 2012, p. 121-124.

solidária, a participação nas decisões, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo – de ideias, culturas e etnias¹⁰⁵.

Outros sim, com a maior efetividade da tutela dos direitos, em razão da ampliação do poder de execução do juiz, imperativo o controle da sua atividade, exigindo-se adequada justificação das suas escolhas. Nesse contexto, importante a afirmação de Luiz Guilherme Marinoni:

O crescimento do poder de atuação do juiz e a conseqüente necessidade de outros critérios de controle da decisão judicial, nada mais são do que reflexos das novas situações de direito substancial e da tomada de consciência de que o Estado tem o dever de dar proteção efetiva aos direitos¹⁰⁶.

A compreensão da lei de acordo com a Constituição, inevitavelmente, gera maior risco de subjetividade das decisões judiciais, vinculando a legitimidade da prestação jurisdicional à sua justificação. Esse é o ponto de maior relevância no tema em análise. Portanto, deve o juiz demonstrar a racionalidade da argumentação que fundamenta sua decisão, atendendo à melhor decisão que poderia ser articulada no caso concreto, diante da lei e da Constituição¹⁰⁷. Referidas razões somente constituem justificativas se consideradas com base em princípios morais válidos¹⁰⁸.

Por fim, inequívoco e indiscutível que o exercício da jurisdição deve respeitar a separação de poderes – princípio fundamental democrático –, importante a colocação feita por Luis Roberto Barroso e Eduardo Mendonça:

Em uma democracia, todo poder é representativo, vale dizer, é exercido em nome e no interesse do povo, e deve contas à sociedade. Sendo assim, os três Poderes da República devem falar em nome e no interesse do povo, cada um dentro da sua missão institucional. Interpretar a Constituição e aplicar a lei penal são papéis do Judiciário e, em última instância, do Supremo Tribunal Federal. É o que diz a própria Constituição, expressão máxima da soberania popular. A frase, reproduzida por Ruy Barbosa e banalizada nos dias que correm, de que o Tribunal Constitucional tem o direito de errar por último constitui uma alegoria verdadeira em qualquer Estado constitucional e democrático¹⁰⁹.

¹⁰⁵ ZANETI JR., Hermes. **O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo**. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 89-131.

¹⁰⁶ MARINONI, 2012, p. 124.

¹⁰⁷ MARINONI, 2012, p. 125-128.

¹⁰⁸ MARINONI, 2012, p. 125-128.

¹⁰⁹ BARROSO, Luis Roberto. MENDONÇA, Eduardo. Retrospectiva 2012: STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. **Revista Consultor Jurídico**. 3 jan. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 17 fev. 2013.

3.3 A SEGURANÇA JURÍDICA E O CARÁTER ARGUMENTATIVO DO DIREITO NO ESTADO CONSTITUCIONAL

O império do direito, um dos fundamentos do Estado Constitucional, exige a existência, na ordem jurídica, de técnicas processuais idôneas para a efetiva realização dos direitos, sob o risco de, nas exatas palavras de Daniel Mitidiero, ver-se eclipsado por atos de força praticados indevidamente fora do abrigo da sua normatividade¹¹⁰. Eis o elo do presente trabalho: a análise da segurança jurídica, a fim de estabelecer o alcance do referido “abrigo da normatividade”.

Ainda que não seja evidente, a proteção da igualdade é uma forma indireta de se proteger a segurança jurídica, pois conduz à segurança jurídica como segurança do Direito e dos direitos de qualquer cidadão frente ao Estado, a ser realizada pelo Estado por todos aqueles que se encontrem em situação equivalente¹¹¹. Destarte, tendendo a mais perfeita apreciação do direito à igualdade no Estado contemporâneo, os questionamentos sobre a segurança jurídica devem ser esclarecidos.

A Constituição Federal protege diretamente a segurança jurídica ao “assegurar a segurança” como “direito” e como “valor”, bem como ao reger a sua eficácia reflexiva por meio da proteção do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Protege-a indiretamente na previsão de comportamentos cuja adoção promove os ideais de calculabilidade e de confiabilidade que compõem a segurança jurídica e ao estabelecer ideais amplos, restritos ou específicos, cuja realização pressupõe ou implica a existência dos mencionados ideais¹¹².

O artigo 1º da Constituição Federal ao estabelecer um Estado Democrático de Direito destinado a “assegurar a segurança como valor” qualifica a palavra segurança como jurídica, pois se refere a um objetivo social que ultrapassa a mera dimensão psicológica ou física. O direito à segurança jurídica é garantido ao lado dos direitos à liberdade, à igualdade e à propriedade¹¹³.

Entrementes, o atual nível de insegurança jurídica atingiu grau jamais alcançado antes, os motivos são tanto sociais, quanto jurídicos. A sociedade contemporânea, caracterizada principalmente pela pluralidade, qualifica-se pela enorme quantidade de informações e

¹¹⁰ MITIDIERO, 2013, p. 16.

¹¹¹ ÁVILA, Humberto. **Segurança jurídica**: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 223-225.

¹¹² ÁVILA, 2011, p. 671.

¹¹³ ÁVILA, 2011, p. 673.

diversidade de interesses, somada à complexidade das relações decorrente dos avanços tecnológicos. Essa cultura assinala uma sociedade de alta velocidade que inflige decisões tomadas em uma espécie de perpétuo estado de emergência; por outro lado, indica uma “sociedade líquida”, na qual são exaltados os valores da mudança e da mobilidade¹¹⁴.

Além de haver uma quantidade enorme de normas – leis, leis complementares, decretos, instruções normativas, normas de direito internacional, direito comunitário e direito comparado –, diversos grupos de indivíduos buscam resguardar seus próprios interesses nas normas jurídicas, tornando-as quantitativa e qualitativamente ainda mais complexas, porque são editadas não apenas normas gerais e permanentes, mas também normas excepcionais, transitórias e de transição¹¹⁵.

O Estado, visando assegurar o maior número de interesses, de forma isonômica e com flexibilidade, institui normas gerais e abstratas com elevado grau de indeterminação, buscando, corrigir desigualdades e restaurar equilíbrios. Embora seja mais fácil a compreensão das normas quanto maior sua abstração e generalidade, menos previsível é o seu conteúdo, em razão da falta de elementos concretos relativos ao que é permitido, proibido ou obrigatório. Quanto maior é a concretude e a individualização das normas, mais difícil é a sua compreensão. De tal modo que a opção pela edição de normas vagas e indeterminadas implica mais regulamentação, pois precisam de concretização por meio de normas infralegais, quantitativa e qualitativamente ainda mais complexas, tornando o ordenamento jurídico “supercomplexo”¹¹⁶.

Assim, o ganho em acessibilidade implica a perda em protetividade, e o ganho em protetividade, por sua vez, o prejuízo em acessibilidade; logo, quanto mais segurança *por meio do* Direito se pretende garantir, menos segurança *do* Direito se pode conquistar. Daí dizer que o embate da segurança jurídica envolve uma luta do sistema jurídico “contra si mesmo”, mas deve ser comedida, sob pena de se instituir regras que possibilitem alternativas decisórias, levando à redução destas, em casos extremos até nulifica-las¹¹⁷.

Aparece outro paradoxo: o Estado legisla com rapidez para assegurar os interesses dos cidadãos e para orientar sua ação, mas por fazê-lo desse modo, acaba legislando de maneira equivocada, o que exige a edição de novas normas destinadas a retificar as anteriores, provocando insegurança; todavia, se demora, não assegura os direitos reclamados pelos cidadãos, nem os orienta, criando um estado de insegurança. Surge, ao lado do fenômeno da

¹¹⁴ ÁVILA, 2011, p. 39-41.

¹¹⁵ ÁVILA, 2011, p. 39-41.

¹¹⁶ ÁVILA, 2011, p. 46-51.

¹¹⁷ ÁVILA, 2011, p. 46-51.

particularização da legislação, o fenômeno da sua rápida obsolescência, ocasionado a perda das características tradicionais da lei – solenidade, generalidade e permanência.

A insegurança jurídica, nesse quadro, manifesta-se no Direito em geral, pois quanto mais detalhadas forem as regras, menos compreensíveis elas serão; quanto mais o Estado assumir a tarefa de proteger os direitos fundamentais, maior será o número de normas; quanto maior a sua quantidade, menos inteligível será o ordenamento jurídico; e quanto mais regras particulares existirem, igualmente menos acessíveis elas se tornarão¹¹⁸.

A incompreensibilidade e a instabilidade normativa também são visíveis na atividade do Poder Judiciário, tendo em vista que a interpretação normativa envolve valorações e se sujeita a ponderações. Acabam sendo reconhecidas diferentes interpretações provenientes de diferentes órgãos e, até mesmo, em um único órgão julgador¹¹⁹. Como refere Guido Alpa, a recorrência na mudança da jurisprudência acabou assumindo contornos tão intensos que, em algumas situações, pode-se falar em jurisprudência “zigzague”¹²⁰.

