XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

ELAINE HARZHEIM MACEDO

FABIANA DE MENEZES SOARES

ARTENIRA DA SILVA E SILVA SAUAIA

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

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

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

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

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

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

P963

Processo, jurisdição e efetividade da justiça II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadoras: Artenira da Silva e Silva Sauaia, Elaine Harzheim Macedo, Fabiana de Menezes Soares – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-352-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Processo. 3. Jurisdição. 4. Efetividade da Justiça. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

PROCESSO, JURISDIÇÃO E EFETIVIDADE DA JUSTIÇA II

Apresentação

A cidadania e o desenvolvimento sustentável, com destaque para o papel dos atores sociais no Estado democrático de Direito, foram o tema central do XXV Congresso do CONPEDI, realizado nos dias 7 a 10 de dezembro de 2016, na cidade de Curitiba, nas dependências da UNICURITIBA – Centro Universitário Curitiba.

No Grupo de Trabalho Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça II, foram apresentados e defendidos, ao total, 21 (vinte e um) artigos, abordando questões relevantes de jurisdição e processo afins e aderentes ao tema central, prioritariamente navegando no processo civil, especialmente tendo em vista o novo Código de Processo Civil cujo impacto nos estudos acadêmicos, teóricos e práticos está a exigir do jurista do processo profundo comprometimento. Foi-se também além da fronteira civilista para visitar a sensível e relevante área do processo penal e flertar com o processo eleitoral, de modo a colorir proficuamente os trabalhos que se estenderam ao longo da tarde, beirando o anoitecer, em ambiente profícuo, amistoso e comprometido com discussões que se fazem pertinentes especialmente quando se foca o papel dos atores sociais no Estado democrático de Direito.

Debates sobre a segurança jurídica e efetividade do direito; a esterilidade do precedente judicial na legislação brasileira; a produção de provas e suas “verdades”; a flexibilização da perpetuatio jurisdictionis; a ética, a dignidade humana e o acesso à justiça; os precedentes vinculantes no novo CPC; a fundamentação das decisões judiciais; a coisa julgada frente à segurança jurídica e a isonomia; a “virtude soberana” de Ronald Dworkin e o incidente de resolução de demandas repetitivas; a contagem dos prazos e sua aplicação subsidiária ou supletiva a outros microssistemas processuais; o duplo grau de jurisdição e os recursos repetitivos; o sistema de precedente na common law e o novo CPC; procedimentos como da ação de dissolução parcial de sociedade e da ação de usucapião extrajudicial; o princípio da cooperação e sua inaplicabilidade ao processo penal; o conceito de personalidade humana e o agir processual dos sujeitos processuais; a interdisciplinaridade do CPC de 2015 e a legislação eleitoral no tocante ao poder normativo; a ubiquidade do processo eletrônico; a estabilização da tutela antecipada antecedentes; a colaboração no processo e a distribuição dinâmica do ônus da prova; o estudo trazendo dados empíricos colhidos no Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão quanto à fundamentação das decisões judiciais com base em precedentes judiciais, enriqueceram a tarde de trabalhos e trouxeram para os debates a necessidade crescente do Direito produzir academicamente a partir de dados coletados em

campo para que a visibilidade da realidade vivida e produzida nas instituições do sistema de justiça brasileiro sejam materializadas em uma produção científica coesa e mais hábil em suscitar mudanças na atuação dos representantes estatais em suas atuações, unindo a academia num único propósito, qual seja, de aprimorar o Direito, com vistas à sua condição de ciência aplicada em prol de uma sociedade culturalmente pluralista, economicamente frágil e cientificamente jovem, mas intuída pelo fortalecimento do valor maior, a dignidade da pessoa humana, princípio e fim do Direito.

Profa. Dra. Elaine Harzheim Macedo - PUCRS

Profa. Dra. Fabiana de Menezes Soares - UFMG

Profa. Dra. Artenira da Silva e Silva Sauaia - UFMA

A "VIRTUDE SOBERANA" DE RONALD DWORKIN – IGUAL CONSIDERAÇÃO E RESPEITO NA AFETAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS EM INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

DWORKIN'S "SOVEREIGN VIRTUE" – EQUAL CONCERN AND RESPECT OVER JUDICIAL RESOLUTIONS ISSUED THROUGHT BRAZILIAN "INCIDENT TO SOLVE REPETITIVE DEMANDS"

Andre Beckmann De Castro Menezes
José Henrique Mouta Araújo

Resumo

A igualdade para Dworkin é a virtude soberana da comunidade política. A "igualdade de recursos" reflete os dois princípios do individualismo ético: o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial. A ideia de tratamento com igual consideração e respeito deve ser levada ao processo judicial. O sistema de tutelas coletivas brasileiro presume uma correta representatividade do jurisdicionado, como caráter legitimador da aplicação obrigatória da decisão judicial nesses casos. Admite-se a igualdade formal decorrente da representatividade implícita como suficiente para o funcionamento dos instrumentos de coletivização das decisões, entre os quais, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

Palavras-chave: Igualdade, Tutela coletiva, Representatividade

Abstract/Resumen/Résumé

Dworkin considers equality as the sovereign virtue of a political community. The "resources equality theory" reflects the two principles of the ethical individualism: equal concern and special responsability. The idea of equal treatment and concern should be taken to a lawsuit proceeding. The rules of the collective action in the brazilian procedural law presume an adequacy of representativeness, as a legitimating character to a binding judicial resolution. Therefore, a formal equality arose from an implicit representativeness is sufficient to create a mandatory judicial decision system to others cases, like the brazilian "incident to solve repetitive demands".

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Equality, Collective action, Representativeness

1 INTRODUÇÃO

Poucos temas possuem tanta relevância para as diferentes áreas do Direito como o igual tratamento e proteção aos sujeitos advindo da lei. Isso permite que se desenvolvam conceitos de igualdade em teorias jurídicas, políticas, sociológicas e dentro da filosofia.

O presente artigo visa apresentar o conceito de igualdade para Ronald Dworkin e ratificar sua atualidade e importância através da verificação de sua aplicação no desenvolvimento da novel legislação brasileira processual, quanto à consequência de coletivização de decisões, especialmente do IRDR – incidente de resolução de demandas repetitivas.

O trabalho se divide, portanto, em três partes bem definidas. A primeira parte visa apresentar o conceito de igualdade para Dworkin, examinando, principalmente, sua obra "A Virtude Soberana: a teoria e prática da igualdade" e também "A raposa e o porco-espinho: justiça e valor".

Em seguida, numa breve análise dos instrumentos de coletivização das decisões judiciais previstos no novo Código de Processo Civil – CPC, o foco será descobrir se os institutos preveem real representatividade para todos os afetados pelas decisões judiciais proferidas por ocasião de julgamentos coletivos ou com força coletiva sobre causas individuais ou se essa representatividade é presumida ou, quiçá, desimportante.

