

**PRAGMATISMO JURÍDICO E DECISÕES ESTRUTURAIS:
APONTAMENTOS PARA A ESFERA JUDICIAL A PARTIR DO
ARTIGO 20 DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO
BRASILEIRO (LINDB)**

**LEGAL PRAGMATISM AND STRUCTURAL LITIGATION: LESSONS
TO THE JUDICIAL BRANCH FROM ARTICLE 20 OF THE LAW OF
INTRODUCTION TO THE RULES OF BRAZILIAN LAW (LINDB)**

Flavianne Fernanda Bitencourt Nóbrega¹

Eduarda Peixoto da Cunha França²

RESUMO

Qual a relação entre o pragmatismo e os processos estruturais? Para responder ao referido questionamento, o presente trabalho será dividido em três partes, nas quais serão exploradas, respectivamente: a) as mudanças trazidas pelo artigo 20 da LINDB nas esferas administrativa, controladora e judicial; b) o conceito de pragmatismo jurídico trabalhado por Richard A. Posner enquanto teoria normativa de decisão judicial; e c) a importância do pragmatismo nas decisões judiciais em processos estruturais, tendo em vista o caráter prospectivo e a complexidade dos litígios ditos estruturais. Conclui-se que o pragmatismo pode ser interessante na hora da prolação de sentenças estruturais, sobretudo tendo em vista o artigo 20 da LINDB e o fato de que processos estruturais demandam uma preocupação constante com as consequências e impactos concretos da atividade jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVE:

Direitos Sociais; LINDB; Pragmatismo; Processos Estruturais.

ABSTRACT

What is the relationship between pragmatism and structural processes? To answer this question, the present work will be divided into three parts, in which they will be explored, respectively: a) the changes brought by article 20 of the LINDB in the administrative, controlling and judicial spheres; b) the concept of legal pragmatism worked on by Richard A. Posner as a normative theory of judicial decision; and c) the importance of pragmatism in judicial decisions in

¹Professora Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UFPE, vinculada à linha de pesquisa "Justiça e Direitos Humanos na América Latina". Professora de Teoria Política e do Estado do Departamento de Direito Público Geral e Processual da UFPE. Coordenadora do Programa de Extensão "Acesso ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos - aSIDH" e líder do "Laboratório de Pesquisa em Desenhos Institucionais", ambos da UFPE. Coordenadora da Câmara de Conciliação, Mediação e Arbitragem (CCMA) da Faculdade de Direito do Recife da UFPE. Pós-doutorado no Max Planck Institute for Comparative and International Private Law – Hamburg. Doutora em Direito pela UFPE, com período sanduíche na Bucerius Law School – Hamburg – Alemanha. Mestre em Ciência Política e Mestre em Direito pela UFPE.

²Mestranda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco na linha "Justiça e Direitos Humanos na América Latina". Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES).

structural cases, in view of the prospective nature and complexity of so-called structural disputes. We conclude that pragmatism can be interesting when delivering structural sentences, especially in view of Article 20 of the LINDB and the fact that structural processes demand a constant concern with the consequences and concrete impacts of jurisdictional activity.

KEYWORDS:

Social rights; LINDB; Pragmatism; Structural injunctions.

1. INTRODUÇÃO

A expansão do papel do Estado, somada às atribuições que foram concedidas ao Poder Judiciário no Brasil, passou a exigir deste o desempenho de novas funções, tanto na esfera privada – de forma massiva e escalonada – quanto na esfera pública – marcada por contradições, complexidades e pluralidades cada vez mais amplificadas -.

Nesse sentido, é crescente a interferência do Poder Judiciário na redefinição daquilo que deve ser prioridade para a Administração Pública, sobretudo diante da curva ascendente de judicialização de direitos sociais no país, dando ensejo, não raramente, à realocação desordenada de verbas públicas e até mesmo tumultuando o desenvolvimento de políticas públicas.