Face à ausência ou pouca intensidade dos ideais de cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade do Direito, instala-se a incerteza, a descrença e a indecisão no meio social, fazendo com que se coloquem em cheque princípios tradicionais como a segurança jurídica, a igualdade e a legalidade¹²¹. Nesse interim, Humberto Ávila expõe:

Como adverte von Arnould, a Ciência do Direito, em vez de se conformar com a falta de efetividade do Direito, deve funcionar exatamente como uma espécie de contraponto da Modernidade, capaz de restaurar uma das funções tradicionais do Direito: assegurar expectativas¹²². Isso não significa negar que o direito seja, de fato, incerto. Nas palavras de Machado Derzi, é preciso, em vez disso, saber como o sistema jurídico se presta a fornecer estabilidade em um mundo instável, tornando suportáveis horizontes temporais mais amplos, por meio da criação de uma previsibilidade que reduza e que torne suportável o alto grau de insegurança, ínsito às sociedades diferenciadas¹²³. Eis a razão pela qual a referida autora afirma que, em um ambiente inseguro, o que se busca, todo o tempo, é a segurança. Não se procurando esse caminho, prevalecerá, de acordo com Gometz, a “incerteza sobre a certeza”, capaz de gerar uma postura de total desilusão com a segurança jurídica¹²⁴.

Daí se afirmar que o exame da segurança jurídica é a verificação do Estado, do cidadão, da sociedade e dos valores que se pretende constituir, portanto, significa estudar a

¹¹⁸ ÁVILA, 2011, p. 59.

¹¹⁹ ÁVILA, 2011, p. 51-53.

¹²⁰ ALPA, Guido. *La certezza del Diritto nell' età dell' incertezza*. Napoli: Scientifica, 2006. p. 23.

¹²¹ ÁVILA, 2011, p. 60.

¹²² ARNAULD, Andreas von. *Rechtssicherheit*. Tübingem: Mohr Siebeck, 2006. p. 98.

¹²³ DERZI, Misabel de Abreu Machado. Mutações, complexidade, tipo e conceito, sob o signo da segurança e da proteção da confiança. In: TORRES, Heleno (Org.). *Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 279.

¹²⁴ ÁVILA, 2011, p. 71-72.

segurança jurídica, mas também a liberdade, a igualdade e a dignidade¹²⁵. Essa é a chave, pois a segurança jurídica revela-se como instrumento de realização dos mencionados valores. Liberdade, porque quanto maior for o acesso material e intelectual do cidadão às normas a que deve obedecer e maior for a sua estabilidade, tanto maiores serão as suas condições de conceber o presente e planejar o futuro. Igualdade, pois quanto mais gerais e abstratas forem as normas e mais uniformemente forem aplicadas, tanto maior será o tratamento isonômico do cidadão. Dignidade, porque quanto mais acessíveis e estáveis forem as normas e mais justificadamente elas forem aplicadas, com tanto mais intensidade se estará tratando o cidadão como um ser capaz de se autodefinir autonomamente: pelo respeito presente da sua autonomia exercida no passado, assim como pela consideração futura da sua autonomia praticada no presente.

Com efeito, a segurança jurídica funda a validade e instrumentaliza a eficácia das outras normas jurídicas. Consuma-se em um espectro de gradual realização: o ideal maior – segurança jurídica –, é a soma de ideais parciais – cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade normativas –, ideais que só se realizam com inteligibilidade, lealdade e suavidade da atuação estatal¹²⁶. Apenas quando esses três elementos se concretizam é possível falar em Estado de Direito e, conseqüentemente, em Estado Constitucional¹²⁷.

A segurança jurídica, no seu ideal de *cognoscibilidade*, é instrumento de orientação do cidadão, de modo a impedir que este, pautando a sua ação no Direito, venha a enganar-se com relação ao que faz. Na sua exigência de *confiabilidade*, destina-se a garantir estabilidade do Direito e das suas concretizações, preservando o passado no presente e evitando que o cidadão seja frustrado com referência ao que fez. No seu objetivo de *calculabilidade*, ele favorece a continuidade do Direito, resguardando o futuro no presente, e impedindo que o cidadão seja surpreendido com relação ao que está fazendo¹²⁸.

A *cognoscibilidade* denota uma indeterminação congênita da linguagem e da dependência do Direito a critérios e argumentos indispensáveis ao processo necessário à sua determinação e concretização. A *confiabilidade* pressupõe a possibilidade de mudança, em razão, também, de o Estado Social de Direito exigir o cumprimento pelo Estado da sua função planificadora e indutora da sociedade, realizando mudanças sociais. A *calculabilidade*, face à natureza do Direito – vertido em linguagem indeterminada e dependente de processos argumentativos para a reconstrução de sentidos –, impede a existência de univocidade

¹²⁵ ÁVILA, 2011, p. 90.

¹²⁶ ÁVILA, 2011, p. 666-667.

¹²⁷ MITIDIERO, 2013, p. 61.

¹²⁸ ÁVILA, 2011, p. 668.

semântica dos seus enunciados, em que pese a Constituição Federal preveja uma série de regras destinadas a permitir uma antecipação da ação estatal, como as regras de legalidade e anterioridade¹²⁹.

A importância da *confiabilidade* do ordenamento jurídico, em especial por meio da sua estabilidade e da sua vinculatividade, não pretende negar a relevância da variabilidade das normas e, com isso, da flexibilidade e da inovação. O princípio democrático confere ao Poder Legislativo a atribuição de continuamente assegurar, nas normas jurídicas, os interesses reclamados pela sociedade, inclusive com prerrogativas de configuração e de fixação de premissas. Além disso, as regras constitucionais de competência outorgam ao Poder Judiciário o poder de interpretar e aplicar as normas instituídas pelo Poder Legislativo, podendo, com isso, continuamente buscar a melhor interpretação, inclusive mediante revisão de decisões equivocadas anteriores, ou da prolação de novas decisões com a consideração de circunstâncias antes não ou mal consideradas. Todos esses fundamentos não só pressupõem a modificabilidade do ordenamento jurídico, como a permitem. Defende-se, na realidade, que essas modificações, pressupostas e permitidas, sejam feitas de forma estável e calculável. Tendo em vista, principalmente, que a imobilidade total do Direito levaria à sua falta de efetividade, conclui Humberto Ávila:

Como os interesses e os valores mudam, um Direito que, em um caso limite, não reflete minimamente os interesses e valores sociais, acaba por não ser aplicado, padecendo, por isso, de falta de efetividade. Daí se poder dizer, com Valembos, que Direito demais termina matando o próprio Direito¹³⁰ ou, nessa mesma linha argumentativa, que “segurança demais mataria a segurança” (...) Observação similar já tinha sido feita por Reale, quando este afirmou que “uma segurança absolutamente certa é uma razão de insegurança”¹³¹ (...) Previsibilidade demais elimina, no limite, a eficácia do Direito. O essencial é que se deverão necessariamente conciliar as exigências de estabilidade e de mutação, imprescindíveis não só ao Direito quanto à vida humana a que ele deve servir, como registram as precisas palavras de Cavalcanti Filho^{132 133}.

O Estado Constitucional é por excelência um Estado de Direito, característica basilar das sociedades civilizadas. Com o propósito de realizar valores como a segurança e a certeza jurídica, o Estado de Direito pressupõe a existência de normas de Direito pré-estabelecidas claras e inteligíveis dentro de um sistema jurídico que possua regras consistentes e seja

¹²⁹ ÁVILA, 2011, p. 674.

¹³⁰ VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique em Droit français*. Paris: LGDJ, 2005. p. 21.

¹³¹ REALE, Miguel. Prefácio. In: Theophilo Cavalcanti Filho. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964. p. V.

¹³² CAVALCANTI FILHO, Theophilo. *O problema da segurança no direito*. São Paulo: RT, 1964. p. 172.

¹³³ ÁVILA, 2011, p. 65-66.

coerente com seus princípios. Assim, é estabelecida uma moldura capaz de proporcionar razoável previsibilidade e proteção às pessoas, seja contra intervenções arbitrárias do poder público ou de cidadãos privados¹³⁴.

Sendo o Direito uma disciplina argumentativa, Neil MacCormick expõe como é possível conciliar o caráter argumentativo do Direito com a certeza e a segurança jurídica no Estado de Direito, recorrendo à retórica para equilibrar a aparente contradição dessas ideias¹³⁵. A questão é saber se é possível existir um Estado de Direito sendo o Direito construído argumentativamente.

Partindo-se dessas premissas, a resposta, inicialmente, implica a adoção da “tese do caso especial” sugerida por Robert Alexy¹³⁶, segundo a qual a argumentação jurídica deve ser reconhecida como um caso especial do raciocínio prático em geral, conformando-se com as condições de razoabilidade e de racionalidade que se aplicam a todas as espécies de razão prática. Dessa forma, consideram-se, na análise, somente os argumentos racionalmente defensáveis, isto é, o uso das palavras como instrumentos de persuasão racional¹³⁷.