Por último, tomando-se por base o IRDR – incidente de resolução de demandas repetitivas, observar-se-á se o conceito de igualdade de Dworkin se aplica às preocupações do legislador brasileiro quando determina a vinculação obrigatória de decisões judiciais que definem teses jurídicas a casos presentes (sobrestados) e futuros.

2 O CONCEITO DWORKINIANO DE IGUALDADE: A VIRTUDE SOBERANA

Tema recorrente na obra de Ronald Dworkin, a igualdade foi merecedora de uma obra especialmente a si dedicada: "A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade". O conceito lá desenvolvido, é objeto deste capítulo.

Dworkin afirma que a consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política (2011, p. I), elevando a preocupação sobre a igual consideração e respeito (*equal concern and respect*) do governo por todos os cidadãos. Investigar o significado da "igual consideração" implica na busca de alguma forma de igualdade material, explicada em sua teoria da "igualdade de recursos". Compreendendo a igualdade como um **valor político fundamental**, Dworkin busca a conciliação entre dois princípios do individualismo ético: o

princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial, diretamente vinculado ao conceito de liberdade.

> "Podemos dar as costas à igualdade? Nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade. A consideração igualitária é a virtude soberana da comunidade política" (DWORKIN, 2011, p. I).

Klautau Filho (2004, p. 89), examinando os princípios liberais do individualismo ético de Dworkin, explica que o princípio da igual importância exige que todos os seres humanos tenham vidas bem sucedidas, que as vidas prosperem e não fracassem, que não sejam desperdiçadas. O princípio da responsabilidade especial é um princípio relacional: "as escolhas de cada um a respeito da vida que pretende viver são de responsabilidade pessoal. O princípio não endossa escolha de valor ético. Ele apenas afirma que viver é tarefa (*assigment*) que pode ser bem ou mal executada" (KLAUTAU FILHO, 2004. p. 91).

Em cima desses dois princípios é que Dworkin desenvolve sua concepção de igual consideração e respeito, base de sua teoria de igualdade.

Todavia, antes de defender sua teoria da igualdade – igualdade de recursos -, Dworkin, desenvolve os argumentos contrários a outras teorias da igualdade. Na obra "A raposa e o porco-espinho: justiça e valor", Dworkin (2014) apresenta falsas concepções de igualdade: a concepção do *laissez-faire*, a utilitarista, e desenvolve o debate entre a teoria de igualdade de bem-estar e igualdade de recursos.

A ideia do *laissez-faire* admite a igual consideração e o respeito pelas escolhas individuais, traduzindo um liberalismo político amplo, de modo que o tratamento igualitário decorre da liberdade das pessoas em "trabalhar, comprar e vender, poupar ou gastar, como elas próprias podem ou querem fazer" (DWORKIN, 2014, p. 539). Ocorre que a ideia passa longe de uma igualdade material. A uma porque as pessoas não partem do mesmo ponto de equilíbrio na empreitada de desenvolvimento das próprias vidas; a duas, porque fatores externos como variáveis de leis e programas políticos podem influenciar sobremaneira no resultado de tal ou qual empreendimento, eis que modificam a distribuição de riquezas e oportunidades. Dworkin refuta que esse seja um modelo de equilíbrio justo.

O utilitarismo valoriza a felicidade, o prazer, o bem-estar ou o sucesso. Portanto, o tratamento igualitário deveria levar em consideração o agregado de prazer. A despeito de reconhecer que o utilitarismo é influente na teoria política, Dworkin sugere um simples

exercício mental para critica-lo, através do exemplo em que um pai deixaria maior parte de sua herança para um filho, em razão deste possuir maior aptidão (em tese) de desenvolvimento pessoal que os demais (2014, p. 542). Tal ato, por óbvio, não é um ato de respeito à igualdade.

As teorias de igualdade de bem estar e de recursos merecerão desenvolvimento nas subseções a seguir.

2.1 A TEORIA DA IGUALDADE DE BEM-ESTAR.

Em "A virtude soberana", bem-estar é considerado tudo o que é fundamental à vida, de modo que os recursos são meios de alcance do bem-estar (DWORKIN, 2011, p. 7). Salienta, ainda, que o bem-estar pode ser encarado como uma questão de prazer ou satisfação, ou, ainda, êxito na realização de planos. Divide, portanto, em três grupos de teorias: teorias bem sucedidas de bem-estar; teorias de estado de consciência; e concepções objetivas de bem estar.

O primeiro grupo trata a igualdade de êxito como conceito de igualdade de bem-estar, a qual "recomenda a distribuição e a transferência de recursos até que nenhuma transferência adicional possa reduzir os êxitos entre as pessoas" (DWORKIN, 2011, p. 11). A ideia de êxito, contudo, decorre de diferentes preferências, de modo que podem ser subdivididas em preferências políticas, impessoais e pessoais.

As preferências políticas dizem respeito à distribuição de recursos por alguma lógica socialmente aceita, como o mérito ou a empatia a determinada classe. Todavia, o autor demonstra que a teoria é vazia, eis que, ou não se atenderá a todos, de modo a alcançar o equilíbrio de bem-estar, ou o alcançará baseado em preferências impessoais e pessoais sobrepostas às escolhas políticas. Aliás, chama a atenção que "um sistema político não-igualitário não se torna justo simplesmente porque todos acreditam equivocadamente que é justo" (DWORKIN, 2011, p. 22).

As preferências impessoais tratam de coisas que não pertencem à pessoa, ou à vida, ou situações de outras pessoas. Usando o exemplo do direito de manutenção de certa espécie de peixe em contrapartida a não construção de uma represa útil à sociedade, Dworkin salienta que a igualdade estará garantida quando a pessoa tem direito de voto para escolha das autoridades, assim como de expressar sua opinião sobre estas mesmas autoridades, ao executarem ou deixarem de executar tal projeto. Essa ideia de poder de influência terá relevância no curso deste trabalho. Portanto, a igualdade se refere ao reconhecimento do mesmo poder político às pessoas.

As preferências pessoais implicam no reconhecimento da distribuição de recursos para que as pessoas sejam iguais no grau de realização das suas preferências, ou seja, buscando o êxito na satisfação relativa à própria vida, sob sua própria ótica. Mesmo não descartando os diferentes meios de enxergar o êxito (relativo), torna-se mais relevante entender o êxito total, verificado através da ideia de "lástima razoável"; ou seja, quanto mais a pessoa possa lamentar-se razoavelmente sobre o que poderia ter alcançado, mas não o fez, menor terá sido o êxito total. Se a teoria serve para demonstrar níveis de desigualdade, ela não explica e nem justifica a transferência de recursos, sem que as convicções pessoais tenham um peso contraditório à busca da igualdade.

O segundo grupo defende que a distribuição de recursos deve buscar o equilíbrio de satisfação direta, proveniente de convicções de que as preferências pessoais foram realizadas. Ocorre que o nível de ambição e talentos podem provocar disparidades em que o bem-estar verificado entre duas pessoas não justifique transferência de recursos de uma para a outra.