Essa realidade passou a suscitar questionamentos acerca da capacidade institucional do Poder Judiciário para lidar com problemas de cariz social e seus efeitos distributivos. Isso porque, ao julgar individualmente um conflito de direito social, os juízes não compreendem o problema como um todo, uma vez que a demanda atomizada não engloba a falha estrutural da política pública, mas, tão somente, a violação individual da parte que reclamou um determinado direito³.

Além disso, as dificuldades decorrentes da policentria e do caráter prospectivo dos litígios ditos “estruturais” – sendo aqui compreendidos como falhas sistêmicas que ensejam a violação de direitos fundamentais - dificilmente são captadas nos processos fragmentados. Os

³ MARINHO, Carolina Martins. Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p.15.

problemas reais, tais quais os que dizem respeito ao dispêndio de recursos públicos, de interesses na agenda política, e de carência de instrumentos ou de interferência na gestão do Poder Executivo, só podem ser detectados em pedidos que questionem a política pública como um todo, em sua estrutura, de forma coletiva⁴.

Assim, percebe-se que o amplo acesso à justiça – garantido pelo art 5º, XXXV da Constituição Federal de 1988 – , atrelado à justiciabilidade dos direitos sociais e eficácia imediata dos direitos sociais, permitiu o surgimento da contradição intrínseca entre o tratamento atomizado destes e sua necessária e essencial universalização, desencadeando consequências complexas, dentre as quais destacam-se duas: 1) as múltiplas decisões concessivas de direitos sociais, próprias de uma sociedade em massa, podem vir a interferir no planejamento e execução de uma política pública em curso, na medida em que obrigam sua revisão e/ou adaptação para o cumprimento das ordens judiciais; 2) o tratamento individualizado dessas questões, via de regra, não permite a discussão da política pública como um todo, mas somente da situação particular do autor, o que pode dar ensejo a decisões distantes da realidade do Poder Público, não passíveis de universalização, bem como transformar o Poder Judiciário em um gerador de desigualdades.

Diante desse quadro, discute-se, atualmente, no cenário pátrio, a possibilidade de que problemas sociais que violam direitos socioeconômicos e culturais (DESC) da coletividade, caso adjudicados, sejam enfrentados por meio de um processo estrutural, que destaca-se, sobretudo: pela inviabilidade de previsão dos impactos advindos das medidas estruturantes nele prolatadas; pela necessidade de experimentalismo processual; e por sua causalidade complexa e imbricação de interesses, que impossibilita que sua resolução aconteça por meio de uma prestação (pecuniária ou não) específica.

Os processos estruturais já são estudados há algumas décadas no direito alienígena⁵, mas, em *terra brasilis*, ganharam espaço apenas recentemente, de forma que as adaptações processuais necessárias, bem como o engajamento do sistema de justiça com a sociedade civil

⁴ MARINHO, Carolina Martins. Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, p.15.

⁵ CHAYES, Abraham. The role of judges in Public Law litigation, Cambridge: Harvard Law Review, 1976; FISS, Owen M. The civil rights injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978; FISS, Owen. The Forms of Justice. Cambridge: Harvard Law Review, v. 93, p. 1-58, 1979.

organizada – questões particularmente importantes ao seu desenvolvimento – ainda estão em fase de aprofundamento.

O presente estudo busca compreender qual a relação entre o pragmatismo e os processos estruturais. Para tanto, serão analisadas algumas das mudanças trazidas pelo artigo 20 da LINDB no campo do direito público e seus impactos diretos na forma de decisão dos magistrados, utilizando, para tanto, o método dedutivo e pesquisa bibliográfico-documental.