Por conseguinte, imprescindível considerar o caráter retórico da argumentação jurídica, pois inerente ao processo público de argumentação, observando-se que a “retórica na análise da razão prática não deve ser entendida como algo que reduza a aceitabilidade de um argumento a seu efetivo caráter persuasivo, se isso significar aferir se o argumento persuadiu (ou falhou nesse intento) uma pessoa concreta em particular, em uma ocasião dada”¹³⁸.

Com efeito, em sentido objetivo, a persuasão pode ser compreendida mediante uma abordagem procedimental da razão prática, estabelecendo-se limites reconhecidos para um discurso racional, parte-se de princípios que caracterizem lugares-comuns e pertençam a um corpo de pensamento prático e de compromissos internamente consistentes e coerentes. Sendo assim, imperativa a existência de referências quanto às ordens de prioridade e procedimentos, de forma a resolver conflitos *prima-facie* entre as razões práticas, determinando-se o peso relativo destas¹³⁹.

Conclui-se que a representação do princípio do Estado de Direito como antítese do caráter argumentativo do Direito é um equívoco da ênfase desse princípio à certeza jurídica, pois não constitui o único valor presente no Estado de Direito, ainda que seja benefício

¹³⁴ MACCORMICK MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 17-18.

¹³⁵ MACCORMICK, 2008, p. 19.

¹³⁶ Ver ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

¹³⁷ MACCORMICK, 2008, p. 23-24.

¹³⁸ MACCORMICK, 2008, p. 23-28.

¹³⁹ MACCORMICK, 2008, p. 30-31.

legítimo esperado pelos cidadãos, impondo aos legisladores e juízes realizar suas atribuições de forma exemplar. A certeza do Direito está sujeita a mudanças, em razão do seu caráter provisório e excepcionável, portanto, não contrasta com o caráter argumentativo do Direito, na realidade, compartilha fundamento comum com este: a concepção do direito de defesa dentro da ideologia do Estado de Direito, percebido como proteção contra a atuação arbitrária dos governos¹⁴⁰. Também constitui caráter dinâmico do ideal de Estado de Direito, a importância de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado. Nesses aspectos dinâmicos, o caráter argumentativo do Direito é uma pretensão de conciliação do Estado de Direito, não sua antítese.

¹⁴⁰ MACCORMICK, 2008, p. 38.

4 A IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

4.1 O DIREITO À IGUALDADE E À PARIDADE DE ARMAS NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

O direito à igualdade, consagrado no artigo 5º da Constituição Federal e primeiro dever do juiz reconhecido no artigo 125 do Código de Processo Civil, é pressuposto de toda concepção jurídica no Estado Constitucional. Natural, portanto, que, no processo, o direito à igualdade e, conseqüentemente, o direito à paridade de armas sejam inerentes ao direito ao processo justo¹⁴¹.

Imperativa a análise do direito à igualdade sob duas perspectivas distintas: na primeira, a distinção entre igualdade *perante a* legislação (igualdade formal) e igualdade *na* legislação (igualdade material); na segunda, a diferença entre igualdade *no* processo e à igualdade *pelo* processo¹⁴².

A igualdade *perante a* legislação impõe ao órgão judicial o dever de assegurar igualdade de tratamento às partes, mediante a aplicação de maneira uniforme da norma processual; devendo, o juiz, velar pela igualdade das partes na condução do processo – artigo 125, inciso I, do Código de Processo Civil. A igualdade *na* legislação implica um processo organizado de forma isonômica, sem distinções arbitrárias no seu conteúdo, ou seja, distinções as quais não possuam critérios legítimos¹⁴³.

A segunda dimensão do direito à igualdade – igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo – pressupõe, além da igualdade de tratamento dos litigantes no processo, também a igualdade de acesso à justiça e a igualdade aos procedimentos e às técnicas processuais¹⁴⁴. Nessa linha, é mais apropriado pensar em igualdade *diante da jurisdição*, tendo-se como espécies a igualdade de tratamento no processo, a igualdade de acesso à justiça e a igualdade

¹⁴¹ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 639.

¹⁴² MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 640.

¹⁴³ MITIDIERO; OLIVEIRA, 2010, p. 33.

¹⁴⁴ “Importam não apenas as garantias de assistência judiciária gratuita – isto é, o fornecimento, por parte do Estado, de advogados gratuitos, a dispensa do pagamento de custas processuais e a oferta de produção de provas sem o pagamento de despesas –, mas também as normas processuais que objetivam garantir a efetiva participação da parte segundo as necessidades do direito substancial. Na verdade, o legislador e o juiz estão obrigados a estabelecer as discriminações necessárias para garantir e preservar a participação igualitária das partes, seja considerando as dificuldades econômicas que obstaculizam a participação, seja atentando para as particularidades do direito material e do caso litigioso. Ora, não é legítimo o poder exercido em um processo em que as partes não podem efetivamente participar ou em que apenas uma delas possui condições reais de influir sobre o convencimento do juiz. Um processo desse tipo certamente não é um “processo justo” ou um processo democrático. Daí por que se diz que as partes não só têm o direito de participar do processo, como também o direito de participar em paridade de armas”. (MARINONI, 2012, p. 419-420).

ao procedimento e à técnica processual. Ora, o acesso à justiça e a participação adequada no processo só têm sentido quando correlacionados com a decisão¹⁴⁵, visto que esse é o objetivo daquele que busca o Poder Judiciário e motivo pelo qual tem necessidade de participar do processo. Não pode, portanto, uma decisão racional e justa prescindir desses valores¹⁴⁶. Daí a igualdade *pele* processo determinar a adoção de um sistema de precedentes obrigatórios, com a previsão de seus institutos básicos pelo legislador infraconstitucional processual – *ratio decidendi, obiter dictum, distinguishing, overruling* –, pois só há sentido em preocupar-se com a igualdade *no* processo se houver igual preocupação com a igualdade *pele* processo, servindo o meio ao fim e ambos pensados na perspectiva da igualdade¹⁴⁷.

Outros sim, o ordenamento processual erigiu dois critérios de igualação material: um em razão da pessoa que litiga e outro pelos interesses em pauta¹⁴⁸. Podem-se citar a título de exemplo, em que pese exista posicionamento jurisprudencial e doutrinário minoritário pela sua invalidade, as seguintes desigualdades previstas na legislação: (a) dilatação do prazo concedido à Fazenda Pública e ao Ministério Público¹⁴⁹ (artigo 188 do Código de Processo Civil); (b) reexame necessário do julgamento de procedência, total ou parcial, dos embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (artigo 475, inciso II, do Código de Processo Civil); (c) reexame necessário nas sentenças proferidas contra a União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias e fundações de direito público (artigo 475, inciso I, do Código de Processo Civil)¹⁵⁰.

No entanto, as prerrogativas outorgadas às pessoas estatais não devem fundamentar-se na suposta supremacia do interesse público, e sim na própria igualdade. A compatibilidade

¹⁴⁵ Tema de grande relevância e que, portanto, será pormenorizado no último capítulo do presente trabalho.

¹⁴⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a. p. 145.

¹⁴⁷ MARINONI; MITIDIERO; SARLET, 2012, p. 643.

¹⁴⁸ ALVES, 2003, p. 44.

¹⁴⁹ STF, RE 181.138-SP, 1ª T., rel. Min. Celso de Mello (DJ 12.05.1995): “O benefício do prazo recursal em dobro outorgado as pessoas estatais (...) não ofende o postulado constitucional da igualdade entre as partes”. STF, RE-ED-EDv 194.925-MG, Tribunal Pleno (DJ 19.04.2002): deliberou novamente no sentido da compatibilidade do art. 188 do CPC com a igualdade das partes. Voto proferido pelo rel. Min. Ilmar Galvão: “o benefício do art. 188 do Código de Processo Civil, que estipula prazo em dobro para a Fazenda Pública, foi mantido pela Constituição Federal vigente, não havendo que se falar em afronta ao princípio da isonomia entre as partes”. Voto proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence: “havia certos prazos, como os que trata o art. 188 do Código de Processo Civil, que tinham por si a respeitabilidade da vetustez e que, independentemente disso (...) não ultrapassavam os limites da razoabilidade, ao menos enquanto persistir, notoriamente, a deficiência das instituições da defesa judicial de algumas entidades públicas em juízo que notoriamente prossegue. Sem me comprometer com a sequência do processo de inconstitucionalização de tais normas e, sobretudo, das normas novas que se vêm multiplicando no sentido de criar novas prerrogativas, quanto a essas que são as vetustas, não me animo, neste momento, a mudar uma longa orientação do Tribunal, já sob a Constituição, afirmada (...) no RE 181.138”. Voto proferido pelo Min. Moreira Alves: “quanto ao Estado, há de se levar em conta a imensidão do âmbito de questões contra ele, a exigir um aparelhamento de primeira ordem para atender às suas necessidades. Tudo isso é um problema de razoabilidade”.