A relação de bem-estar decorrente do aumento de recursos há muito é combatida pelos estudiosos do tema, ratificando as críticas postas por Dworkin, visto que, de fato, o aumento de recursos não implica em necessário aumento de bem-estar. Duclos (2006, p. 12) salienta que após a segunda guerra mundial, os americanos tiveram um aumento considerável em sua renda *per capita* média, mas continuavam declarando que não se sentiam felizes, de modo que a relação de distribuição de recursos e bem-estar não é uma relação de causa e efeito.

Para tentar salvaguardar as diferenças subjetivas inevitáveis, Dworkin trabalha com a ideia de um terceiro grupo: teorias objetivas de bem-estar. Trata-se de utilizar a regra de igualdade de êxito total, a partir da insatisfação das pessoas, medida a partir dos recursos que estão à disposição destas pessoas. Ocorre que a medida objetiva passa ao largo do exame do bem-estar e se aproxima a uma igualdade de recursos.

Independente do conceito de bem-estar adotado, existem contra-exemplos que derrubam a teoria, sendo um dos mais importantes o "problema dos gostos dispendiosos": seria aceitável que a pessoa que desenvolve gostos dispendiosos se legitimaria a receber um auxílio adicional de recursos para manutenção desse gosto, apenas para (re)equilibrar a condição de bem-estar, em detrimento da diminuição de recursos dos demais integrantes da comunidade?

Vale destacar o significado da expressão para Dworkin, segundo Cohen:

> "dizer que alguém tem gostos dispendiosos, no presente significado da frase, o qual é o mesmo significado do artigo de Dworkin intitulado "Igualdade de

> bem-estar", é dizer que a pessoa precisa de mais recursos que outros simplesmente para alcançar o mesmo nível de bem-estar que aqueles que possuem menos gostos dispendiosos" (COHEN, 2004, p. 5).

Compreendida a expressão, sem ressalvas às críticas que foram promovidas, uma resposta possível ao questionamento formulado acima seria através da negativa utilitarista pela qual deve sempre ser buscada a maior média de bem-estar na sociedade (DWORKIN, 2011, p. 63). Ocorre que tal solução não corrige um desequilíbrio de bem-estar causado pelo gosto dispendioso, portanto, a teoria não se sustentaria. Haveria, então, um estímulo negativo para a percepção de mudanças na vida ou a admissão de que os gostos dispendiosos implicariam em ponto de sacrifício da igualdade. Um exemplo dado pelo autor que merece maior atenção diz respeito aos personagens Jude e Louis, sendo que Jude tem gostos mais simples e acesso a recursos mais limitados que Louis, quem desenvolveu gostos dispendiosos e possui maiores recursos. Antes de desenvolver gostos dispendiosos, Louis e Jude, a despeito da disparidade de recursos, tinham igual bem-estar. Agora, Louis tem um déficit de bem-estar. Isso legitimaria a diminuição de recurso de Jude para aumentar ainda mais os de Louis, em razão da satisfação pessoal?

Igualmente, seria a teoria de bem-estar que permitiria distribuição desigual de recursos aos deficientes físicos ou mentais? Novamente, instigando o leitor com exemplos mordazes, Dworkin questiona se a redistribuição de recursos para o desenvolvimento de uma máquina que fizesse um paraplégico andar seria um ato de reequilíbrio de bem-estar, visto que o nível de satisfação pessoal deste é indubitavelmente menor do que o nível de satisfação das pessoas que se locomovem livremente. Todavia, ao entregar o recurso ao paraplégico, poderia este, por ser um músico excepcional, investir na compra de um *stradivarius*, ao invés? Trata-se ou não da busca de bem-estar pela satisfação das preferências pessoais? E se a resposta for positiva, o que deixaria de legitimar outro músico, sem deficiência física, que tem o mesmo déficit de bem-estar por não ter um *stradivarius*, a conseguir um através de recursos adicionais? (DWORKIN, 2011, p. 73). Com precisão, Nobre (2015, p. 369) demonstra que Dworkin introduz o conflito aparente entre igualdade e liberdade, sobre o qual se preocupa em desfazer posteriormente em suas obras.

Portanto, a conclusão de Dworkin acerca da teoria de bem-estar é que, em quaisquer de suas concepções, a teoria viola os dois princípios do individualismo ético. Como é impossível abandonar a premissa de que as pessoas são diferentes, possuem interesses, ideais e ambições diferentes, aceitar uma ideia comum de bem-estar seria negar o tratamento com

igual consideração e respeito. De mesmo modo, a responsabilidade especial restaria violada, visto que o indivíduo teria tolhida sua liberdade de escolha acerca das preferências pessoais, do modo de viver a própria vida.

2.2 A TEORIA DA IGUALDADE DE RECURSOS

Dworkin inicia sua explanação restringindo a expressão "igualdade de recursos" para "quaisquer recursos que os indivíduos possuam privadamente" (DWORKIN, 2011, p. 79), excluindo, portanto, igualdade de poder político. Defende que o mercado econômico não é inimigo da igualdade, mas, ao contrário, é essencial para o desenvolvimento de qualquer teoria de igualdade de recursos.

Para tal desiderato, o autor cria um simbolismo através de um grupo de náufragos, numa ilha com recursos limitados, onde se cria uma divisão de recursos igualitária, permitindo que uma nova relação social inicie do zero, com total equilíbrio entre as partes. Para tanto, utiliza-se do teste da cobiça (ou da inveja), pelo qual, ao final da divisão, nenhuma parte invejasse o quinhão da outra. Todavia, quinhões estritamente iguais não implicam em mesma satisfação, de modo suficiente a vencer o teste da cobiça. É necessário respeitar as preferências de cada qual. Assim, Dworkin desenvolve o sistema do leilão hipotético.

O leilão será feito de modo que todos os bens (recursos) da ilha sejam adquiridos, respeitando-se a vontade de cada qual em investir os recursos recebidos inicialmente em mesma quantidade e alcançando um resultado que sobreviva ao teste da cobiça. Vale ressaltar que os recursos não são distribuídos por um poder centralizador, nem quantificados por critérios objetivos. Cabe a cada indivíduo escolher em quais recursos quer investir. O leilão, portanto, possui a métrica para divisão igualitária de recursos e se repetirá até sobrepor o teste da cobiça.

A diferença apontada no sistema de igualdade de recursos para a teoria do bem-estar é que não há meio real de igualar as pessoas em satisfação e êxito, sobrando exemplos de fracasso da teoria, dentre os quais mereceu destaque o problema dos gostos dispendiosos. A teoria de igualdade de recursos é factível na medida em que se permite que o governo seja "*capaz de distribuir recursos, por meio de políticas públicas que propiciem ao indivíduo condições de atingir uma igualdade apta a conferir igual consideração, resgatando, assim, por meio da igualdade a verdadeira liberdade"* (NOBRE, 2015, p. 372).