Quanto à estrutura, o trabalho será dividido em três partes. Na primeira, serão abordadas as mudanças trazidas pelo artigo 20 da LINDB nas esferas administrativa, controladora e judicial, averiguando, ademais, a importância e obrigatoriedade da análise das consequências da decisão judicial no caso concreto e na realidade social. Em um segundo momento, será estudado o pragmatismo de Richard A. Posner, a fim de entender o seu conceito e investigar em que medida este está relacionado ao dispositivo do artigo 20 da LINDB. Por fim, na terceira parte, será explorada a ideia de processos estruturais, bem como o fenômeno da judicialização dos direitos sociais e o paradigma das ações individuais, com o escopo de compreender como o Poder Judiciário pode agravar desigualdades sociais já existentes através da prolação de decisões que beneficiam, predominantemente, as camadas média e alta da população, ao invés dos destinatários primários das promessas constitucionais: a população economicamente hipossuficiente. Ainda nessa oportunidade, será estudada a relação entre as decisões judiciais em processos estruturais com o pragmatismo, adentrando nas exigências trazidas pelo artigo 20 da LINDB e respondendo ao problema de pesquisa aqui proposto.

2. O ARTIGO DA 20 LINDB

O artigo 20 do decreto lei nº 4.657/1942 (Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro- LINDB), acrescentado pela Lei 13.655/2018, obriga o órgão julgador (seja ele jurisdicional, administrativo ou de controle, como os tribunais de contas) o dever de observar as consequências práticas de suas decisões. O texto dispõe que:

Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas

da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

A norma do artigo 20 buscou maximizar a eficiência na criação e aplicação do direito público, presumindo que algumas instâncias prolatavam decisões antagônicas, pouco fundamentadas e que ainda acabavam por invadir a discricionariedade do administrador⁶.

Alguns dos defensores e doutrinadores que participaram dos estudos que subsidiaram o projeto de lei, destacam que a norma buscou, dentre outras coisas, combater as atitudes de inércia do administrador público, que provocam “(...) a inação e paralisia do Estado, tendo em vista o receio de responsabilização patrimonial e a aplicação de sanção pelos órgãos de controle”⁷. O objetivo, portanto, foi o de introduzir um viés pragmático à interpretação do direito público⁸ e aperfeiçoar a argumentação jurídica das decisões que são tomadas em zonas em que o texto normativo é aberto e, portanto, indeterminado. O dispositivo apresentou-se, ademais, como uma tentativa de aumentar a racionalidade e diminuir a discricionariedade da autoridade dos tribunais e de outras autoridades na interpretação do direito.

É interessante que o referido dispositivo impõe ao julgador o mister de não só considerar as consequências da sua decisão como, também, o de expor o caminho que o seu raciocínio percorreu até atingir as referidas consequências, bem como para escolher, dentre as opções possíveis, a que melhor lhe pareceu para o caso concreto.

O artigo 20 visa obstaculizar a prolação de decisões baseadas somente em princípios abertos, que podem não somente ensejar sentenças autorreferenciadas como, também, fomentar efeitos pouco práticos e cujos resultados não serão satisfatórios. Assim, seria possível obter mais segurança, estabilidade e previsibilidade no direito público brasileiro.

Em uma realidade de elevada carência argumentativa, na qual dificilmente consegue-se separar o *obiter dicta* da *ratio decidendi*, inserir um elemento de justificação pode auxiliar o

⁶ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, p. 113-144, 2019, p.115.

⁷ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, p. 113-144, 2019, p.115.

⁸JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB — acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

aumento da qualidade das decisões. A referência a princípios como a “dignidade da pessoa humana”, a “economicidade”, a “moralidade”, a “impessoalidade” e tantos outros devem estar acompanhados, portanto, não somente da fundamentação que demonstre a conformação do conceito indeterminado ao caso concreto (conforme o artigo 489, §1, II do CPC), mas, também, de averiguar as consequências práticas do sentido atribuído a esse conceito indeterminado.

