

**XXX CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI FORTALEZA - CE**

PROCESSO CIVIL

DANIELA MARQUES DE MORAES

VALTER MOURA DO CARMO

DANIEL GOMES DE MIRANDA

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 - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

P963

Processo civil [Recurso eletrônico on-line] Organização CONPEDI

Coordenadores: Daniel Gomes de Miranda; Daniela Marques De Moraes; Valter Moura do Carmo. – Florianópolis: CONPEDI, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-874-5

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

Tema: Saúde: Acesso à justiça, Solução de litígios e Desenvolvimento

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Processo civil. XXX Congresso Nacional do CONPEDI Fortaleza - Ceará (3; 2023; Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XXX CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI FORTALEZA - CE

PROCESSO CIVIL

Apresentação

Apresentação

É com satisfação que apresentamos essa coletânea de artigos que foram apresentados durante o XXX Congresso Nacional do CONPEDI, realizado entre os dias 15 e 17 de novembro de 2023, nas instalações da Unichristhus em Fortaleza. Este evento reuniu pesquisadores e profissionais dedicados ao campo do direito, sob o tema central "Acesso à Justiça, Soluções de Litígios e Desenvolvimento".

A responsabilidade de coordenar o Grupo de Trabalho "Processo Civil I" foi atribuída a nós, durante o qual foram apresentados 10 resultados de pesquisas por meio de artigos que abordaram questões fundamentais para o sistema de justiça:

1. Cobrança de Dívidas Prescritas – “Jeitinho Brasileiro” na Aplicação do Instituto da Prescrição. Autoria: Silvania Rocha.

O estudo investiga a aplicação da prescrição em direito civil, destacando a problemática da Cobrança de Dívidas Prescritas no Poder Judiciário. A falta de consenso jurisprudencial sobre o tema resulta em decisões conflitantes, intensificando a litigiosidade. As ações buscam a declaração de inexistência da dívida, exclusão do consumidor do Serasa Nome Limpo e, por vezes, indenização por danos morais. O texto aborda a possibilidade de Instauração de Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR), questionando a eficácia diante do instituto já existente da prescrição, ressaltando a necessidade de adequação do artigo 189 do Código Civil para evitar insegurança jurídica.

2. O Caso 123 Milhas: a Competência Funcional para o Conhecimento de Ação Civil Pública. Autoria: Rogério Cunha Estevam.

O Código de Defesa do Consumidor estabeleceu um microsistema de proteção ao consumidor, reconhecendo sua vulnerabilidade frente a fornecedores. Diante do cancelamento unilateral de passagens aéreas pela agência "123 Milhas", o estudo busca determinar, com base em pesquisa jurisprudencial e no precedente do Supremo Tribunal

Federal, o foro competente para ações civis públicas que visam a tutela dos direitos dos consumidores afetados. A multiplicidade de ações coletivas sobre o mesmo fato gera insegurança jurídica, justificando a busca por prevenção de conflitos e nulidades.

3. A Atividade Notarial Latina no Brasil e Equador: uma Análise da Ata Notarial como Meio de Prova no Processo Ambiental. Autoria: Marcela Pasuch.

Este artigo analisa a atividade notarial no Brasil e no Equador, destacando a ata notarial como meio de prova no contexto ambiental. Explora a atividade notarial latina, aspectos intrínsecos da ata notarial e sua relevância no código de processo civil, ressaltando seu papel significativo como instrumento extrajudicial e meio efetivo de prova. Conclui-se que a ata notarial desempenha um papel crucial na constatação da verdade dos fatos, sendo benéfica tanto para o processo ambiental brasileiro quanto para o processo civil em geral.

4. Concomitância entre Liquidação de Sentenças Individuais e Coletivas. Autoria: Wendy Luiza Passos Leite, Helimara Moreira Lamounier Heringer e Juvêncio Borges Silva.

Este trabalho aborda a liquidação de sentenças coletivas, explorando a viabilidade de liquidar a decisão de maneira individual ou coletiva. Destaca a pertinente questão da litispendência ao tratar da liquidação simultânea de forma individual e coletiva. A pesquisa, guiada por um método analítico-dedutivo, demonstra que a abordagem concomitante fortalece as decisões coletivas, facilitando a execução para os beneficiários e garantindo a prestação jurisdicional.

5. Uma Aplicação da *Verwirkung* (*Suppressio*) ao Processo Civil: a Relação entre Preclusão Lógica e Nulidades Alegáveis a Qualquer Tempo. Autoria: Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques e Gilberto Fachetti Silvestre.

Esta pesquisa analisa a relação entre a *Verwirkung* (*suppressio*), a preclusão lógica e as nulidades processuais alegáveis a qualquer tempo e cognoscíveis *ex officio*. Investigando se a adoção de conduta omissiva pela parte em relação a alegações de nulidade, preservadas da preclusão pela lei, pode ser considerada contraditória e ensejar o reconhecimento da *Verwirkung*, a pesquisa conclui que qualquer expectativa baseada na omissão da contraparte quanto a alegações de nulidade será ilegítima e contrária à lei, não configurando preclusão lógica nesses casos.

6. O Dever do Sucumbente de Reembolsar os Honorários Contratuais Despendidos pelo Vencedor e a *Restitutio in Integrum*. Autoria: Felipe Sardenberg Guimarães Três Henriques.

A pesquisa explorou a viabilidade de estabelecer um sistema de responsabilidade civil, baseado nos arts. 389, 395 e 404 do Código Civil, para evitar que a parte vencedora em uma demanda saia prejudicada. Concluiu-se que, embora haja respaldo normativo e teórico para tal abordagem, o Superior Tribunal de Justiça não a adota, revelando um desalinhamento entre seu entendimento e as interpretações dos referidos artigos, que incluem honorários contratuais como parte das perdas e danos ressarcíveis.

7. A Execução pelo Réu de Sentença Improcedente. Autoria: Gabriel Trentini Pagnussat e Marilsa Aparecida da Silva Baptista.

O artigo aborda a execução de sentenças declaradas improcedentes, introduzindo o conceito de fungibilidade invertida da decisão. Com as recentes modificações legislativas, qualquer sentença que confirme a existência de uma obrigação torna-se um título executivo judicial, desafiando a tradição de restringir a execução a sentenças condenatórias. A análise destaca implicações significativas para a eficiência processual e a segurança jurídica, ressaltando a necessidade de a jurisdição não apenas declarar direitos, mas também implementá-los eficazmente.

8. Audiências Virtuais em Processos Previdenciários e Falsas Memórias: uma Possibilidade de Redução de Interferências de Terceiros no Depoimento. Autoria: Leticia Daniele Bossonario.