O modelo de leilão assemelha-se ao mercado econômico e, como esse, não permitirá a manutenção da condição de igualdade de partida. São muitos os fatores que contribuirão para essa mudança do estado de igualdade, com impacto na fortuna de cada um, dentre os

quais, a produção diferenciada, o comércio etc. Existem diferenças intrínsecas e indissociáveis dos seres humanos relativamente às suas habilidades, competências, deficiências e, impossível de desconsiderar, a ocorrência da sorte ou azar.

Portanto, a teoria da "justiça da linha de largada" ou teoria de "igualdade de oportunidades" não pode ser tomada de forma absoluta de modo que, a partir do implemento desta condição, permitisse o desenvolvimento do mercado pelo *laissez-faire*. Não se estaria defendendo a igualdade assim.

Dworkin defende uma "redistribuição periódica dos recursos por meio de algum imposto de renda" (DWORKIN, 2001, p. 115), o qual deve ser progressivo de acordo com o aumento da renda, de modo a tentar neutralizar a diferença de talentos (ou da sorte genética), mas permitir a responsabilidade pelas escolhas feitas.

Existem condições que Dworkin chamou de "sorte por opção" - quando a parte assume determinado risco de atividade de forma pensada e calculada - e a "sorte bruta" - os quais correspondem a situações não previstas ou deliberadas. Nesse ponto, Dworkin acrescenta aos bens iniciais do leilão o "seguro hipotético", de modo que todos tenham à disposição a oportunidade de proteção contra infortúnios.

No contexto da legislação processual em que se pretende examinar o conceito de igualdade de Dworkin, a garantia de um mecanismo de igual consideração e respeito é fundamental para o desenvolvimento de um processo isonômico, com respeito ao *due process of law*. Todavia, este é um questionamento a ser enfrentado mais adiante neste trabalho.

O modelo de leilão desenvolvido com o acréscimo do seguro hipotético reflete, de maneira óbvia, os dois princípios do individualismo ético da teoria Dworkiniana, já citados: (a) **o princípio da igual importância** e (b) o **princípio da responsabilidade especial**. O princípio da igual importância (que exige que os indivíduos ajam com igual consideração em relação a algum grupo de pessoas em certas circunstâncias) se verifica a partir da igualdade de partida do leilão e o segundo princípio (relacional, visto que a pessoa opta pelo seu estilo de vida, de modo que é responsável pelas consequências de suas escolhas), decorre da escolha livre e consciente de adquirir ou não o seguro (DWORKIN, 2011, p. XVI).

É evidente (e manifesto) o paralelo que se tem ao exigir de um governo que adote leis e políticas para alcance de metas, independente das diferenças dos cidadãos, assim como um mercado de seguro hipotético funciona como modelo de uma tributação redistributiva, ao fim e ao cabo, compulsória.

Em linhas gerais, estas são as ideias que compõe o conceito de Dworkin acerca da igualdade, cuja preocupação é sempre com a igualdade substancial e não formal,

considerando que o autor apresenta exercícios de recuperação de condições parelhas, dadas as inevitáveis diferenças de produção, acumulação de riquezas, habilidades, capacidades e deficiências, mesmo que (hipoteticamente) garantida a igualdade de partida.

3 COLETIVIZAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL, IGUALDADE E A PRESUNÇÃO DE REPRESENTATIVIDADE DO JURISDICIONADO.

O sistema de coletivização das decisões, que forma teses obrigatórias aos jurisdicionados, parte ou não da causa, foi desenvolvido para atender a necessidade premente de celeridade de julgamento e garantir a aplicação da igualdade da solução jurisdicional.

Gidi e Zaneti Jr. (2015) salientam que o novo sistema processual brasileiro preocupa-se, acima de tudo, com eficiência e segurança jurídica, assim compreendidas:

> "By efficiency, we mean (i) access to justice for the poor; (ii) judicial protection of individual and collective fundamental rights; (iii) speedy proceedings. Legal certainty includes certainty and stabilitity of judicial opinions, avoiding contradictory decisions and indirectly reducing the burden on the Judiciary by using new techniques for the resolution of repetitive cases (p. 246)".

Ao tratar de "coletivização de conflitos" neste artigo, admite-se o significado de "afetação de causas para extensão da solução às hipóteses futuras" (ARAÚJO, 2010, p. 59), presentes não julgadas em definitivo e cujos limites subjetivos extrapolam a causa paradigma.

Por isso, a resolução individual de certas questões pode constituir um problema de igualdade tão sério quanto à resolução coletiva sem observação da representatividade do jurisdicionado. A correta representatividade do jurisdicionado é caráter legitimador da própria coletivização.

Abreu (2015. p. 217), ao examinar a igualdade no processo, salienta que o princípio não abrange apenas o tratamento dado às partes no interior do processo, mas também exige que os resultados produzidos pelo processo "devem ser iguais para todos aqueles que ostentam idênticas ou similares situações". Godoy salienta que, em nossa tradição jurídica, há equipolência entre justiça e igualdade, sendo o primeiro conceito consectário do segundo e, por sua vez, este caudatário daquele (1994, p. 200). De fato, a igualdade é baliza para a busca da justiça material (BARREIROS, 2015).

Mitidiero (2014) posiciona o Direito Brasileiro num Estado constitucional e salienta uma tríplice e relevante alteração: (a) a primeira refere-se à teoria das normas (com o

reconhecimento, na qualidade de norma, dos princípios e postulados normativos); (b) a segunda concernente à técnica legislativa que soma à casuística uma técnica aberta, com conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais; (c) a terceira implica na assunção de que a produção normativa também se faz através da interpretação da norma. Nesse Estado constitucional, a preocupação com a igualdade mobilizou o legislador brasileiro infraconstitucional a desenvolver novas técnicas processuais, como se verá abaixo.

Abreu (2015) sistematizou o ideal de igualdade pelo processo em três grandes grupos: (a) reunião de causas para julgamento conjunto de questões; (b) técnica processual de vinculação de determinada resposta jurisdicional a casos futuros ou em andamento; (c) igualdade pelo respeito ao precedente judicial.

O primeiro deles objetiva a economia e otimização do serviço jurisdicional, concernente à coletivização de questões comuns, tal como ocorre no incidente de resolução de demandas repetitivas - IRDR. Todavia, há uma preocupação com uma suposta "insuficiência" do sistema de tutela coletiva dos direitos: a centralização da iniciativa em poucos legitimados e a limitação da eficácia e autoridade da sentença (ABREU, 2015).

O segundo grupo trata da igualdade pela uniformização das decisões, através de uma compatibilização da ordem jurídica, o que se alcança, por exemplo, através do recurso de embargos de divergência ou através da resolução de questões jurídicas repetitivas.