¹⁵⁰ MITIDIERO; OLIVEIRA, 2010, p. 33.

com o direito à igualdade exige que as prerrogativas sejam suportadas por diferenças concretas, sob pena de causar distinções arbitrárias, deixando de ser um tratamento diferenciado justificado, tornam-se privilégios odiosos¹⁵¹.

Diante das situações de desigualdade material entre as partes resultantes de fatores culturais, econômicos e políticos¹⁵², imprescindível assegurar o direito fundamental à paridade de armas no processo (*Waffengleichheit, parità dele armi, égalité des armes*)¹⁵³, garantia decorrente do direito à igualdade – formal e material. O direito à paridade de armas no processo, pressuposto para o devido desenvolvimento do contraditório, estabelece o dever de o juiz assegurar a ambas as partes o poder de influir igualmente no processamento e no julgamento da causa¹⁵⁴. A igualdade das partes serve de suporte ao princípio do contraditório¹⁵⁵, em razão de sua efetividade impor um contraditório equilibrado, com igualdade de armas¹⁵⁶.

Referido contraditório efetivo e equilibrado exige que os litigantes combatam com paridade de armas, mas a eventual omissão da parte pode decorrer da inexistência de uma paridade real. Não é suficiente a mera oferta de oportunidade, sendo impositivo garantir também o aproveitamento dela por todos, independentemente das desigualdades econômicas e sociais. Sendo assim, irrelevante a natureza da relação jurídica – disponível ou indisponível –, deve o juiz participar ativamente da instrução, pois somente desse modo garantirá um contraditório efetivamente equilibrado¹⁵⁷. Nessa linha, afirmam Carlos Alberto Alvaro de Oliveira e Daniel Mitidiero:

Certamente, o direito fundamental à paridade de armas não implica identidade formal absoluta de todos os meios, visto que pode ocorrer diferença de posições entre as partes (v.g., demanda executiva, em que o exequente tem uma natural posição de prevalência sobre o executado, por se tratar de atuação da garantia de um

¹⁵¹ ÁVILA, 2009, p. 45.

¹⁵² MITIDIERO; OLIVEIRA, 2010, p. 34.

¹⁵³ Nesse sentido, FABRI, Hélène Ruiz. *Égalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. In: LAMBERT, Thierry et al. *Égalité et équité*. Paris: Econômica, 1999. STJ, REsp 11.728-SP, rel. Min. Pedro Aciole, 1ª T., DJ 09.03.1992: “o princípio da igualdade das partes deve ser observado pelo julgador, não podendo ele, em razão da importância ou qualidade de uma, favorecer-la em detrimento da outra”.

De acordo com a Corte Europeia de Direitos do Homem, “a igualdade de armas implica a obrigação de oferecer a cada uma das partes a possibilidade razoável de apresentar a respectiva causa em condições tais que não importem situação de desvantagem em relação à parte contrária”.

¹⁵⁴ MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 209-213.

¹⁵⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, v. 19. São Paulo, 1981. p. 41.

¹⁵⁶ MATTOS, 2009, p. 209-213.

¹⁵⁷ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes instrutórios do juiz**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 112.

direito subjetivo já definido). Todavia, impõe-se a identidade de faculdades e meios de defesa processuais das partes e sua sujeição a ônus e cominações idênticos, sempre que equiparável a sua posição perante o processo¹⁵⁸.

Dentre os meios propostos com o objetivo de preservar e promover a igualdade material no processo destaca-se: (a) formação da carreira da Defensoria Pública (artigo 5º, inciso LXXIV, da Constituição Federal e artigo 134 da Lei Complementar n. 80/1994); (b) técnica de inversão do ônus da prova, de importante utilização no caso do consumidor (artigo 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor); (c) dinamização do ônus da prova¹⁵⁹; (d) antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional com base na evidência do direito postulado em juízo¹⁶⁰ (artigo 273, inciso II, do Código de Processo Civil)¹⁶¹.

Com efeito, a perfeita efetividade do direito substantivo pode ser expressa com a total paridade de armas no processo fundamentada na garantia de que o resultado final depende apenas dos méritos jurídicos relativos às partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito, mas que afetam a afirmação e a reivindicação dos direitos¹⁶². A pacificação que se visa alcançar com o processo – seu escopo social de maior relevância – depende da correspondência entre o resultado do processo e a vontade do direito substancial¹⁶³.

Desse modo, no processo colaborativo, a posição paritária das partes deixa de ser somente o reconhecimento da igualdade entre elas, para se tornar um instrumento positivo de busca da verdade¹⁶⁴. Para que a decisão seja substancial e qualitativamente justa não é suficiente assegurar às partes exclusividade de iniciativa no processo, ainda que com garantia de ampla participação. É preciso que o processo aplique o direito com justificativas corretas e

¹⁵⁸ MITIDIERO; OLIVEIRA, 2010. p. 34-35.

¹⁵⁹ Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 336-338.

¹⁶⁰ “Evidenciando-se parcela da demanda no curso do processo que deve caminhar adianta para que provas possam esclarecer o restante da demanda, o direito à tutela jurisdicional tempestiva impõe a fragmentação da tutela jurisdicional do mérito. Não há aqui lesão ao direito de defesa. Na verdade, o ordenamento jurídico que impede a imediata tutela da parcela incontroversa da demanda é que viola o direito de ação, constituindo um ordenamento despreocupado com a efetividade da tutela dos direitos. Quando se diz que a duração do processo não deve prejudicar o autor que tem razão, objetiva-se preservar o princípio da isonomia. Nos casos em que a parcela da demanda é incontroversa e em que o direito do autor está evidenciado e a defesa do mérito indireta é infundada, a ausência de previsão de tutela antecipatória obrigaria o Estado a faltar com o seu compromisso de prestar a tutela jurisdicional de modo tempestivo. Tratar um direito evidente e um direito não evidente de igual forma é tratar da mesma maneira situações desiguais”. (MARINONI, 2012). Nesse sentido, MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 39.

¹⁶¹ MITIDIERO; OLIVEIRA, 2010, p. 35.

¹⁶² CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. p. 15.

¹⁶³ BEDAQUE, 2011, p. 110.

¹⁶⁴ GRASSO, 1966, p. 586-590.

racionais, objetivo que para ser atingido inflige a preocupação com a verdade dos fatos, pois somente uma decisão baseada em fatos verdadeiros pode ser considerada justa¹⁶⁵. Taruffo acertadamente observa que nenhuma decisão é boa apenas por colocar fim ao conflito, essa qualidade depende de a solução estar fundada em critérios legais e racionais, entre os quais assume basilar importância a verdade dos fatos considerada na determinação do resultado¹⁶⁶.

Destarte, a igualdade no estudo dos institutos processuais deve ser aferida sob o enfoque das prementes desigualdades sociais no Brasil e das promessas assumidas pela Constituição Federal. Propala-se a preocupação em assegurar a igualdade, mas esta dificilmente é concretizada perante o jurisdicionado que se depara com uma Justiça inacessível e parcial. Assim, necessário se faz o aprimoramento das instituições a fim de melhorar o panorama existente¹⁶⁷.

4.2 ESTADO CONSTITUCIONAL: UMA ANÁLISE DA JURISDIÇÃO À LUZ DA IGUALDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Não há dúvida de que a desigualdade social constitui marcante característica do Estado brasileiro e estando o direito processual civil inserido nesse contexto, impositiva sua análise de acordo com a realidade sociológica brasileira. Financeiramente, a insuficiência econômica da maioria dos brasileiros é flagrante, o que enseja elevada interdependência e consequente insegurança e carências¹⁶⁸. No âmbito jurídico, a situação se agrava, pois a igualdade acaba sendo afastada, em razão das desigualdades econômicas, embora evidentes, não ensejarem inquietações aos profissionais do direito, sendo percebidas como naturais. Nesse aspecto, Barbosa Moreira refere a continuidade da dicotomia que prevalece entre “país legal” e “país real”¹⁶⁹.

Conforme pontua Fernanda Tartuce, diante do compromisso estatal com a igualdade, ao ordenar a atuação das partes em juízo, o direito processual configura esfera normativa apropriada para a previsão de normas diferenciadas em favor de determinados sujeitos. Desse modo, para a promoção do equilíbrio na gestão do processo, deve-se atentar à realidade social

¹⁶⁵ BEDAQUE, 2011, p. 113.

¹⁶⁶ TARUFFO TARUFFO, Michele. *Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, Giuffrè, giugno, 2006. p. 475.

¹⁶⁷ TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 97.

¹⁶⁸ TARTUCE, 2012, p. 123.

¹⁶⁹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **As garantias do cidadão na justiça**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 217.

dos litigantes e diligenciar a fim de garantir que o processo não reflita as desigualdades da relação material, viabilizando a “remoção de óbices ilegítimos à atuação em juízo”¹⁷⁰.