O artigo examina a produção da prova oral no processo previdenciário, focalizando a influência da memória humana, sugestionabilidade e formação de falsas memórias, especialmente no contexto imediatamente anterior às audiências. O texto explora alternativas de solução, adaptadas do processo penal para o civil/previdenciário, ressaltando a inviabilidade de alguns institutos. Além disso, considera a possibilidade de audiências virtuais individualizadas como uma área a ser mais profundamente estudada.

9. Processo Estrutural e Consequencialismo Decisório: a Valoração das Consequências na Nova Dinâmica de Controle Judicial de Políticas Públicas. Autoria: Adilson Carvalho Pantoja e Gisele Santos Fernandes Góes.

O artigo investiga a compatibilidade da teoria consequencialista com o controle judicial de políticas públicas por meio de processos estruturais. Destaca a necessidade do julgador adotar uma abordagem consequencialista e pragmática na decisão, especialmente após a Lei 13.355/2018 incluir a valoração das consequências no processo decisório. Conclui que o consequencialismo é intrínseco ao processo estrutural, essencial para avaliar os impactos da

ordem judicial no contexto social, econômico e político, garantindo que não se limite a uma tutela abstrata.

10. Por uma Cooperação Judiciária Democrática: as Partes como Sujeitos Cooperantes do Processo. Autoria: Tunny Tanara da Moda Corrêa Gomes.

O artigo explora o modelo de processo cooperativo introduzido pelo Código de Processo Civil de 2015, focando no princípio da cooperação e nos dispositivos relacionados à Cooperação Judiciária Nacional. O estudo, utilizando método dedutivo e pesquisa bibliográfica, busca avaliar em que medida a participação das partes na formulação de atos de cooperação judiciária atende ao viés democrático do processo, concluindo que a conformação do modelo constitucional do processo deve incluir as partes como sujeitos cooperantes ativos, promovendo a participação e o diálogo na formulação de atos de cooperação.

Agradecemos a todos (as) os (as) pesquisadores (as), pela sua inestimável contribuição, bem como desejamos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Daniel Gomes de Miranda - Unichristus

Profa Dra Daniela Marques De Moraes - UnB

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA

PROCESSO ESTRUTURAL E CONSEQUENCIALISMO DECISÓRIO: A VALORAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS NA NOVA DINÂMICA DE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

STRUCTURAL PROCESS AND DECISION-MAKING CONSEQUENTIALISM: THE VALUATION OF CONSEQUENCES IN THE NEW DYNAMICS OF JUDICIAL CONTROL OF PUBLIC POLICIES

Adilson Carvalho Pantoja ¹
Gisele Santos Fernandes Góes ²

Resumo

O presente artigo analisa a compatibilidade do raciocínio da teoria consequencialista com a nova dinâmica de controle judicial de políticas públicas por meio dos processos estruturais. A problemática consiste em analisar de que forma a natureza complexa e policêntrica dos litígios estruturais exige do julgador a adoção de uma postura consequencialista e pragmática na prolação da decisão, especialmente a partir do advento da Lei 13.355/2018, que inseriu a valoração das consequências como elemento do processo decisório. Para tanto, utilizando o método dedutivo e pesquisa de cunho bibliográfico-documental, discutiram-se as nuances do consequencialismo jurídico e suas implicações na racionalidade decisória, a nova dinâmica da judicialização de direitos e sua tutela através dos processos estruturais e, por fim, a possibilidade de compatibilização da postura consequencialista com os contornos e pretensões almejadas pelo processo estrutural. Em conclusão, foi demonstrado que adoção do raciocínio consequencialista constitui elemento intrínseco à natureza do processo estrutural, que, por pretender a (re)estruturação do funcionamento futuro de uma instituição, obrigatoriamente necessita avaliar os impactos que a ordem judicial provocará no contexto social, econômico e político, sob pena de não sair do campo da abstração e tornar-se uma tutela de papel.

Palavras-chave: Consequencialismo jurídico, Pragmatismo decisório, Processos estruturais, Direitos fundamentais, Políticas públicas

Abstract/Resumen/Résumé

This article analyzes the compatibility of the reasoning of consequentialist theory with the new dynamics of judicial control of public policies through structural processes. The problem consists of analyzing how the complex and polycentric nature of structural disputes requires the judge to adopt a consequentialist and pragmatic stance when rendering the decision,

¹ Mestrando em Direitos Humanos com ênfase em Direito Processual Civil – PPGD/UFPA. Graduado em Direito pelo UNIFAMAZ. Advogado. Membro do Grupo de Pesquisa “Observatório de Tutela Coletiva e Estrutural” (CNPq).

² Pós-doutoranda (UFPR). Doutora (PUC/SP). Mestre (UFPA). Professora de Direito Processual Civil (UFPA). Procuradora Regional do Trabalho da PRT/8ª Região. Secretária-adjunta da Região Norte (IBDP). Associada Honorária ABEP.

especially since the advent of Law 13,355/2018, which inserted the valuation of consequences as element of the decision-making process. To this end, using the deductive method and bibliographic-documentary research, the nuances of legal consequentialism and its implications for decision-making rationality were discussed, the new dynamics of the judicialization of rights and their protection through structural processes and, finally, the possibility of making the consequentialist stance compatible with the contours and aspirations sought by the structural process. In conclusion, it was demonstrated that the adoption of consequentialist reasoning constitutes an intrinsic element in the nature of the structural process, which, as it aims to (re)structure the future functioning of an institution, necessarily requires evaluating the impacts that the court order will cause in the social and economic context and political, under penalty of not leaving the field of abstraction and becoming a guardianship of paper.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Legal consequentialism, Decisive pragmatism, Structural litigation, Fundamental rights, Public policy

1. INTRODUÇÃO

Tem-se observado no cenário atual um aumento do protagonismo do Poder Judiciário, no que tange à tutela de direitos em decorrência da omissão ou atuação ineficiente dos demais poderes (legislativo e executivo), de modo que atuação judicante ganha cada vez mais relevo na estrutura social e aproxima-se da esfera política. Esses novos litígios versando sobre implementação de políticas públicas tem encontrado tratamento por meio dos processos coletivos-estruturais, que almejam a transformação da realidade social por meio de reformas profundas em estruturas burocráticas e instituições violadoras de direitos.

Assim, a decisão de um processo estrutural é qualificada pela complexidade e alta conflituosidade, tendo em vista que a atuação judicante não está mais restrita à mera declaração da violação, mas ao estabelecimento de mecanismos capazes de provocar efeitos concretos na realidade, o que impõe a necessidade de observância das consequências que a prolação da decisão acarretará aos âmbitos social, político e econômico, atraindo a discussão acerca da avaliação consequencialista do processo decisório e sua compatibilização com essa nova realidade de litigância de interesse público-coletivo.