Por último, a teoria dos precedentes, desenvolvida pelo Código de Processo Civil - CPC, que prevê a exigência dos tribunais de uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente (art. 926). Trata-se de identificar a regra jurídica universalizável – a *ratio decidendi* - de modo a garantir a igualdade de resultado para os casos iguais – *treat like cases alike*. Como ensina Abreu, "a igualdade é o fundamento natural e dogmático dos precedentes" (2015, p. 238). Ou, em outras palavras, "à tradicional visão de igualdade material (igualdade na lei), é preciso agregar a noção de igualdade perante as decisões judiciais" (BARREIROS, 2015, p. 171). Outrossim, com precisão, adverte Pereira (2015) que a igualdade buscada deve ser na resposta institucional, de modo que os argumentos jurídicos utilizados em determinada esfera jurídica possam até mesmo serem usados para fundamentação em outro ramo do Direito.

As técnicas de distinção e superação dos precedentes são previstas em razão da proteção da igualdade. Wright (2016) exemplifica o tratamento desigual (por aplicação do princípio da isonomia), justificando que deve existir quando assim o exigirem razões práticas (cita, v.g., o caso de realização de matrícula de crianças estrangeiras que, por esta condição, não possuíam os documentos exigidos).

Em estudo sobre a igualdade na constituição espanhola (aplicável aos países democráticos ocidentais), Bello diferencia a igualdade formal e a igualdade material, destacando que a igualdade formal é a "*igualdad frente a la ley*", vista sob duas perspectivas: "*la igualdad em la ley, y la igualdad em la aplicación de la ley*" (2012, p. 134). Justamente, examinando a segunda vertente deste princípio, é a igualdade na aplicação da lei que proíbe a prolação de decisões judiciais discriminatórias e arbitrárias, ou seja, é a igualdade que exige que o Direito promova soluções idênticas para problemas idênticos.

Jolowicz (2006) *apud* Barreiros (2015), salienta que o problema da busca da verdade é, muitas vezes, relegado ao segundo plano, visto que é privilegiada a justiça formal sobre a substantiva. Assim, explica o autor que a justiça processual "leva em consideração não o conteúdo do que foi decidido, mas, sim, que esse julgamento se estribe em um procedimento regular, em que as regras processuais sejam respeitadas e cumpridas pelos sujeitos do processo" (BARREIROS, 2015, p. 170)

Portanto, o que se percebe é que técnicas de decisões massificadas, aplicação repetida de teses, vinculação da *ratio decidendi*, entre outras, tal qual prevista na legislação, propõe a garantia de uma igualdade formal. Bello defende que "*la igualdad sustancial implica dos cuestiones: la igualdad de oportunidades y la igualdad de resultados*" (2012, p. 153), portanto, muito mais que a simples garantia da igualdade da lei, mas sua verificação no mundo real. Adota a mesma posição Mitidero (2015), quando anuncia que o fim do processo civil no estado constitucional é a efetiva tutela dos direitos, ou seja, o efeito na vida do jurisdicionado.

Importante reconhecer que são muitos os exemplos em que o sistema jurídico atual dá preferência à solução rápida e não à preocupação com a tutela efetiva do Direito. Assim o faz, por exemplo, quando não julga o mérito de um recurso extraordinário por não vislumbrar repercussão geral (ainda que na essência tenha havido erro de julgamento e, portanto, prejuízo indevido ao jurisdicionado) ou quando aplica sem maiores cuidados de distinção iguais razões de decidir a casos não tão semelhantes. Infelizmente, como concluem com muito acerto Gidi e Zaneti Jr. (2015), o crescimento exponencial de ações, pela facilitação do acesso à justiça, criou paradoxalmente um cerceamento ao acesso à justiça, pelo que é necessário o desenvolvimento de meios processuais que atuem diretamente na questão da eficiência e segurança jurídica, sob pena de uma total ineficiência do provimento jurisdicional. Imagina-se que sem isso, estaríamos fadados a um Judiciário de liminares e a entrega de decisões finais para gerações futuras.

A compreensão dos institutos diante da importante mudança legislativa processual exige, primeiramente, a investigação da contingência de igualdade formal, como um meio de admissão da existência de segurança. Daí porque se pode afirmar que o legislador presume a condição de representatividade da parte sobre a qual incidem as consequências da decisão judicial. Araújo (2010) manifesta, há muito, preocupação com as mudanças legislativas processuais que, em nome da celeridade, aplicam posições jurídicas sobre partes que não contribuíram ao *decisum* através do contraditório substancial.

> "Nesses casos, a rigor, o devido processo legal é atingido nas causas individuais, mas decorre de julgamento de causas repetitivas, sem a participação das partes, o que já nos conduz a uma reflexão de que o sistema de coletivização dos conflitos acaba por gerar uma **representação implícita** do formador do entendimento judicial estendido." (ARAÚJO, 2010, p. 62 - grifo nosso)

Igualmente, Mendes, preocupando-se com o tema da representatividade adequada, concluiu com propriedade que, no sistema *ope judicis* a legitimidade aferida é real, ao passo que no sistema brasileiro (*ope legis*) a avaliação da representatividade adequada não é real, mas presumida (2012, p. 254).

De fato, a característica básica da coletivização das decisões é a ampliação do caráter vinculante da decisão (como precedente), o qual, formado em julgamento de causas individuais, muitas vezes por amostragem, reforça a ideia de legitimação de representatividade implícita de todos os afetados pela decisão. O efeito de verticalização da decisão (entre tribunais de hierarquia diferentes) e de horizontalização (dentro do mesmo tribunal) gerado, por exemplo, pelo julgamento de casos repetitivos (tanto no STF como no STJ) ponderam pela prevalência dos princípios da economia, celeridade e "igualdade", através da ideia de segurança pela uniformização.

Alcança-se, portanto, um ponto de alta indagação: a segurança pela uniformização é garantia de igualdade? Em que sentido? Isso é desejável?

O terceiro que será abrangido pela coisa julgada sobre a questão jurídica paradigmática deve poder participar e influenciar o curso da decisão. De outro modo, a conclusão será no sentido de que o legislador visa garantir meramente a igualdade formal. E, numa compreensão primígena, verifica-se que assim o fez.

Tome-se, por exemplo, o caso do IRDR: a sua instauração depende do risco à "isonomia" (como prevê o art. 976, II do CPC). Evidentemente, trata-se aqui da preocupação

do legislador contra a nefasta produção de decisões diferentes para casos semelhantes. Todavia, casos semelhantes aplicáveis sem observância do contraditório (realizado por aquele que sofrerá as consequências da decisão, mas que não era parte do processo original), como já se disse, é corolário de uma política de proteção de igualdade formal (meramente formal).

Com propriedade, Barreiros (2015) assevera que o Estado Social não admite a ideia de justiça atrelada ao mero conceito de igualdade formal, pois a busca da diminuição das desigualdades sociais exige a igualdade "perante a lei" e "na lei", a colaboração (e não a rígida separação) dos poderes, a efetivação dos direitos fundamentais. Mitidiero (2015), em compasso, aponta que no Estado constitucional exige-se a colocação da tutela dos direitos como fim principal do processo civil, reconhecendo a proeminência da pessoa humana diante do Estado, sob pena de violação dos compromissos sociais da Constituição.