Existe grande número de diferenciações previstas no ordenamento jurídico contemporâneo, contemplando sujeitos tidos como especiais – crianças e adolescentes, consumidores, mulheres, idosos –, e se justifica ante à justa insatisfação com a simples proclamação de princípios, sendo natural a previsão de mecanismos para concretizar as previsões normativas, superando os obstáculos que se opõem à respectiva realização¹⁷¹.

Instaurado o processo, um novo vínculo se forma entre os indivíduos e, nesse novo liame, o desequilíbrio e as disparidades existentes na relação originária podem repercutir de forma comprometedora no ambiente processual, sendo impositiva a identificação do papel do juiz nesta dinâmica. De suma importância a atuação do juiz no sentido de evitar que a assimetria jurídica afete o processo caso constatada desigualdade na relação material entre as partes envolvidas¹⁷². Essa atividade do juiz justifica-se, pois a vulnerabilidade de um dos litigantes pode levar a uma decisão injusta e incoerente em relação à realidade fática em apreciação, o que representa “verdadeiro fracasso da atividade jurisdicional”¹⁷³.

O processo, em razão de ser um instrumento ético, deve ser regulado de acordo com as concepções filosóficas, políticas e culturais atuais, visando à concretização da igualdade. Assegura-se, assim, a integridade da ordem jurídica, possibilitando-se às pessoas os meios idôneos à defesa dos seus interesses¹⁷⁴.

Estabelecido o objetivo de aplicação da igualdade, impõe-se a concessão de real oportunidade de atuação no processo de pessoas em situação de vulnerabilidade, impedindo que as dificuldades inerentes à sua condição adversa comprometam a efetiva tutela dos seus direitos. O Estado Constitucional impõe a atribuição de significado social à igualdade processual, devendo o juiz situar a parte socialmente mais fraca em condição de paridade perante a mais forte, impedindo que a igualdade torne-se uma desigualdade no caso concreto por motivos econômicos ou culturais¹⁷⁵.

¹⁷⁰ TARTUCE, 2012, p. 102.

¹⁷¹ TARTUCE, 2012, p. 98-99. Nesse sentido, BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça e nós. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Temas de direito processual**: sexta série. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 1.

¹⁷² Nesse sentido, MARIN, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009. p. 54.

¹⁷³ BEDAQUE, 2009, p. 101-102.

¹⁷⁴ BEDAQUE, 2011, p. 15-24.

¹⁷⁵ TARTUCE, 2012, p. 134.

Frisa-se que a perfeita igualdade é utópica, pois não é possível erradicar completamente as diferenças entre as partes. Dessa forma, na direção do objetivo utópico¹⁷⁶, impositivo avançar ao máximo buscando a equalização das oportunidades processuais, a fim de que as deficiências processuais as quais a parte não deu causa voluntariamente não prejudiquem a tutela efetiva do direito¹⁷⁷.

Na conjuntura atual, as exigências do direito ao processo justo devem ser realizadas de maneira proporcional e adequada às garantias constitucionais do acesso à justiça e da igualdade. Não significa uma desprocessualização da ordem jurídica, e sim que o rigor do formalismo na consideração de eventuais instabilidades processuais deve ser temperado pelas necessidades da vida¹⁷⁸. Nesse contexto, mister transcrever a exposição de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira:

O processo não se presta tão somente para a elaboração de uma decisão, nem esta se legitima só por ter sido imposta segundo os cânones do rito, mas também por ter feito justiça. É verdade que o procedimento, em maior ou menor medida estratificado na legalidade, sempre constitui o plano do exercício da jurisdição e também para o da ação e da defesa pelas partes. Igualmente não padece dúvida de que a sua observância racional legitima o resultado do exercício do poder. Todavia, a formação do próprio procedimento está impregnada de valores e pode chegar até a ser estruturado injustamente, se desconsiderados os direitos fundamentais, os princípios que lhe são ínsitos e o nível de desenvolvimento cultural de cada povo. O fato é que a perda de um ponto de vista ético-político externo, independente do jurídico ou interno, implica negação da própria legitimidade ou, pelo menos, da relevância de todo ponto de vista autônomo do indivíduo e dos sujeitos sociais e contém, por consequência, uma doutrina da ausência de limites ao poder do Estado¹⁷⁹.

De acordo com Fernanda Tartuce, a sociedade contemporânea marcada pelas diferenças sociais, econômicas e culturais impõe seja repensada a imparcialidade judicial, devendo o juiz conferir efetiva tutela aos direitos, assumindo a missão de fazê-lo de modo condizente à realidade social, a partir da pauta constitucional. A antiga concepção de um juiz neutro e terceiro atrapalha a ciência processual, na medida em que desvia o debate da concretização efetiva dos direitos¹⁸⁰.

¹⁷⁶ A realização completa do ideal de igualdade é reconhecida como uma utopia (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 44, out./dez. p. 37, 1986. p. 37).

¹⁷⁷ TARTUCE, 2012, p. 134. Nesse sentido, CAPPELLETTI; GARTH, 1988.

¹⁷⁸ OLIVEIRA, 2004.

¹⁷⁹ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 247-248.

¹⁸⁰ TARTUCE, 2012, p. 136-141.

Hoje se compreende ser um mito conceber um juiz neutro, pois todas as pessoas possuem experiências, preferências, traumas e medos. Já a imparcialidade não diz respeito ao juiz ser desprovido de vontade inconsciente, exige, na verdade, que o juiz não tenha interesse no litígio, bem como trate as partes com igualdade, garantindo o contraditório em paridade de armas¹⁸¹. Nas precisas palavras de Fernanda Tartuce, a imparcialidade está ligada à noção de equidistância pela ausência de interesses do magistrado, não há como sustentar, porém, sua indiferença em relação ao contexto social e aos resultados do processo a não ser a partir de uma concepção privatista que preconize a figura de um juiz omissor¹⁸².

A despeito do panorama constitucional contrário a essa configuração, em um país marcado por tantas desigualdades, na sociedade contemporânea, caracterizada principalmente pelo pluralismo e pela complexidade, é intolerável a indiferença estatal em relação às condições dos litigantes. Preconiza-se, portanto, que o juiz brasileiro atente para a melhor configuração possível do feito a partir das normas constitucionais, confiando a maior efetividade crível aos direitos fundamentais, mediante devida argumentação jurídica, a fim de conferir racionalidade à justificação do julgamento¹⁸³.

4.3 O PRECEDENTE NA DIMENSÃO DA IGUALDADE DIANTE DO ESTADO CONSTITUCIONAL

Conforme visto ao longo do trabalho, a igualdade é elemento indissociável do Estado Democrático de Direito, orientando a compreensão, a aplicação e a construção do ordenamento jurídico. Tanto os particulares, quanto o Estado devem orientar-se de acordo com o direito à igualdade no sistema jurídico brasileiro. A par de os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário sofrerem a mesma incidência da igualdade, o Judiciário submete-se a esta tão somente em relação ao tratamento igualitário das partes no interior do processo, prescindindo sua observação no momento de decidir¹⁸⁴.

Devidamente explicada a dimensão da igualdade *no* processo e *pelo* processo – igualdade *diante da jurisdição* –, que pressupõe além da preocupação com a igualdade de tratamento dos litigantes no processo, a igualdade de acesso à justiça e a igualdade aos

¹⁸¹ DIDIER JR., 2008, p. 67.

¹⁸² TARTUCE, 2012, p. 137.

¹⁸³ TARTUCE, 2012, p. 138-139.

¹⁸⁴ MARINONI MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2010b. p. 1.

procedimentos e às técnicas processuais¹⁸⁵, clara a imprescindibilidade da obtenção de uma decisão racional e justa.

De plano cumpre esclarecer a distinção entre o direito ao processo justo e o direito à decisão racional e justa, tendo em vista que o direito ao processo justo é satisfeito com a realização de direitos fundamentais de natureza processual, como o direito à efetividade da tutela jurisdicional e o direito ao contraditório. Já a legitimação da jurisdição não depende simplesmente da observância destes direitos, não podendo ser alcançada unicamente pelo procedimento em contraditório e adequado ao direito material, pois imperativa a legitimação pelo conteúdo da decisão¹⁸⁶. De modo que, a legitimação da jurisdição depende da legitimidade da decisão¹⁸⁷. Nesse sentido, anota Michele Taruffo: "*Implica la renuncia a valutare se una decisione è o no giusta per il suo contenuto o per gli effetti che produce, e rimanda l'osservatore alla sola considerazione delle modalità con cui si è svolto il processo che la portato a quella decisione*"¹⁸⁸.

Independentemente da análise pormenorizada das teorias explicativas da legitimidade da decisão, o objetivo é demonstrar que a legitimação da jurisdição depende do conteúdo da decisão e, portanto, de um consenso acerca do significado do direito fundamental nela afirmado¹⁸⁹. Assim, não pode a jurisdição legitimar-se ao proferir decisões diversas em casos iguais ou decisões distintas das formadas no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Isso porque, seria descabido que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, pudesse ter inúmeras concepções sobre um mesmo direito fundamental, ora admitindo, ora negando a constitucionalidade do produto da Casa dos representantes eleitos pela maioria do povo¹⁹⁰.