E este artigo objetiva justamente isso, tratar da relação entre processo estrutural e a teoria consequencialista, buscando analisar de que forma a nova dinâmica de judicialização de políticas pública através do processo estrutural compatibiliza-se com o consequencialismo decisório¹, especialmente a partir do advento da Lei da Lei 13.355/2018, que alterou a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, para alocar a consequência como elemento de observância obrigatória pelos tomadores de decisões.

Nesse sentido, a indagação levantada nessa pesquisa é: em que medida a natureza complexa e multipolarizada da decisão estrutural exige a adoção da teoria consequencialista como elemento essencial ao resultado útil do processo estrutural? A hipótese da pesquisa é de que o raciocínio consequencialista é fator inerente ao processo estrutural no estabelecimento da

¹ Ressalta-se que a abrangência dos processos estruturais não está limitada aos litígios encontrados na esfera pública, todavia, por opção metodológica e para fins de caracterização do paradigma de gestão pública que envolve o consequencialismo, especialmente a partir das novas disposições da LINDB, adotou-se as políticas públicas como objeto de análise do presente artigo. Assim, os autores filiam-se à doutrina que reconhece que os processos estruturais não se restringem ao âmbito público, que envolve políticas públicas e direitos fundamentais, sendo também inseridos no ambiente privado nos litígios de natureza privada, a exemplo dos processos de recuperação judicial. Nesse sentido: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVIERA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de processo online**. Vol. 303, maio/2020, p. 3; BATISTA, Felipe Vieira. **A recuperação judicial como processo coletivo**. Dissertação de Mestrado. Salvador: Universidade Federal da Bahia (UFBA), 2017, p. 118. ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. **Revista de processo online**. Vol. 225, nov/2013, p. 7-8.

decisão e dos mecanismos a serem empregados para alcance da reforma estrutural pretendida, ou seja, que a prolação da decisão estrutural demanda o percorrer do caminho consequencialista, sob pena de comprometer sua eficácia fática e se tornar mera tutela declaratória ou tutela de papel.

Assim, na primeira seção do trabalho, será analisado o consequencialismo jurídico a partir de sua positivação na ordem jurídica brasileira através da Lei 13.355/2018, que acrescentou a valoração das consequências enquanto elemento decisório e impôs ao julgador uma postura pragmática. Já a segunda seção tem como objetivo apresentar as transformações observadas na litigância no ambiente das políticas públicas e o tratamento recebido por meio dos processos estruturais, de modo suas características gerais e as modificações que provocam no sistema processual tradicional e na tutela de direitos fundamentais.

Por fim, a terceira seção busca examinar a existência ou possibilidade de compatibilização da adoção de uma postura consequencialista pelo julgador dos litígios estruturais, com o intuito de demonstrar essa nova forma de litigância requer uma atuação pragmática, prognóstica e experimentalista que se alinha à se a estrutura complexa, conflituosa e policêntrica dos processos estruturais.

O método utilizado é o dedutivo e os procedimentos de pesquisa a serem utilizados são a pesquisa documental e bibliográfica de autores de destaque na temática do consequencialismo jurídico, como as proposições de Luís Fernando Schuartz (2008), além de referenciais teóricos relativos à temática dos processos estruturais, como Abram Chayes (1976), Mariela Puga (2014), Edilson Vitorelli (2018), Sérgio Cruz Arenhart (2017) e outros.

2. CONSEQUENCIALISMO JURÍDICO E PRAGMATISMO DECISÓRIO

Com o advento da Lei 13.355/2018, a conhecida Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) foi acrescida de dez novos dispositivos (artigos 20 a 30), que preveem regras sobre segurança jurídica e eficiência na criação e aplicação do direito público. Entre os novos artigos, dois ganharam destaque no campo da Teoria do Direito ao fixarem a avaliação das consequências como elemento do processo decisório, como é o caso do artigo 20 que dispõe que “nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.

No mesmo sentido, o artigo 21 ressalta, novamente, a preocupação do legislador infraconstitucional com a valoração das consequências no processo de tomada de decisões, ao prescrever que “a decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativa”. Nota-se que o artigo 21 não somente destacou a relevância das consequências no ato de decidir, como elevou-a para o campo de validade da própria decisão, impondo que elas sejam expressamente demonstradas e figurem como elemento de fundamentação da decisão.

Nessa ótica, os “novos” artigos da LINDB positivam legalmente o consequencialismo jurídico na ordem jurídica brasileira, o qual, segundo Luís Fernando Schuartz, em um sentido amplo, consiste em qualquer instituto jurídico que tenha por objetivo condicionar ou que apresente qualquer elemento condicionante, explícita ou implicitamente, a adequação jurídica de uma determinada decisão judicante à avaliação das consequências a ela inerentes e as suas possíveis alternativas (Schuartz, 2008, p. 130-131). Com isso, o exame das consequências torna-se critério ou estágio obrigatório do processo decisório, de modo a condicionar sua validade e eficácia à valorização dos reflexos práticos de uma decisão diante de suas possíveis alternativas e evitar a prolação de decisões abstratas, afastadas do mundo fático.

Assim, as referidas inovações legislativas, ao estabelecerem que qualquer decisão, seja judicial ou não, deverá estar sujeita à avaliação das consequências práticas que sua escolha poderá provocar no âmbito judicial ou administrativo, impõem ao tomador de decisão a adoção compulsória de uma postura consequencialista no exercício de seu encargo. Logo, o novo conteúdo da LINDB, na busca pela segurança jurídica, objetiva retirar do tomador de decisões a discricionariedade relativa à prolação de decisões baseada em valores jurídicos abstratos ou princípios com conteúdo aberto e atribuir à racionalidade decisória um aspecto prático, que permita valorar as consequências da atuação jurisdicional na tutela de direitos.

Dessa forma, ao inserir o dever de consideração das consequências práticas da decisão, o conteúdo da LINDB avança significativamente em área controversa da Teoria do Direito na atualidade, que avalia a compatibilidade de fundamentação de uma decisão com base em suas consequências, sem que isso implique em ativismo judicial (Morais; Zolet, 2018, p. 510). Com isso, a teoria consequencialista transforma a racionalidade decisória contemporânea ao permitir que a valoração das consequências possa ser utilizada com a mesma carga valorativa de preceitos normativos no ato de decidir, o que alcança questionamentos sobre o que pode ser considerado “direito” ou “fundamentação” no arcabouço dessa “nova” metodologia decisória.