Dantas (2007) destaca a processualização como direito fundamental, a partir da constitucionalização do processo que eleva este como meio de garantia e concretização dos direitos fundamentais. Assim, o processo, compreendido como uma composição entre procedimento e participação isonômica, torna-se maior que o meio de atividade jurisdicional e assume, pela feição do neoconstitucionalismo, o caráter protetivo (e fundamental) dos direitos e garantias constitucionais.

Tanto é assim que o legislador tenta mitigar a ideia de igualdade formal através da obrigatoriedade da mais ampla divulgação e debate (CPC/15, art. 979) acerca do incidente, permitindo a oitiva das partes e dos demais interessados, os quais defenderão teses e produzirão provas, de forma ampla (CPC/15, art. 983), tudo no intuito de aumentar a segurança sobre o acerto da decisão da matéria repetida e que será replicada.

Observe-se que sequer é admitido que a parte que suscitou o incidente (ou a parte recorrente do recurso repetitivo eleito como paradigma) possa desistir do feito, eis que é destacado o interesse público na solução do mérito. O que ocorrerá, entretanto, se não há habilitação de terceiros como *amicus curiae*? E quando não há entidades, organismos de classe interessados em intervir no processo? Quando as partes, individualmente, não têm forças econômicas e financeiras para litigar, por exemplo, em outro estado da federação? Quando o papel do Ministério Público como fiscal da lei é exercido apenas por obrigação legal, sem aprofundamento nos argumentos da tese jurídica? A decisão de força vinculante é produzida e aplicada, de imediato ao terceiro, quem acabou sendo representado no feito, por uma parte que tentou desistir ou abandonou o processo à própria sorte.

Mendes apresenta crítica ao sistema brasileiro, em comparação ao sistema estadunidense, quando explica que neste "*o juiz procura aferir se o postulante possui uma*

representatividade adequada a partir de vários aspectos, como o histórico de atuação, a capacidade financeira do advogado etc" (2012, p. 252).

Portanto, no fim das contas, o sistema brasileiro admite que a igualdade formal decorrente da representatividade implícita é desejável e suficiente para o funcionamento dos instrumentos de coletivização das decisões. Deve ser assim?

4 A AFETAÇÃO DA DECISÃO DO IRDR OBSERVA "IGUAL RESPEITO E CONSIDERAÇÃO"?

O conceito de igualdade de Dworkin apresenta uma ideia de imensa relevância para os instrumentos de coletivização das decisões judiciais: **o princípio da igual importância e respeito**.

O estudo do conceito filosófico de igualdade de Ronald Dwokin servirá, portanto, para uma aproximação aos sistemas legislados de decisões coletivas ou coletivizadas que formam teses obrigatórias aos jurisdicionados, mesmo àqueles que não fazem parte da causa julgada.

Dworkin, por óbvio, não desenvolveu seu conceito de igualdade para aplicar aos institutos processuais, mas torna-se imprescindível para testar se a resolução de conflitos sociais é alcançada com respeito a esse valor insuperável. Daí porque a relevância em relacionar o conceito de igualdade dworkiniano e os efeitos concretos das soluções coletivas dos processos. Nas palavras de Garapon, "o processo passa a ser considerado como uma maneira de aprender a realidade, o único modo de aplicar os valores comuns, como a **igualdade** e a proporcionalidade a situações concretas" (2011, p. 238 – grifo nosso).

Voltado, portanto, à preocupação com o tratamento igual dado ao jurisdicionado no processo, Araújo se refere ao negativo quadro de "instabilidade jurisprudencial" do Poder Judiciário brasileiro e defende que o IRDR (somado ao prestígio dado aos precedentes judiciais pelo CPC), "pretende alcançar a **isonomia**, a brevidade e a uniformização da interpretação do tribunal para os casos repetitivos" (2015, p. 1090 – grifo nosso).

De mesmo modo, Temer (2016), em obra dedicada exclusivamente à investigação do IRDR, salienta que o incidente se apoia sobre três pilares: da isonomia, quando busca dar uniformidade de tratamento e solução às questões idênticas; da segurança jurídica, estampada na previsibilidade; da celeridade, em razão da prestação jurisdicional em tempo razoável.

A busca da segurança pela estabilidade jurisprudencial, do combate à decisão surpresa, da extinção do "juiz loteria" passa pela observação do contraditório substancial,

através de representação efetiva, garantida, portanto, a igualdade. Todo o movimento se inicia pela defesa do tratamento igual para todos.

Os dois princípios do individualismo ético - o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial - são tomados como base pelo legislador (conscientemente ou não) ao desenvolver os procedimentos de julgamentos repetitivos, os incidentes de coletivização das decisões e a pujança do sistema de precedente, com obediência ao objetivo de proferir decisões equânimes sobre situações fáticas idênticas; consolidar posições e teses jurídicas; uniformizar verdadeiramente a aplicação da norma jurídica.

Arenhart (2014), ao discorrer sobre a função da tutela coletiva, destaca a importância da uniformidade da decisão como corolário da igualdade. Assevera que "a função principal desempenhada por essa tutela coletiva é a uniformização do entendimento judicial sobre certo litígio e, consequentemente, a preservação da isonomia" (2014, p. 133).

Por força de argumentação, toma-se o IRDR como base de investigação acerca da incidência (ou não) do conceito de igualdade de Dworkin, levando em consideração a representatividade como fator legitimador da afetação da tese jurídica repetida.

De fato, o Código de Processo Civil apresenta regras gerais a serem observadas, como a especificação dos legitimados para requerer a instauração do IRDR (juiz ou relator, partes envolvidas em demandas judiciais com teses repetidas, Ministério Público e Defensoria Pública), a necessidade de participação obrigatória do Ministério Público, a possibilidade de participação como *amici curiae* de outros interessados, a intervenção da comunidade através de audiências públicas. Porém, a lei não apresenta os critérios para a escolha dos sujeitos representantes das teses jurídicas controvertidas, assim como não "dispõe sobre formas efetivas de participação dos que serão afetados pela aplicação da tese em seus processos individuais ou coletivos" (TEMER, 2016, p. 131). Essa preocupação é de máxima relevância, pois é o que garante a legitimidade da decisão, sob pena de violação do contraditório e, portanto, da igualdade.