Destarte, a igualdade perante as decisões remete à questão da interpretação judicial, pois não haveria razão para falar em igualdade diante das decisões, caso estas pudessem se resolver simplesmente com a aplicação da lei. Ademais, há tempo entende-se que a tarefa do intérprete não se resume à explicitação do texto da norma, sendo impositiva a construção de

¹⁸⁵ DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013c, v. 2. p. 445-446.

¹⁸⁶ MARINONI, 2010, p. 5.

¹⁸⁷ MARINONI, 2010, p. 6.

¹⁸⁸ TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta. Sui Confini (scritti sulla giustizia civile)*. Bologna: Il Mulino, 2002. p. 221.

¹⁸⁹ De acordo com a teoria procedimentalista de Habermas e as teorias substancialistas.

¹⁹⁰ MARINONI, 2010, p. 8.

uma contínua reformulação e adequação do texto legal às novas situações concretas¹⁹¹. Nesse contexto, advertem Bankowski, MacCormick, Morawski e Ruiz Miguel que o direito manteria uniformidade tão-somente formal, se pudesse variar de acordo com o caso:

This would be a sham if the law were subject to varying interpretation from case to case, for it would only be nominally the same law that applied to different cases with essentially similar features among themselves. Thus 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 law¹⁹².

A compreensão da lei e, conseqüentemente, o subjetivismo, variam na medida em que a letra da norma abre maior ou menor espaço para o magistrado atuar na definição do significado normativo. Logo, o subjetivismo do juiz é um dado, e o que possui relevância na construção da decisão é o texto legal. De forma que a lei é interpretada não apenas porque o juiz deve compreendê-la, mas principalmente porque o seu significado precisa ser apreendido e deduzido¹⁹³.

Outros sim, face ao inevitável envelhecimento e esgotamento das disposições legais, tornou-se premente a necessidade de a legislação conter espaços capazes de possibilitar ao juiz a atuação no sentido de adaptar as normas às novas realidades. Surge, assim, ao lado da técnica legislativa casuística, a técnica das cláusulas gerais fundada na premissa de que a lei pode ser apenas elemento que colabora para a construção judicial do direito, caracteriza-se pela imprecisão de conceitos e tem como objetivo permitir o tratamento de particularidades concretas e de novas situações, inexistentes e imprevisíveis à época da elaboração da norma. Com isso, indiscutivelmente confere-se maior subjetividade ao juiz, que passa a ter o poder de construir uma decisão a partir de elementos os quais não estão presentes no texto normativo¹⁹⁴.

No entanto, embora o juiz possa criar a norma jurídica, é imperativo impedir que exista uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade, atentando-se à máxima do *common law*: *treat like cases alike*. Tendo em vista, principalmente, que não se trata de um sistema no qual o magistrado é livre para criar o direito; a ampliação do poder judicial com base nas cláusulas gerais exige um sistema de

¹⁹¹ Nesse sentido, PICARDI, Nicola. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, 2004. p. 54.

¹⁹² BANKOWSKI, Zenon et al. *Rationales for precedent. Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997. p. 481-482.

¹⁹³ MARINONI, 2010, p. 10.

¹⁹⁴ MARINONI, 2010, p. 11-13.

precedentes, bem como um aprofundamento de critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais¹⁹⁵.

No passado, o controle do poder jurisdicional era feito a partir do princípio da tipicidade ou da definição dos instrumentos que podiam ser utilizados, todavia, hoje, esse controle é mais complexo e sofisticado. A ampliação do poder de execução do juiz ocorrida nos dias atuais, visando conferir maior efetividade à tutela dos direitos, possui, em contrapartida, a necessidade de que o controle da sua atividade seja realizado a partir da compreensão do significado das tutelas no plano do direito material, das regras do meio idôneo e da menor restrição e mediante a imprescindível justificação judicial. Nesse sentido, a justificativa, nas exatas palavras de Luiz Guilherme Marinoni, é a outra face do incremento do poder do juiz, pelo fato de o juiz ter poder para a determinação da melhor maneira de efetivação da tutela, exige-se dele, por consequência, a adequada justificação das suas escolhas¹⁹⁶.

Não obstante as cláusulas gerais também tenham a função de viabilizar a infiltração dos direitos fundamentais nos códigos e leis, o impacto do Neoconstitucionalismo sobre a hermenêutica jurídica é ainda mais vasto. No Estado Constitucional, as normas constitucionais são vinculantes da interpretação das leis, o que aumento o risco de subjetividade das decisões judiciais, vinculando a legitimidade da prestação jurisdicional à sua precisa justificação. O problema da legitimidade da decisão judicial é precisamente a definição do que assegura a sua aceitabilidade racional¹⁹⁷.

A racionalidade do discurso extravasa o domínio restrito das fontes do direito, podendo ser chamado de discurso prático ou moral. Assim sendo, não há como admitir a existência de uma pauta racional capaz de orientar todos os juízes a uma mesma decisão, ainda que diante de casos substancialmente iguais. De modo que, ao conferir poder aos juízes para resolver casos os quais só podem ser definidos mediante precisa interpretação da norma à luz da Constituição, é imperativo estabelecer uma norma jurídica ou um precedente com alcance geral¹⁹⁸.

Com efeito, a maior força do Neoconstitucionalismo no Brasil se manifesta com a concessão do poder de controle da constitucionalidade pelo Judiciário, considerando que esse poder jurisdicional coloca o juiz na posição de agente capaz de negar o produto elaborado pelos representantes da maioria do povo brasileiro. Contudo, apesar de o controle da

¹⁹⁵ MARINONI, 2010, p. 14.

¹⁹⁶ MARINONI, 2010, p. 15-18.

¹⁹⁷ MARINONI, 2010, p. 19.

¹⁹⁸ MARINONI, 2010, p. 20.

constitucionalidade poder ser visto como força contra-majoritária, a sua legitimidade advém da circunstância de que os direitos fundamentais estão excluídos da disposição do Poder Legislativo, devendo o Judiciário protegê-los, concretizá-los e afirmá-los a fim de obter a própria constitucionalização do ordenamento jurídico¹⁹⁹.

Desse modo, os direitos fundamentais devem, necessariamente, expressar o consenso popular que, por sua vez, é constituído por concepções distintas e, naturalmente, antagônicas. De acordo com Alexy, a concepção moral pública distingue-se da concepção moral individual, porque aquela envolve uma representação comum a respeito das condições justas de *cooperação social*. Essa é a chave da compreensão, pois o conteúdo dos direitos fundamentais está no que os cidadãos racionais com concepções pessoais distintas consideram como condições justas de *cooperação social* “tão importantes” que não podem ser deixadas nas mãos do legislador – consenso²⁰⁰.

Assim, não se trata meramente de opor o direito fundamental à lei, mas sim demonstrar com devida argumentação que a lei se choca com o direito fundamental, de modo que, a afirmação do direito fundamental diante da lei, deve significar oposição entre uma argumentação jurisdicional em prol da sociedade e a decisão tomada pelo Legislativo²⁰¹.

Nessa perspectiva, um conceito adequado de democracia envolve além da decisão, a discussão, tornando a democracia deliberativa. Essa dimensão argumentativa da democracia é exercida pela representação argumentativa, base da convivência política legítima. Justificando-se o controle judicial de constitucionalidade quando os juízes demonstram publicamente que suas decisões estão amparadas em argumentos reconhecidos como bons e plausíveis por todas as pessoas racionais que aceitam a Constituição. Portanto, quando surge divergência sobre se uma decisão do legislador choca-se com um direito fundamental, o juiz tem o poder-dever de argumentar e convencer a sociedade²⁰².

Diante do exposto, de fundamental relevância, que a decisão judicial no controle de constitucionalidade possua alcance geral obrigatório, em razão de sua importância transcender toda a legislação infraconstitucional. Entretanto, no Brasil, o problema reside apenas na atribuição de alcance geral obrigatório às decisões de controle difuso de constitucionalidade. É inadmissível que um juiz de primeiro grau ou até mesmo um tribunal qualquer possa decidir

¹⁹⁹ MARINONI, 2010, p. 21.

²⁰⁰ MARINONI, 2010, p. 22.

Nesse sentido, ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático: Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001. p. 39.

²⁰¹ MARINONI, 2010, p. 22.

²⁰² MARINONI, 2010, p. 23.

uma concepção de direito fundamental destoante da que lhe tenha sido atribuída pelo Supremo Tribunal Federal, ainda que em sede de controle difuso de constitucionalidade²⁰³.

Não se está aqui tratando da coisa julgada *erga omnes*, mas sim da eficácia vinculante: as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso devem gozar de eficácia vinculante²⁰⁴. Não é possível a existência, no Judiciário, de concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, sobretudo quando o seu significado já foi definido pelo Supremo Tribunal Federal. Caso contrário, se estaria desconsiderando a fragilidade do coeficiente de legitimidade democrático do Judiciário, assim como, negando a autoridade do discurso como meio de legitimação do controle de constitucionalidade²⁰⁵.