Para Schuartz (2008, p. 131), o consequencialismo jurídico, que é destacado pelo novo conteúdo da LINDB, apresenta duplo grau de manifestação, um denominado “forte”, que considera consequencialista “não apenas a posição segundo a qual uma decisão D é correta se e somente se não se encontra, com relação a ela, alguma decisão alternativa a que se associem consequências preferíveis àquelas associadas à D”, e outro considerado “fraco”, que propõe que as valoração das consequências de um decisão enquanto elemento constitutivo de sua fundamentação, alcançando o peso máximo igual ao peso atribuído aos argumentos não consequencialistas, ou seja, há um equilíbrio entre considerações consequencialistas e não consequencialistas no arcabouço de fundamentação da decisão.

Ainda, o autor destaca que o raciocínio consequencialista apresenta estrutura dual, sendo uma descritiva e outra normativa. Na dimensão descritiva, o raciocínio consequencialista expressa-se pela relação entre consequências e alternativas de decisão, por meio da qual há necessidade de especificação das consequências relativas a cada alternativa de decisão, de modo que a identificação de dissonância entre as consequências associadas à decisão e aquelas previstas pelo tomador torna a decisão objetivamente inadequada, comprometendo sua validade pelo rompimento da relação casual entre decisões e consequências (Schuartz, 2008, p. 131).

De forma diferente, na dimensão normativa, há destaque para a decisão propriamente dita e envolve a ordenação das consequências e a identificação de um critério de valoração e aplicação à situação concreta. Schuartz (2008, p. 132) argumenta que o componente normativo do juízo compreende a ordenação do conjunto de consequências por meio de critérios valorativos, que permitem exigir da completa consistência interna desses critérios e, a depender das circunstâncias, a compatibilização com critérios externos, sejam eles normas ou práticas aceitas socialmente pela comunidade jurídica particular.

Assim, o juízo consequencialista exhibe dualidade em sua estrutura (descritiva e normativa), uma vez que estão sujeitos a diferentes condições de racionalidade, que de forma conjunta formam e determinam os critérios de adequação do juízo como um todo. Nesse sentido, a explicitação da referida estrutura e das condições de racionalidade são fatores centrais no exame de diferenciações conceituais e na própria análise de padrões decisórios mais recorrentes no judiciário (Schuartz, 2008, p. 132).

Nesse contexto, Ricardo Campos aduz que a adoção do consequencialismo no processo decisório brasileiro transformou a jurisdição constitucional, que agora não estaria mais vinculada à estrita tutela da consistência da ordem jurídica, tendo por parâmetro a constituição,

mas apresenta um novo método de realização que eleva as consequências como elemento primário à sua efetivação, isto é, o prognóstico das consequências da decisão passa a ocupar o primeiro plano na fundamentação da jurisdição constitucional (Campos, 2020). Assim, a jurisdição constitucional deixa de ser analisada como estritamente normativa para abranger uma perspectiva também cognitivista, que outorga ao magistrado uma posição de relevância na determinação na realização da prognose dos efeitos práticos que a escolha de determinada decisão provocará no contexto fático (Campos, 2020).

Com isso, observa-se que o consequencialismo jurídico modifica o ato de decidir em um pragmatismo decisório, ao passo que requer do julgador um recorrente esforço prognóstico na avaliação das consequências decorrentes da tomada de determinada decisão, o que deve ser demonstrado expressamente na fundamentação da decisão e sustentado por elementos mínimos baseados no empirismo, que não se confunde com uma tentativa sem perspectiva ou um futuro incerto. Normalmente, ao adotar uma fundamentação consequencialista, há recorrência à menção de outros casos concretos já decididos ou dados práticos provenientes de casos similares, capazes de contribuir com a determinação da “melhor escolha” entre suas possíveis alternativas ou fixação dos critérios valorativos de sua adoção.

Richard Posner, um dos referenciais teóricos mais relevantes na defesa da conduta pragmática do julgador, aduz que um juiz pragmático não nega a existência de normas jurídicas dotadas de virtudes de generalidade, previsibilidade e imparcialidade, que favorecem uma abordagem oposta à mudança para novas controvérsias legais, ao contrário, ele apenas se recusa a sacrificar tais normas e suas virtudes, comparando-as com as virtudes ou efeitos adaptativos de determinada decisão, de modo a produzir as melhores consequências para todos os sujeitos envolvidos na relação jurídica e aqueles que venham se encontrar em situação semelhante (Posner, 2010, p. 9).

Entretanto, a teoria pragmática de Posner não se limita à avaliação das consequências mediatas e de curto, mas incorpora também as mais amplas, consideradas sistêmicas, o que permite centralizar sua teoria na comparação entre as consequências mediatas e de curto prazo apresentadas para solução do conflito com aquelas de dimensões mais amplas, tendo por avaliação os impactos que elas possa gerar aos valores da coerência, generalidade, previsibilidade e imparcialidade da norma jurídica (Alves, 2019, p. 122-123).

Assim, o juiz que bem aplica o pragmatismo no processo decisório deve saber dosar as boas consequências decorrentes da adesão às virtudes de generalidade, previsibilidade e

imparcialidade da norma jurídica em detrimento da valoração das más consequências da adoção de uma postura inovadora para resolução de controvérsias cujas decisões anteriores ou mesmo a norma jurídica já se apresentam obsoletas ou não possuem a adaptabilidade adequada para tal fim (Posner, 2010, p. 50).

Logo, a racionalidade decisória pragmática proposta por Posner funda-se no argumento de que a tomada de decisões judiciais não pode se restringir à mera interpretação da norma ou da jurisprudência, a exemplo de fundamentações estritamente principiológicas, sendo elemento indispensável a investigação e consideração das consequências práticas do ato decisório, de modo a ordenar e valorar os impactos da decisão diante de possíveis alternativas viáveis. Todavia, a referida postura não é sinônimo do completo abandono à norma, uma vez que, como pontuado por Alves (2019, p. 124), Posner não retira a regra positivada da moldura normativa, mas apenas acrescenta outros elementos que, juntamente às fontes ortodoxas do direito, deverão ser utilizados pelo magistrado na prolação de decisões em casos concretos.

Portanto, observa-se que a conduta do tomador de decisões pragmáticas envolve um contexto complexo de escolhas e valoração, já que deverá perquirir todas as circunstâncias fáticas, sistêmicas e normativas do caso concreto, o que se difere da conduta de mera subsunção da norma ao caso, afastando-se, portanto, da figura do tomador de decisões tradicional. Para Campos (2020), no modelo cognitivista decorrente da teoria consequencialista, que ressalta o pragmatismo decisório, o julgador torna-se um verdadeiro “engenheiro social” e não mais um tradicional aplicador do Direito ou curador de uma cadeia coerente de precedentes.