É da própria lógica do sistema que não seja possível que todas as pessoas a serem afetadas pela decisão possam exercer o contraditório direto, compondo um pólo da relação jurídica processual. Por outro lado, é da essencialidade de funcionamento do instituto que a decisão proferida tenha caráter vinculante a todas as outras demandas que discutem a mesma tese jurídica definida. Portanto, a lógica de garantia do contraditório é admitir a possibilidade de real influência na formação do convencimento do julgador sobre a tese em debate, pelo que há a mais ampla previsão de participação no debate, com apresentação de informações e

argumentos, jurídicos e fáticos, com a oitiva de advogados e de membros da sociedade, seja pela afetação consequencialista material subordinada, seja tão somente pelo reconhecido caráter de *expert* no assunto. Quanto mais forem os argumentos, divergentes em sua origem e fundamentação, submetidos aos respectivos contra-argumentos, maior a chance de se eleger com propriedade o que seria o melhor argumento e, assim, decidir com justiça. Temer explica:

> "O teste do ´debate público`, ou seja, a tentativa de refutação através de argumentos racionais, é o que legitima a decisão proferida no IRDR perante toda a sociedade e, por consequência, a posterior eficácia da decisão sobre a esfera dos sujeitos das demandas repetitivas." (TEMER, 2016, p. 138)

Evidentemente, não se está aqui em busca do melhor argumento para este ou aquele julgador, eis que deve ser afastada, ao máximo, a subjetividade na recepção da tese debatida. Trata-se de admitir uma espécie do "auditório universal" de Perelman que vai definir o melhor argumento, após o debate público. O Judiciário promoverá decisões com potencial de convencimento da sociedade, "por serem racionais e universalizáveis. Assim, a pluralidade do universo de intérpretes é condição de legitimidade da decisão do incidente, que vai se expressar na fundamentação da decisão judicial" (TEMER, 2016, p. 141). No mesmo sentido, Barreiros (2015) ressalta a questão referente ao respeito moral que a decisão judicial deve galgar aos cidadãos em geral, destacando a função exoprocessual da motivação da decisão para convencimento do "auditório". O respeito moral é promotor e, ao mesmo tempo, reflexo da igualdade e contribui para a aceitação da decisão, para a diminuição dos conflitos sociais e para a redução de ações propostas com mesma base jurídica.

Portanto, a representatividade, como fator legitimador, exige critério de escolha do representante. A legislação apresenta apenas critério subsidiário, por analogia aos recursos repetitivos, quando exige dois processos base e verificação da abrangência e profundidade dos argumentos lá contidos.

Cabral explica o método de escolha do "líder" para o *Musterverfahren* (sem dúvida a base do IRDR brasileiro) no direito alemão:

> "O Tribunal de julgamento procederá à escolha de um "líder" para os vários autores e outro para os réus, denominados, respectivamente, de *Musterkläger* e Musterbeklagte, que serão interlocutores diretos com a corte. Nada mais razoável, já que, como estamos diante de procedimento de coletivização de questões comuns a vários processos individuais, faz-se necessária a intermediação por meio de um "porta-voz". Estes são uma espécie de "parte principal": são eles, juntamente com seus advogados, que traçarão a

> estratégia processual do grupo. Os demais, se não poderão contradizer ou contrariar seus argumentos, poderão integrá-los, acrescentando elementos para a formação da convicção judicial" (CABRAL, 2007, p. 135)

Sem dúvida que o "sujeito condutor" ou "líder" escolhido exerce uma função de interesse público, pois sua atuação terá relevância para definição da tese jurídica. Cavalcanti salienta quais os objetivos de ser ter regra de eleição do líder:

> "(a) evitar ou minimizar a possibilidade de conluio entre as partes; (b) assegurar uma conduta robusta da parte representativa e do advogado do grupo na defesa dos direitos coletivos; e (c) garantir que se levem ao processo judicial os argumentos e os interesses de todos os membros do grupo" (CAVALCANTI, 2016, p. 373)

Aliás, CABRAL (2014) defende que devem ser escolhidas diversas causas e, de preferência, com variadas teses opostas. E quando acontecer de apenas uma ser remetida ao Judiciário, deverá o próprio tribunal buscar outras, observando o critério de pluralidade. Deve sempre primar pela amplitude do contraditório, a completude da discussão, a pluralidade e representatividade dos sujeitos.

No fim das contas, o que se busca é uma representatividade de argumentos, através do exercício do contraditório concentrado, eis que se está perquirindo solução para a controvérsia jurídica e não para a lide individual de quem quer que seja. Portanto, elementos como capacidade financeira para patrocínio da causa, proximidade do local de julgamento, banca de advocacia com especialidade na matéria, interesse em ser representante e abrangência e profundidade da argumentação (que pode ou não derivar dos anteriores) são critérios que se atém à necessidade de legitimação através de representatividade adequada.

Além disso, a previsão de participação de pessoas da sociedade que não detém conhecimento jurídico, mas podem ter razões e informações sobre a matéria, inclusive em grau empírico, com ênfase na realização e participação em audiências públicas, reforça a legitimação de representatividade dos "membros ausentes" do processo coletivo.

A *equal concern and respect* exigida por Dworkin parece-nos presente na intenção do legislador. Há tratamento igual através de iguais oportunidades, tanto de participação como interveniente, como também na qualidade de líder. De todo modo, não sendo um ou outro, haveria uma "legitimação extraordinária" de argumentação, não sobre o direito particular (que nem será objeto de qualquer decisão), mas sobre a tese jurídica. O desenvolvimento da ideia

de um “contraditório concentrado” (e não difuso e individual) respeita o devido processo legal e legitima a afetação da decisão.

Ponto diferente é a aplicação concreta das regras para resolução das demandas repetitivas através do incidente próprio, na qual a verificação dos critérios de eleição do sujeito ordenador do incidente, o interesse de participação do Ministério Público e a efetiva publicidade e integração de terceiros, a possível (e nem sempre presente) audiência pública, com método que permita a influência do julgador (e não apenas para “cumprir tabela”) constituem a pedra de toque entre a concretização de uma igualdade substancial ou a meramente formal. Esta última, sem dúvida, indesejável, apesar de ter se contentado com o ela o legislador.

Como bem ressaltado por Cavalcanti a autorização de atuação do legitimado legal “não elimina ou reduz a possibilidade de atuação incompetente, negligente ou com má-fé no processo coletivo” (2016, p. 380), pelo que defende o autor que o juiz brasileiro tem o dever, de *lege lata*, de realizar o controle da *adequacy of legitimacy*, sob pena de violação ao contraditório e à igualdade.

Portanto, a representatividade de argumento deve ser o foco da garantia de adequada participação, como direito fundamental ao contraditório e tratamento isonômico, pelo que deve haver uma espécie de certificação continuada do judiciário acerca dessa representatividade (similar àquela das *class actions* estadunidenses, mas, nesse caso, com finalidade especifica de aferir a representatividade). Só dessa maneira “igual respeito e consideração” serão assegurados na afetação das decisões do IRDR.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O conceito de igualdade de Dworkin se sustenta nos dois princípios do individualismo ético: o princípio da igual importância e o princípio da responsabilidade especial. A ideia de tratamento com igual consideração e respeito pode ser levada ao processo e seus institutos, quando se examina a intenção do legislador na aplicação da lei em face de todos os jurisdicionados.