Delineadas as transformações ocorridas nas concepções de direito e de jurisdição, evidente, sobretudo, o impacto da técnica das cláusulas gerais e do Neoconstitucionalismo, resta impositiva uma urgente elaboração dogmáticas capaz de garantir a igualdade perante as decisões judiciais.

²⁰³ MARINONI, 2010, p. 23-24.

²⁰⁴ MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro. In: MITIDIERO, Daniel. **O processo civil no estado constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 318.

²⁰⁵ MARINONI, 2010, p. 24.

5 CONCLUSÃO

Com o advento do Estado Constitucional, o sistema jurídico brasileiro passou a centrar-se no reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais sob o enfoque do novo paradigma do constitucionalismo contemporâneo: a dignidade da pessoa humana, viga-mestra para a construção do Estado e escopo da supremacia do direito.

À fase atual do pensamento jurídico deu-se o nome de Neoconstitucionalismo, cujas principais marcas são: (i) reconhecimento da força normativa da Constituição; (ii) desenvolvimento da teoria dos princípios, de modo a reconhecer-lhes eficácia normativa; (iii) transformação da hermenêutica jurídica, com o reconhecimento do papel criativo e normativo da atividade jurisdicional, da distinção entre texto e norma, da consagração das máximas de proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das normas, do método de concretização dos textos normativos convivendo com a subsunção, e da técnica legislativa das cláusulas gerais; (iv) expansão e consagração dos direitos fundamentais.

No Estado contemporâneo, o direito material e o processual não estão mais atados a uma pauta de estrita legalidade, não podendo o juiz conformar-se com legislações avaliadas injustas, em razão do desígnio do sistema jurídico brasileiro estar atrelado às teorias dos direitos fundamentais e dos princípios, bem como às técnicas da interpretação de acordo com a Constituição e de controle da constitucionalidade; instrumentos essenciais para a construção de um processo efetivamente justo. O direito ao processo justo é o direito ao processo civil no Estado Constitucional, sendo o exercício de poder legítimo somente se por ele norteado.

Assim, visando às atuais determinantes culturais de um processo justo diante do Estado Constitucional, encontra-se o processo civil brasileiro na nova fase metodológica denominada de formalismo-valorativo. Nesse contexto, o processo colaborativo é o modelo processual que se impõe.

Com efeito, a segurança jurídica é o fundamento da validade e instrumento de eficácia das outras normas jurídicas. Consuma-se em um espectro de gradual realização: o ideal maior – segurança jurídica –, é a soma de ideais parciais – cognoscibilidade, confiabilidade e calculabilidade normativas –, que só se realizam com inteligibilidade, lealdade e suavidade da atuação estatal.

Ademais, sendo o Direito uma disciplina argumentativa, é possível conciliar o caráter argumentativo do Direito com a segurança jurídica no Estado de Direito, recorrendo à retórica para equilibrar a aparente contradição dessas ideias. Nessa perspectiva, a representação do princípio do Estado de Direito como antítese do caráter argumentativo do Direito é um

equivoco da ênfase desse princípio à certeza jurídica, pois não constitui o único valor presente no Estado de Direito, ainda que seja benefício legítimo esperado pelos cidadãos, impondo aos legisladores e juízes realizar suas atribuições de forma exemplar. A certeza do Direito está sujeita a mudanças, em razão do seu caráter provisório e excepcionável, portanto, não contrasta com o caráter argumentativo do Direito, na realidade, compartilha fundamento comum com este: a concepção do direito de defesa dentro da ideologia do Estado de Direito, percebido como proteção contra a atuação arbitrária dos governos. Também constitui caráter dinâmico do ideal de Estado de Direito, a importância de deixar tudo aquilo que é contestável ser contestado. Nesses aspectos dinâmicos, o caráter argumentativo do Direito é uma pretensão de conciliação do Estado de Direito, não sua antítese.

Ainda que não seja evidente, a proteção da igualdade é uma forma indireta de se proteger a segurança jurídica, pois conduz à segurança jurídica como segurança do Direito e dos direitos de qualquer cidadão frente ao Estado, a ser realizada pelo Estado por todos aqueles que se encontrem em situação equivalente.

Em diversas passagens da Constituição Federal brasileira de 1988, a igualdade obteve acentuado destaque, a começar pelo Preâmbulo, no qual a igualdade, ao lado da justiça e do valor de uma sociedade pluralista e sem preconceitos, integra os valores essenciais da ordem jurídico-constitucional. Apresenta-se, a igualdade, no texto constitucional, como princípio estruturante do Estado Democrático de Direito e na condição de norma impositiva de tarefas para o Estado. Além disso, o texto constitucional estabelece uma série de disposições impositivas de tratamento igualitário e proibitivas de discriminação.

Nesse contexto, a igualdade, valor jurídico fundamental, ganha a condição de aspecto imprescindível para a formação de uma identidade coletiva, podendo ser definida como a relação entre dois ou mais sujeitos com base em critério de comparação aferido por meio de elementos indicativos os quais servem de instrumento para realização de uma determinada finalidade, conforme os valores constitucionais ou padrões ético-sociais acolhidos no ordenamento jurídico brasileiro. Destarte, a igualdade é considerada uma “super-norma”, pois sua natureza normativa pode ser tanto de princípio, quanto de postulado ou de regra; seu conteúdo normativo é formal, pois estabelece uma estrutura relacional que rege os direitos fundamentais.

O direito à igualdade visa impedir discriminações, distinções, e privilégios arbitrários, injustificáveis ou preconceituosos. Dirige-se a todos os poderes públicos e aos particulares, diferenciando-se a igualdade *perante* a lei da igualdade *na* lei: a igualdade *perante* a lei consiste no tratamento isonômico conferido a todos os seres de uma mesma categoria

essencial; enquanto a igualdade *na* lei tem por finalidade a igualização fática dos desiguais por meio da concessão de direitos e da adoção de certas medidas, exigindo-se critérios razoáveis e justos para referidos tratamentos desiguais.

No processo, o direito à igualdade deve ser analisado sob duas dimensões distintas: (i) igualdade *perante a* legislação e igualdade *na* legislação; (ii) igualdade *no* processo e à igualdade *pelo* processo. A igualdade *perante a* legislação impõe ao órgão judicial o dever de assegurar igualdade de tratamento às partes, ao passo que a igualdade *na* legislação implica um processo organizado de forma isonômica, sem distinções arbitrárias no seu conteúdo.

A segunda dimensão do direito à igualdade – igualdade *no* processo e igualdade *pelo* processo – pressupõe, além da igualdade de tratamento dos litigantes no processo, também a igualdade de acesso à justiça e a igualdade aos procedimentos e às técnicas processuais. Nessa linha, é mais apropriado pensar em igualdade *diante da jurisdição*.

Ante as situações de desigualdade material entre as partes resultantes de fatores culturais, econômicos e políticos, imprescindível assegurar o direito fundamental à paridade de armas no processo, garantia decorrente do direito à igualdade – formal e material. Pressuposto para o desenvolvimento do contraditório, o direito à paridade de armas estabelece o dever de o juiz assegurar a ambas as partes o poder de influir igualmente no processamento e no julgamento da causa.

A despeito do panorama constitucional, em um país marcado por tantas desigualdades, na sociedade contemporânea, caracterizada principalmente pelo pluralismo e pela complexidade, é intolerável a indiferença estatal em relação às vulnerabilidades dos litigantes. Preconiza-se, portanto, que o juiz brasileiro atente para a melhor configuração possível do feito a partir das normas constitucionais, confiando a maior efetividade crível aos direitos fundamentais, mediante devida argumentação jurídica, a fim de conferir racionalidade à justificação do julgamento.

A legitimação da jurisdição depende da legitimidade do conteúdo da decisão e, portanto, de um consenso acerca do significado do direito fundamental nela afirmado. Assim, não pode a jurisdição legitimar-se ao proferir decisões diversas em casos iguais ou decisões distintas das formadas no tribunal competente para a definição do sentido e do significado das normas constitucionais e dos direitos fundamentais. Seria descabido que o Poder Judiciário, caracterizado por um déficit de legitimidade democrática em relação ao Legislativo, pudesse ter inúmeras concepções sobre um mesmo direito fundamental, ora admitindo, ora negando a constitucionalidade do produto da Casa dos representantes eleitos pela maioria do povo.

Destarte, face ao inevitável envelhecimento e esgotamento das disposições legais, tornou-se premente a necessidade de a legislação conter espaços capazes de possibilitar ao juiz a atuação no sentido de adaptar as normas às novas realidades. No entanto, embora o juiz possa criar a norma jurídica, é imperativo impedir que exista uma multiplicidade de normas jurídicas para casos iguais, gerando insegurança e desigualdade.