No mesmo sentido, ao dirigir críticas às proposições de Richard Posner², Dworkin (2007, p. 122), que defende um consequencialismo interpretativista, adverte acerca dos riscos do pragmatismo de Posner e argumenta que sua oposição à referida teoria não significa que os juízes devem realizar um ato de exclusão entre considerar as consequências e ignorá-las completamente, ao contrário, ele reconhece a possibilidade de o julgador levar em consideração as consequências de suas decisões, mas desde que observe a ordem jurídica enquanto unidade, isto é, decida da forma indicada pelos princípios enraizados na lei como um todo, princípios que ditam as consequências relevantes, e nunca de acordo com suas próprias convicções ou preferências políticas ou preferências e interesses pessoais.

² Sobre o assunto, ver: DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz; ABOUD, Georges. O lugar da teoria no direito: um confronto entre Richard Posner e Ronald Dworkin. **Revista Paradigma**, [S. l.], v. 24, n. 2, 2017. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/paradigma/article/view/144-157>. Acesso em: 25 jul. 2023.

Segundo Juliana Machado Fraga e Luana Figueiró Silva Volpato (2014, p. 106), ao defender o interpretativismo, Dworkin estava preocupado com o poder atribuído aos juízes no ato de decidir casos controversos e na existência de lacunas do direito, haja vista que o autor argumenta existir uma resposta certa para questão, porém não apenas uma, o que atribui maior complexidade sua teoria. Sob esta ótica, partindo de uma concepção que reconhece a relação intrínseca entre Direito e moral, Dworkin rejeita a tese pragmática defendida por Posner, pois para ele há necessidade de que a resolução de casos deve ser pautada, no mínimo, em uma fundamentação moral aparente, a qual seja capaz de sustentar a afirmação de deveres jurídicos, ou seja, o reconhecimento da dimensão jurídica dos direitos como uma espécie de direitos morais (Marrafon, 2015).

Portanto, a prolação de uma decisão consequencialista exige do tomador de decisão uma postura para além da mera aplicação do direito ou subsunção da norma ao caso concreto, ela demanda a avaliação prospectiva dos efeitos concretos que uma decisão provocará na realidade social, não podendo ser ancorada em valores jurídicos abstratos. Assim, a crescente judicialização de direitos diante da omissão ou a ineficiência da atuação dos demais poderes coloca o consequencialismo em destaque no cenário do protagonismo do Poder Judiciário no controle judicial de políticas públicas.

3. PROCESSO ESTRUTURAL E A “NOVA” DINÂMICA NO CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

O advento do Estado Social é acompanhado por um paradigma de constitucionalização de direitos e realce da função judicial na proteção e concretização de direitos fundamentais e na defesa do Estado Democrático de Direito. Com isso, processos tratando de políticas públicas passam a ser uma realidade recorrente no âmbito do Poder Judiciário, que assume uma postura cada vez mais próxima das funções das demais esferas institucionais (Legislativo e Executivo).

No entanto, essa nova realidade de judicialização de direitos releva a insuficiência da visão dicotômica do processo tradicional, pautado pelo individualismo e pela lógica dualista dos sujeitos processuais, com posições antagônicas (autor-réu), pois no ambiente das políticas públicas os processos passam a envolver variadas visões e vários interesses diferentes, os quais não podem ser alocados em dois blocos antagônicos (Arenhart, 2017, p. 73).

Com isso, o sistema processual clássico é modificado para se adequar à estrutura da nova dinâmica de adjudicação de direitos, que apresenta natureza complexa, dimensão coletiva

e múltiplos centros de resolução, o que exige a atribuição de perspectiva estruturante ao seu tratamento. Nesse sentido, esses novos litígios recebem da doutrina a nomeação de “litígios estruturais”, que, de acordo com Mariela Puga, qualifica o âmbito de intervenção justificável do Poder Judiciário para além dos interesses dos sujeitos processuais, sendo esse elemento suficiente para sua identificação (Puga, 2014, p. 43).

Todavia, embora recorrentemente suscitada no debate atual, essa mudança na estrutura da litigância e no sistema processual já era abordada pelo professor Abram Chayes em 1976, que, em conhecido texto intitulado “*The role of the judge in public law litigation*”, constatou o caráter cada vez mais obsoleto da forma de adjudicação tradicional a partir 1875, diante da crescente regulamentação de questões sociais e econômicas pelo Poder Legislativo, ao mesmo tempo que essas legislações tinham seu caráter científico e dedutivo questionados perante o Poder Judiciário, considerando que as consequências políticas advindas da revisão judicial da lei tornaram-se urgentes (Chayes, 1976, p. 1288-1289).

Nesse cenário, Chayes apontou a ocorrência de transformações não apenas na seara legislativa, como também na judiciária, especialmente no modelo de litigância, que se afastou da estrutura tradicional e modificou o próprio sistema processual, e recebeu do autor a denominação de “litigância de interesse público” (*public law litigation*), uma vez que seu objeto “é a pretensão às políticas constitucionais ou legais” (Chayes, 1976, p. 1284).

Diante disso, a litigância de interesse público para além da transformação da estrutura processual e do ato jurisdicional de decidir os litígios, transforma a própria relação entre os Poderes do Estado, diluindo as fronteiras existentes e realçando a atuação política do Poder Judiciário (Nunes; Teixeira, 2013, p. 87), ou seja, a nova estrutura da litigância torna o sistema processual tradicional precário ao seu tratamento e atribui nova tecitura ao arranjo constitucional de separação dos poderes.

Assim, essa nova estrutura da litigância de interesse público demonstra a ineficiência das técnicas processuais tradicionais para resolução de controvérsias envolvendo políticas públicas, o que demanda a adoção de novos instrumentos dotados das características necessárias ao tratamento adequado de tais litígios complexos e conflituosos. Nesse sentido, o tratamento dessa nova forma de litigância tem ocorrido por meio do processo estrutural, que nas palavras de Owen Fiss (1979, p. 2) pode ser definido como:

O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos

institucionais existentes. Essa injunction é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.³

O caso considerado precursor de demandas estruturais e talvez o mais emblemático é representado por “*Brown v. Board of Education*”, que figura como exemplo de litígio estrutural pela tutela proferida, que impôs uma reforma estrutural profunda no sistema educacional norte americano, que passaria de um sistema dual de escolas, que segregava negros e brancos, para um sistema unitário, não segregacionista, o que demandava uma série de modificações na estrutura de funcionamento da instituição, a exemplo de novos procedimentos para ingresso de alunos, construção de novas escolas e novos processos para professores (Barros, 2020, p. 35).