O desenvolvimento de diversos institutos e teorias, principalmente com o advento do novo Código de Processo Civil, que elevam as ações coletivas e preveem os julgamentos coletivos ou de efeito coletivizado, assim como desenvolvem uma teoria nova de precedentes judiciais, tudo em vista a um julgamento mais célere, com formação de jurisprudência íntegra e coerente, em nome da segurança jurídica e da isonomia de tratamento do jurisdicionado,

permite afirmar que o legislador presume, em todos esses casos, a representatividade adequada, como garantia da igualdade.

A observância de tal presunção não é mais que a aplicação de igualdade formal, pelo que será a concretude dos atos e procedimentos que poderão trazer à lume a igualdade substancial ou, ao contrário, promover séria violação ao contraditório, ao devido processo legal e ao tratamento com igual respeito e consideração aos jurisdicionados, violando a virtude soberana.

O processo coletivizado, ao produzir decisão que terá eficácia *erga omnes* ou *ultra partes pro et contra***,** não pode se afastar do conceito de igualdade, nem tampouco se contentar com a igualdade formal, quando o resultado do julgamento vinculará todos os processos pendentes e sobrestados, além de todos os litígios futuros.

No incidente de resolução de demandas repetitivas, a preocupação com o exercício do contraditório, através da representatividade adequada, é fundamental, em razão da garantia de defesa dos "substituídos", sob pena de lhes ser imposta uma decisão sobre a qual não tiveram qualquer chance de influência no julgamento.

A adequada representação ocorrerá, a despeito da não participação direta e presencial, típica dos litígios individuais, quando se promover a escolha do "líder" do IRDR a partir de critérios que garantem efetiva e séria defesa da(s) tese(s) jurídica(s), através de verificação de um número suficiente de causas que permita a escolha da mais representativa da controvérsia, com abrangência e profundidade de argumentação a respeito da questão a ser decidida. Além disso, deve ser garantida a participação dos terceiros (amici curiae), ministério público, defensoria pública, sociedade em geral, seja justificada pelos conhecimentos fáticos relacionados de cada sujeito, seja pelo conhecimento empírico ou sua possibilidade de contribuição com fundamento jurídico, participando efetivamente através de audiência pública ou fazendo-se representar por advogado no processo, em um ato específico ou em todos os atos do incidente. Esta é a maneira de garantir a igualdade.

A intenção do legislador trouxe ínsita preocupação com a igualdade. A concretização do instituto não poderá jamais esquecê-la.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rafael Sirangelo de. **Igualdade e processo: posições processuais equilibradas e unidade do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

ARAÚJO, José Henrique Mouta. O devido processo legal e a coletivização dos conflitos. In: DIAS, Jean Carlos e KLAUTAU FILHO, Paulo. (coordenação) – **O devido processo legal**. Belém: Cesupa, 2010. p. 55-73.

_____, José Henrique Mouta. O incidente de resolução das causas repetitivas e o devido processo legal. **Revista Jurídica Luso Brasileira**, v. 1, n. 2, p. 1065-1093, 2015. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/2/2015_02_1065_1093.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2015

ARENHART, Sérgio Cruz. **A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção de interesses individuais homogêneos**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BARREIROS, Lorena Miranda Santos. Justiça e decisão: respeito moral aos precedentes como indicador da concretização, pelo juiz, do direito materialmente justo. **Revista de Processo Comparado.** v. 1, p. 167-185, 2015. Disponível em: http://revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad8181500000157051acc435c8f9bfb&docguid=I10c83480101211e59315010000000000&hitguid=I10c83480101211e59315010000000000&spos=1&epos=1&td=1278&context=78&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 06 set. 2016.

BELLO, Ainda Figueroa. Aproximaciones teóricas de la igualdad em la normativa constitucional española. **Revista Mexicana de Derecho Constitucional**. n. 26 p. 123-167, 2012. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n26/n26a5.pdf. Acesso em: 25 junho 2016

BRASIL. **Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015)** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 30 junho 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988***:* promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

CABRAL, Antonio do Passo. O novo procedimento-modelo (*musterverfahren*) alemão: uma alternativa às ações coletivas. **Revista de Processo**. vol. 147, p. 123-146, 2007.

CABRAL, Antonio do Passo. A escolha da causa-piloto nos incidentes de resolução de processos repetitivos. **Revista de Processo**. vol. 231, p. 201-223, 2014.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. **Incidente de resolução de demandas repetitivas (IRDR)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

COHEN, G. A. Expensive taste rides again. In: BURLEY, Justine (edited). **Dworkin and his critics with replies by Dworkin.** Blackwell Publishing, 2004.

DANTAS, Miguel Calmon. Direito fundamental à processualização. In: DIDIER JR., Freddie. WAMBIER, Luiz Rodrigues. GOMES JR., Luiz Manoel (Org.). **Constituição e Processo**. Salvador: Juspodium, 2007.

DUCLOS, Jean-Yves. Freedom or Equality? (Liberté Ou Égalité?). **CIRPEE Working Paper No 06-30.** Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=931220. Acesso em: 30 jun 2016.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor.** São Paulo: WMF Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria a prática da igualdade.** São Paulo: Martins Fontes, 2005.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GIDI, Antonio. ZANETI JR., Hermes. Brazilian civil procedure in the age of austerity? **Erasmus Law Review**, v. 8, n. 4, p.245-257. Disponível em: http://heinonline.org/HOL/PDFsearchable?handle=hein.journals/erasmus8&collection=journals&section=34&id=251&print=section&sectioncount=1&ext=.pdf&nocover=&grab=M47cM98520. Acesso em: 06 set. 2016.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A igualdade no processo. **Revista de Processo**. vol. 76. p. 200-208, 1994. Disponível em: *revista dos tribunais on line*. Acesso em: 21 jun 2016

KLAUTAU FILHO, Paulo de Tarso. **Igualdade e liberdade: Ronald Dworkin e a concepção contemporânea de Direitos Humanos.** Belém: CESUPA, 2004.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. A legitimação, a representatividade adequada e a certificação nos processos coletivos e as ações coletivas passivas. **Revista de Processo**. vol. 209. p. 243/264, 2012.

MITIDIERO, Daniel. A tutela dos direitos como fim do processo civil no Estado constitucional. **Revista de Processo**. v. 229, p. 51-68, 2014.

PEREIRA, Bernardo Augusto da Costa. **Os precedentes judiciais como forma de superação da crise de tempestividade na prestação jurisdicional brasileira**: em busca da razoável duração do processo. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro Universitário do Pará, Belém, 2015.

TEMER, Sofia Orberg, **Incidente de resolução de demandas repetitivas.** Salvador: Jus Podium, 2016.

WRIGHT, R. George. Equal Protection and the Idea of Equality. **Indiana University Robert H. McKinney School of Law Research Paper No. 2015-40.** Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2648608. Acesso em: 04 jul 2016.