Tendo em vista, principalmente, que não se trata de um sistema no qual o magistrado é livre para criar o direito; a ampliação do poder judicial com base nas cláusulas gerais exige um sistema de precedentes, bem como um aprofundamento de critérios capazes de garantir o controle das decisões judiciais. Justifica-se, o controle judicial de constitucionalidade, quando os juízes demonstram publicamente que suas decisões estão amparadas em argumentos reconhecidos como bons e plausíveis por todas as pessoas racionais que aceitam a Constituição. Portanto, quando surge divergência sobre se uma decisão do legislador choca-se com um direito fundamental, o juiz tem o poder-dever de argumentar e convencer a sociedade.

Sendo assim, de fundamental relevância que as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, mesmo em controle difuso de constitucionalidade, gozem de eficácia vinculante. Isso porque não é possível a existência, no Judiciário, de concepções diversas e antagônicas acerca de um direito fundamental, sobretudo quando o seu significado já foi definido pelo Supremo Tribunal Federal. Impositiva, portanto, uma urgente elaboração dogmática capaz de garantir a igualdade perante as decisões judiciais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático: Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.

_____. *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1989.

_____. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Gomes da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALPA, Guido. *La certezza del Diritto nell' età dell' incertezza*. Napoli: Scientifica, 2006.

ALVES, Francisco Glauber Pessoa. *O princípio jurídico da igualdade e o processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ARNAULD, Andreas von. *Rechtssicherheit*. Tübingem: Mohr Siebeck, 2006.

ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “Ciência do Direito” e o “Direito da Ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)*. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 17, jan./mar. 2009. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-HUMBERTO%20AVILA.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

_____. *Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2011.

_____. *Teoria da igualdade tributária*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BANKOWSKI, Zenon et al. *Rationales for precedent. Interpreting precedents: a comparative study*. London: Dartmouth, 1997.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A justiça e nós. In: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Temas de direito processual: sexta série*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. *La igualdad de las partes en el proceso civil*. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 44, out./dez. p. 37, 1986.

_____. O direito à assistência jurídica: evolução no ordenamento brasileiro de nosso tempo. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

BARROSO, Luis Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luis Roberto; MENDONÇA, Eduardo. Retrospectiva 2012: STF entre seus papéis contramajoritário e representativo. **Revista Consultor Jurídico**. 3 jan. 2013. Disponível em: <www.conjur.com.br>. Acesso em: 17 fev. 2013.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Jus Navigandi**, ano 10, n. 851, 1 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7547>. Acesso em: 28 jul. 2012.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Direito e processo. Influência do direito material sobre o processo**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Poderes instrutórios do juiz**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

BORGES, José Souto Maior. Significação do princípio da isonomia na Constituição de 1988. **Revista Trimestral de Direito Público**, n. 15. São Paulo: Malheiros, 1996.

CABRAL, Antonio do Passo. **Nulidades no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra, 2007.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988.

CAVALCANTI FILHO, Theophilo. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: RT, 1964.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo**, v. 19. São Paulo, 1981.

COMPARATO, Fábio Konder. Precisão sobre os conceitos de lei e de igualdade jurídica. **Revista dos Tribunais**, v. 750, n. 18, 1998.

COSTA, Daniela Fernanda. **Os direitos fundamentais sociais como expressão do bem comum**. Mestrado (Dissertação). Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

CHASE, Oscar G. **Law, culture, and ritual: disputing systems in cross-cultural context**. New York: New York University Press, 2005.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Mutações, complexidade, tipo e conceito, sob o signo da segurança e da proteção da confiança. In: TORRES, Heleno (Org.). **Estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho**. São Paulo: Saraiva, 2007.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. O princípio da igualdade e o direito tributário. **Revista da Faculdade de Direito Milton Campos**, v. 1, n. 190, 1994.

DEXHEIMER, Vanessa Grazziotin. Atuação do juiz na condução do processo civil no estado constitucional. In: MITIDIERO, Daniel (Org.). **O processo civil no estado constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DIDIER JR., Fredie. **Cláusulas gerais processuais**. Disponível em: <<http://www.frediedidier.com.br/artigos/clausulas-gerais-processuais/>>. Acesso em: 18 fev. 2013a.

_____. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento**. 15. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013b, v. 1.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação da tutela**. 8. ed. Salvador: JusPODIVM, 2013c, v. 2.

_____. **Curso de direito processual civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento**. 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2008, v. 1.

_____. **Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo**. Disponível em: <http://ufba.academia.edu/FredieDidier/Papers/159075/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos>. Acesso em: 28 jul. 2012.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

FABRI, Hélène Ruiz. *Égalité des armes et procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*. In: LAMBERT, Thierry et al. *Égalité et équité*. Paris: Economica, 1999.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *La dignidad de la persona como valor supremo del ordenamiento jurídico*. **Estado e direito: Revista luso-espanhola de direito público**. n. 17-18, 1996.

FERRAJOLI, Luigi. *Pasado y futuro del Estado de Derecho*. In: CARBONELL, Miguel (Coord.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. O princípio da igualdade no direito tributário. **Revista de Direito Tributário**, v. 58, n. 205, 1991.

GRASSO, Edoardo. *La collaborazione nel processo civile*. **Rivista di Diritto Processuale**. Padova: Cedam, 1966.

GUASTINI, Ricardo. **Das fontes às normas**. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21646/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga#ixzz2JsWiU8md>>. Acesso em: 3 fev. 2013.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o estado de direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MARIN, James. **Defesa e vulnerabilidade do contribuinte**. São Paulo: Dialética, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. A jurisdição no estado constitucional. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **Estudos de direito processual civil: homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: RT, 2005.

_____. A legitimidade da atuação do juiz a partir do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1161, 5 set. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/8846>>. Acesso em: 3 dez. 2012.

_____. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Curso de processo civil: teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, v. 1.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A força dos precedentes**. Salvador: JusPODIVM, 2010b.

_____. **Precedentes obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010a.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção”. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 15, 1998.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. **Devido processo legal e proteção de direitos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MITIDIERO, Daniel. **Antecipação da tutela: da tutela cautelar à técnica antecipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. **Colaboração no processo civil: pressupostos sociais, lógicos e éticos**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MITIDIERO, Daniel; OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Curso de processo civil: teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil**. São Paulo: Atlas, 2010, v. 1.

MOTTA, Otávio Luiz Verdi. Precedente e jurisprudência no Estado Constitucional brasileiro. In: MITIDIERO, Daniel. **O processo civil no estado constitucional**. Salvador: JusPODIVM, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **Direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. **Do formalismo no processo civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O processo civil na perspectiva dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de (Org.). **Processo e constituição**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PICARDI, Nicola. *La vocazione del nostro tempo per la giurisdizione*. **Rivista trimestrale di diritto e procedura civile**. Milano, 2004.

PINTO, Maria da Glória Ferreira. Princípio da igualdade: fórmula vazia ou fórmula “carregada” de sentido? **Boletim do Ministério da Justiça de Portugal n. 358**, 1986.

POZZOLO, Susanna. *Neoconstitucionalismo y la especificidad de la interpretación constitucional*. Tradução Josep M. Vilajosana. **Doxa**, n. 21, v. II, 1998. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/obra/neoconstitucionalismo-y-especificidad-de-la-interpretacin-0/>>. Acesso em: 15 mar. 2013.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Prefácio. In: Theophilo Cavalcanti Filho. **O problema da segurança no direito**. São Paulo: RT, 1964.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **O princípio constitucional da igualdade**. Belo Horizonte: Lê, 1990.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia*. **Revista de Interculturalidad**. Disponível em: <<http://www.boaventuradesousasantos.pt/pages/pt/homepage.php>>. Acesso em: 25 jul. 2012.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARMENTO, Daniel. **Neoconstitucionalismo: riscos e possibilidades**. Disponível em: <<http://www.danielsarmento.com.br/wp-content/uploads/2012/09/O-Neoconstitucionalismo-no-Brasil.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2013.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

SINGER, Peter. **Ética prática**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. **A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos**. Tese de titularidade, Porto Alegre, 2002.

TARTUCE, Fernanda. **Igualdade e vulnerabilidade no processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TARUFFO, Michele. *Idee per una teoria della decisione giusta. Sui Confini (scritti sulla giustizia civile)*. Bologna: Il Mulino, 2002.

_____. *Poteri probatorio delle parti e del giudice in Europa. Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milano, Giuffrè, giugno, 2006.

VALEMBOIS, Anne-Laure. *La Constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique em Droit français*. Paris: LGDJ, 2005.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Recurso especial, recurso extraordinário e ação rescisória**. São Paulo: RT, 2009.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho ductil: ley, derechos, justicia*. Tradução Marina Gascón. 8. ed. Madrid: Trotta, 2008. (Título original: *Il Diritto Mitte: Legge, diritti, giustizia*).

ZANETI JR., Hermes. **O modelo constitucional do processo civil brasileiro contemporâneo**. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). *Reconstruindo a teoria geral do processo*. Salvador: JusPODIVM, 2012.