Segundo Desirê Bauermann (2017, p. 282) a mudança observada no emblemático caso *Brown v. Board of Education* pode ser observada na tutela pretendida em processo, visto que:

O pedido dessas ações não era de concessão de indenização em decorrência de discriminação, mas, sim, de tomada de iniciativas tendentes a erradicar o mal que atacavam. Buscavam impedir a proibição de escolas que aceitassem matrículas de certas crianças e as negassem a outras exclusivamente em decorrência de sua cor de pele. Assim, em virtude de as violações alegadas não poderem ser corrigidas por meio de penas monetárias, buscavam obter decisão judicial que efetivamente reformasse as instituições envolvidas nos processos, a fim de fazê-las cumprir o quanto garantido constitucionalmente.

Diante dessa nova dinâmica processual, Edilson Vitorelli afirma que o processo estrutural tem como objetivo central, por meio da jurisdição, alcançar a reformulação de estrutura burocrática que em razão de seu funcionamento provoca um estado de violação de direitos que origina o litígio estrutural, o que se dará pela implementação a longo prazo de um plano aprovado pelo juiz e que está sujeito a constantes avaliações e revisões acerca de seus efeitos e impactos sobre os sujeitos afetados pela mudança oriunda do processo (Vitorelli, 2018, p. 9-10). Logo, a pretensão imediata do processo estrutural é alcançar um estado de ideal de coisas, ou seja, a passagem de um estado de desconformidade para um estado de conformidade (Didier Jr; Zaneti Jr; Oliveira, 2020, p. 5).

Dessa forma, a postura adotada pelo Poder Judiciário nos processos estruturais ganha uma relevância específica, pois a ele é atribuído um papel de caráter gerencial e de consolidação de valores públicos constitucionais, de modo a atuar com foco no estabelecimento de medidas

³ Tradução livre de: The structural suit is one in which a judge, confronting a state bureaucracy over values of constitutional dimension, undertakes to restructure the organization to eliminate a threat to those values posed by the present institutional arrangements. The injunction is the means by which these reconstructive directives are transmitted” (FISS, 1979, p. 2).

diferenciadas capazes de garantir a efetividade e a adequação da prestação jurisdicional com o direito material (Bahia; Nunes; Cota, 2019, p. 35).

Assim, a função jurisdicional é qualificada por uma natureza política e dinâmica na concretização de direitos fundamentais, que transcende os limites tradicionais de intervenção do Poder Judiciário, visto que sua atuação se assemelha e interfere, em muitos aspectos, na conduta dos demais Poderes da República. Logo, a decisão estrutural reveste-se de natureza pública e política, o que leva os contornos da teoria consequencialista para o centro do debate, surgindo questionamentos acerca da compatibilidade da tutela pretendida pelo processo estrutural com o consequencialismo decisório.

4. DECISÃO ESTRUTURAL E CONSEQUENCIALISMO: HÁ COMPATIBILIDADE?

Nas palavras de Dierle Nunes, o consequencialismo decisório é caracterizado pela “crença na capacidade dos juízes e tribunais anteverem o impacto da decisão judicial proferida em determinado processo no campo político, econômico e social (Nunes, 2011, p. 42). Partindo dessa consideração, se a adoção da teoria consequencialista nos processos de natureza bilateral tradicional, marcado pelo interesse dicotômico das partes, já apresenta diversos desafios, quando deslocada para os processos de natureza complexa e coletiva, como os processos estruturais, sua relevância é ampliada, pois em tais processos a decisão proferida não se restringe aos contornos do litígio bilateral, suas implicações são ramificadas, complexas e policêntricas, além de apresentar impactos nos âmbitos político, econômico e social.

Nesse sentido, é necessário avaliar se os contornos do processo estrutural apresentam compatibilidade com o consequencialismo decisório, de maneira a conjugar simultaneamente a avaliação das consequências de uma decisão complexa e multifacetada com a proteção e concretização de direitos através da intervenção judicial no ambiente das políticas públicas.

Sobre a temática, Vitorelli (2022, p. 447) é categórico ao afirmar que o processo estrutural é por natureza consequencialista em função de sua própria pretensão, que visa a elaboração de um plano destinado a reformulação ou reestruturação do comportamento futuro de uma instituição, o que revela que a decisão nesses processos é baseada ou construída com fundamento nas consequências práticas que provocarão na esfera pública.

Para Susana Henriques da Costa (2017, p. 403), a judicialização de direitos fundamentais sociais incorpora na função judicial uma nova atividade de natureza político-

jurídica, o que seria decorrência lógica da transformação das formas de litigância, pois não se mostra possível julgar conflitos sobre a alocação de recursos públicos ou que objetive reformas estruturais utilizando os mesmos meios empregados para julgamento de conflitos subjetivos privados, ou seja, à função exercida pelo Poder Judiciário é outorgada uma acepção política, que exige a adoção de uma conduta consequencialista, estratégica e mediadora.

Nessa perspectiva, a implementação da decisão estrutural não está voltada aos mesmos comandos jurisdicionais encontrados nos processos de natureza individual, a exemplo do lícito e do ilícito, do fazer ou não fazer. Seu âmbito é ampliado, para alcançar diversas outras modalidades de atos processuais, normalmente interligados ou exercidos em atos de diálogo e cooperação. O “estado ideal” ou de (re) estruturação formulado pela decisão estrutural exige para sua implementação ou concretização no mundo fático o percurso de um caminho consequencialista, isto porque a decisão estrutural inclina-se para o futuro na busca de um estado de conformidade, que necessariamente requer a avaliação das consequências que a ordem judicial provocará no contexto social, econômico e político.

Nóbrega, França e Casimiro (2022, p. 111-112) argumentam que a decisão de um processo estrutural deve ser proferida de forma consequencialista em razão do âmbito de seu alcance, que não estará restrito às partes processuais, mas à coletividade, sendo relevante seu aspecto de policentria, que acentua sua natureza complexa, razão porque a garantia de um processo aberto à participação figura como elemento essencial ao processo estrutural, que deverá viabilizar a realização de audiência pública ou a contribuição de terceiros especializados na temática debatida, a exemplo da figura do *amicus curiae*.

Logo, a elaboração de uma decisão consequencialista compatibiliza-se com a própria estrutura do processo estrutural que, diferente do processo civil clássico, tem suas fases de conhecimento e execução diretamente conectadas, haja vista que o ponto central da tutela estrutural não reside no acertamento do direito, ainda que considerado importante, mas na produção de efeitos concretos na reforma estrutural pretendida e nas medidas estruturais a serem implementadas com fins a transformação da realidade burocrática da organização (Nóbrega; França; Casimiro, 2022, p. 113).

Assim, o consequencialismo jurídico torna-se elemento constitutivo da decisão estrutural, sem o qual o provimento judicial poderá se resumir à mera tutela de papel, que apenas constata a existência de um estado de desconformidade e violação de direitos, mas que não alcança resultados efetivos na transformação de tal realidade, na modificação da estrutura

violadora de direitos pelo seu simples funcionamento. Em outras palavras, não há como falar em reforma estrutural sem valorar as consequências que o comando judicial trará ao mundo fático, no impacto econômico, nas mudanças sociais, na modificação do funcionamento de instituições há anos sedimentadas, o que envolve um processo longo de tentativas de “erro e acerto”, de modo que há demandas sucessivas decisões em torno de uma decisões nuclear, que Arenhart denomina de “decisões em cascata”⁴.

Observa-se que o consequencialismo constitui um fator relevante à viabilização do resultado útil do processo estrutural, pois os problemas objeto de processos estruturais são claramente maiores que aqueles enfrentados no litígio individual, em que é aplicada a resolução de controvérsia. No processo estrutural, o escopo principal reside em sua efetividade, que não é encontrada na prolação de uma sentença de mérito ou qualquer outra espécie de decisão, e sim na efetiva reconstrução da realidade, utilizando-se um estratégias diversas e da adoção de práticas experimentalistas de forma prolongada (Nobrega; França; Casimiro, 2022, p. 114).

O juiz no processo estrutural necessita assumir conduta consequencialista, isto porque, ao proferir decisão envolvendo políticas públicas, ele não poder estar alheio à complexidade e dificuldade de execução da ordem judicial, que será exposta a limites de ordem jurídica, como orçamentários, de ordem fática que limitem à atuação Estatal, como déficit financeiro, ou ainda dificuldades procedimentais, a exemplo da necessidade de licitação para contratação. No entanto, para além de todas essas limitações, deve considerar ainda os efeitos materiais, direitos e indiretos, que a decisão causará a outros direitos, pois a atuação judicial no campo das políticas públicas modifica os rumos da gestão da administração e conduz à realocação de recursos públicos, o que pode refletir em prejuízos a outros direitos sociais, que não podem ser ignorados pelo magistrado (Costa, 2017, p. 404-405).

Ademais, a possibilidade de adequação do método de decidir consequencialista à estrutura do processo estrutural pode ser enfrentada, analogamente, a partir da transformação da jurisdição constitucional, a qual, de acordo com Georges Abboud, é desafiada na contemporaneidade não apenas pela decisão no presente, mas pelos efeitos que a decisão provocará na regulamentação futura de temas sensíveis à sociedade, o que transforma a arquitetura das decisões de inconstitucionalidade para incorporar a necessária análise prospectiva da jurisdição (Abboud, 2020, p. 45).

⁴ Sobre o assunto, ver: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, volume 214, p. 389-410. São Paulo: **Revista dos Tribunais online**, novembro 2013.

Para o autor, a assunção de uma postura consequencialista pelo magistrado, de modo a contribuir para a prognose dos efeitos da decisão, não pode ser compreendida como forma de protagonismo judicial, visto que tal postura é resultado das implicações que complexidade social provocou no direito, tornando-o aberto a outros saberes, por meio da construção de ambiente dialógicos, que consiga compatibilizar a atividade decisória à produção de um comando simultaneamente constitucional e produtor de boas consequências institucionais (Abboud, 2022, p. 46).

E essa mudança de paradigma decisório elastece a jurisdição constitucional para abranger a complexidade contemporânea, ultrapassando as fronteiras originais de racionalização do poder político e promoção de direitos fundamentais e ocorre dentro dos limites normativos-constitucionais. Assim, a complexidade da atualidade requer da jurisdição uma nova postura capaz de lidar com as incertezas que lhe são inerentes, o que a força a cada vez mais enfrentar prognoses e questões não moldáveis à ótica tradicional da decisão (Abboud, 2022, p. 46-47).

Além disso, Schuartz (2008, p. 141) argumenta que a renúncia à análise consequencialista pelo juiz seria uma das problemáticas do consequencialismo jurídico, uma vez que tal atitude seria normativamente questionável e inviável, pois as consequências de uma decisão são reconhecidas e exigir dos juízes a abstenção à essa análise seria o mesmo que reconhecer que apenas o poder legislativo e o poder executivo poderiam realizar tal controle.

Além disso, o autor destaca que há outros problemas que orbitam essa proposta de abstenção, expressos nas consequências extrajurídicas e intrajurídicas das decisões judiciais, que produzem restrições e extensões do espaço juridicamente aceitáveis para decisões futuras. Nesse sentido, haveria necessidade de uma análise prospectiva do juiz ao analisar um caso, pois a necessidade de consistência no processo decisório impõe a ele a análise dos efeitos futuros daquela decisão, percebendo-a como precedente para decisões futuras (Schuartz, 2008, p. 141-142).

Em contraponto, Schuartz (2008, p. 144) argumenta que se um lado analisa-se a racionalidade jurídica de uma decisão através da necessidade, constitutiva, de uma investigação prospectiva, de outro lado, é também necessário manter um controle *ex ante* das condições de racionalidade instrumental da decisão, excetuados os caso excepcionais, o que impõe a necessidade de localizar critérios de adequação que serviriam para permitir críticas e consensos

racionais destinados especificamente à parte consequencialista da fundamentação de uma decisão.

Por fim, há de se pontuar que as críticas relativas à ausência de previsibilidade à racionalidade decisória decorrente do emprego da teoria consequencialista podem ser superadas na lógica do processo estrutural a partir do argumento de que seu desenvolvimento requer um ambiente dialógico, criativo e experimentalista, já que a decisão prolatada objetiva não a mera declaração de um estado de violação de direitos, mas a (re)estruturação do estado de desconformidade que origina essas violações, o que requer uma transformação na própria jurisdição capaz de avançar na concretização de direitos com efetividade e definitividade.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo discutiu a compatibilidade do raciocínio da teoria consequencialista com a dinâmica de efetivação de direitos humanos fundamentais através dos processos estruturais, de modo a verificar de que forma a natureza complexa e policêntrica dos litígios estruturais requer do tomador de decisões o percorrer de um caminho consequencialista e pragmático na construção da decisão judicial.

Inicialmente, foram abordadas as nuances teóricas do consequencialismo jurídico e pragmatismo decisório, tendo por pano de fundo as “novas” disposições da LINDB (Lei nº 13.355/2018), que inseriu a ordenação e valoração das consequências enquanto elementos essenciais no processo de tomada de decisões, de modo a transformar a perspectiva da própria jurisdição, que abando a análise meramente normativa, para também realizar juízo cognitivo de consideração das consequências emergentes do comando decisório.

Em seguida, foram analisadas as características da nova dinâmica de judicialização de políticas públicas por meio de processos estruturais, que, por atribuírem aos litígios dimensão coletiva e estruturante, modificam as formas tradicionais de adjudicação de direitos pautadas no litígio bilateral do “autor-réu” e exigem do Poder Judiciário adoção de nova postura e instrumentos capazes de responder adequadamente aos litígios complexos e policêntricos que chegam à seara judicial e atribuem à decisão judicial natureza pública e política.

Já na última seção, abordou-se a compatibilidade do raciocínio consequencialista e pragmático com a natureza complexa e policêntrica dos processos estruturais, de modo a

conjugar a proteção de direitos fundamentais e sociais por meio da intervenção judicial e a valoração das consequências e impactos da implementação de tais provimentos estruturantes.

Ao final, conclui-se que a complexidade, multipolaridade e ramificações da decisão de um processo estrutural exige do julgador uma postura claramente consequencialista, haja vista que a tutela oriunda de tais processos não está sujeita às amarras tradicionais do processo bilateral clássico, em que os efeitos do provimento jurisdicional interessam apenas às partes, ao contrário, tem como elemento intrínseco a tutela de interesse público-coletivo, que alcança outros sujeitos não partícipes da relação processual e apresenta impactos sociais, econômicos e políticos que devem ser observados pelo julgador.

Dessa forma, a natureza da decisão estrutural alinha-se ao raciocínio consequencialista, pois a reforma estrutural pretendida somente será alcançável no âmbito fático quando associada à valoração de suas consequências práticas e à atuação de outros agentes e instituições, assim como da existência de espaço dialógico, cooperativo e permeados por doses de experimentalismo, que não se confunde com arbitrariedade ou tudo ou nada.

Portanto, caso não submetida ao exame consequencialista, a reforma estrutural desejada poderá ser reduzida à figura de uma tutela ineficaz ou de “tutela de papel”, visto que se limitará a declarar a existência de um estado de desconformidade e violação de direitos, sem conseguir alcançar o mundo fático, de modo a residir unicamente no campo da abstração.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. O processo constitucional: sua autonomia e seus desafios. *In*: VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima; ABBOUD, Georges (coord). **Processo constitucional brasileiro: propostas para a reforma**. São Paulo: Almedina, 2022.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no Direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 29, n.1/2 jan./fev.2017.

ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. *Revista de Processo*, volume 214, p. 389-410. São Paulo: **Revista dos Tribunais online**, novembro 2013.

BAHIA, Alexandre Melo F. de M.; NUNES, Leonardo S.; COTA, Samuel P. Das ações coletivas aos processos estruturais: as formas de tutela diferenciada dos direitos fundamentais. *In*: NUNES, Dierle; COSTA, Fabrício Veiga; GOMES, Magno Federici (Orgs.) **Processo coletivo, desenvolvimento sustentável e tutela diferenciada dos direitos fundamentais** [recurso eletrônico]. Porto Alegre, Editora Fi, 2019.

BAUERMAN, Desirê. Structural injunctions no Direito Norte-Americano. *In*: ARENHART, Sérgio Cruz; JOBIM, Marco Félix (Org.). **Processos Estruturais**. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 279-301.

BRASIL. **Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018**. Inclui no Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113655.htm. Acesso em: 18 jun. 2023.

CAMPOS, Ricardo. A transformação da jurisdição constitucional e o perigo do consequencialismo. **Revista [eletrônica] Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-11/ricardo-campos-jurisdicao-constitucional-perigo-consequencialismo>. Acesso em: 20 jul. 2023.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. **Harvard Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1.281- 1.316, maio 1976.

COSTA, Susana Henriques da. A imediata judicialização dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial: relação direito e processo. *In*: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo; COSTA, Susana Henriques da (Coords). **O processo para solução de conflitos de interesse público**. Salvador: Juspodivm, 2017.

DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVIERA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. **Revista de processo online**. Vol. 303, maio/2020.

DWORKIN, Ronald. **La Justicia com Toga**. Tradução: Marisa Iglesias Vila e Ínigo Ortiz de Urbina Gimeno. Barcelona: Marcial Pons, 2007.

FISS, Owen. The forms of justice. **Harvard Law Review**, vol. 93, n. 1, nov. /1979. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu>. Acesso em: 20 jul. 2023.

MACHADO FRAGA, Juliana.; FIGUEIRÓ SILVA VOLPATO, Luana. Breve análise sobre o embate entre o interpretativismo de Ronald Dworkin e o pragmatismo De Richard Posner na construção da decisão judicial. **Barbarói**, n. 42, 21 jan. 2015.

MARRAFON, Marco Aurélio. **Dworkin contra o pragmatismo de Posner na decisão judicial**. Conjur, 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-fev-23/constituicao-poder-dworkin-pragmatismo-posner-decisao-judicial>. Acesso em: 20 jul. 2023.

NOBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha; CASIMIRO, Matheus. Processos estruturais e diálogo institucional: qual o papel do poder judiciário na transformação de realidades inconstitucionais. **Revista Estudos Institucionais**, v. 8, n. 1, p. 105-137, jan./abr. 2022.

NUNES, Dierle; TEIXEIRA, Ludmila. **Acesso à justiça democrático**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

NUNES, Dierle. Politização do Judiciário no Direito Comparado – Algumas Considerações. *In*: CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade; MACHADO, Felipe Daniel Amorim (coord). **Constituição e Processo: entre o direito e a política**. Belo Horizonte, Del Rey, 2011, p. 42.

MORAIS, Fausto Santos de; ZOLET, Lucas. (2018). A Nova Lindb e os Problemas da Argumentação Consequencialista. **Revista Jurídica**, 3(52), 497 – 523. vol. 04, n.º. 53, Curitiba, 2018. pp. 497-523. Disponível em: <https://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/3229>. Acesso em: 20 jul. 2023.

POSNER, Richard A. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

PUGA, Mariela. El litígio estructural. **Revista de Teoria del Derecho de la Universidad de Palermo**. Ano I, n. 2. nov. 2014.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. **Revista de Direito Administrativo**, v. 248, p. 130-158, 2008.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: Processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo online**. São Paulo: Thomson Reuters Online, outubro/2018, vol. 284.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. 3ª ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.