Assim, por exemplo, não é suficiente que o magistrado decida que um determinado indivíduo tem direito à saúde fazendo considerações gerais e genéricas sobre o tema – que, não raramente, podem ser reproduzidas em outros casos semelhantes de forma indistinta –; é preciso que o julgador leve em consideração e trate expressamente das consequências de sua decisão, analisando os reflexos que essa concessão pode gerar no orçamento público e na execução de outros projetos ligados à saúde, bem como os impactos desiguais que essa decisão poderá ocasionar na vida de milhares de outros pacientes do sistema de saúde, que aguardam na fila da regulação uma oportunidade de atendimento⁹.

O julgador deve definir o sentido do direito à saúde, no caso concreto, à luz das consequências possíveis. O artigo 20, dessa forma, incide no momento de valorar os sentidos do texto normativo de conteúdo aberto e no momento de decisão ou da escolha, por um desses sentidos.

Logo, não bastam as boas intenções ou a intuição do julgador; não é suficiente referenciar e elogiar princípios; é necessário respeitar o espaço do Poder Público, comparar normas e possibilidades, estudar causas e impactos (positivos e negativos) e, por fim, ponderar vantagens e desvantagens. Se assim não ocorrer, adentra-se no risco da decisão: a) ser arbitrária e fomentar ainda mais desigualdades no campo do direito que se busca proteger; b) não gozar de efetividade prática pelo fato de ser consideravelmente distante da realidade fática; c) não garantir transparência acerca dos motivos que ensejaram a decisão e, conseqüentemente, incorrer nas tradicionais críticas acerca da função jurisdicional em um Estado Democrático.

O caput do artigo 20 da LINDB, dessa forma, inaugura, em termos dogmáticos, o postulado hermenêutico do pragmatismo, uma vez que as consequências práticas devem ser

⁹DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 19, n. 75, p. 143-160, 2019, p.149.

consideradas no momento da valoração e da escolha dos sentidos possíveis do texto normativo e do conteúdo semântico aberto.

(...) é assim, afinal, que decidem os administradores públicos e os formuladores de políticas: considerando dado problema, vislumbram possíveis soluções, tentam prever os custos e as consequências de se optar por cada uma delas e submetem o juízo final ao escrutínio público (seja através do debate parlamentar, no caso de uma lei, de consultas públicas, ou mesmo no momento em que a decisão passa a dar resultados para a população, sejam eles positivos ou não) e também ao crivo dos órgãos de controle¹⁰.

A LINDB, nesse sentido, vem para somar-se a um conjunto de normas dispostas no CPC, também relevantes para a interpretação das fontes e aplicação das normas, tais como a razoabilidade e a proporcionalidade (artigo 8º do CPC), a ponderação e a boa-fé (artigo 489, §§ 2º e 3º). A esse arcabouço jurídico, insere-se o postulado do pragmatismo.

O artigo 20, entretanto, vai além de ser um postulado hermenêutico, pois impõe ao magistrado o dever específico de motivação, de modo que este não só deve considerar as consequências como deve, também, explicitar, na fundamentação, o caminho que seu raciocínio percorreu para chegar até elas.

O parágrafo único do artigo 20 reforça o dispositivo contido no artigo 93, IX da Constituição Federal, segundo a qual “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade”.

Assim, depois de debruçar-se sobre o princípio normativo que regula o caso e seus possíveis sentidos, e depois de atentar para as consequências práticas concebíveis provenientes da adoção desses possíveis sentidos, o papel do julgador é o de adotar a solução que, em comparação com as demais, demonstra ser a mais necessária e adequada. E isso é válido para qualquer solução que se chegue (seja a imposição de fazer, não fazer ou pagar quantia; tutela declaratória ou tutela constitutiva).

É preciso atentar, entretanto, para que o apelo às consequências não restrinja-se a prognoses vagas e não demonstradas, sendo utilizadas como artifício retórico para fazer valer, de forma velada, as preferências daquele(s) que decide(m), adentrando nas mesmas críticas que

¹⁰SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL, Fernando (Coord.). Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017, p. 23.

atualmente são direcionadas às decisões que se baseiam em princípios abstratos.

Ainda em sentido de alerta, vale frisar que o fato da norma ter exigido a consideração das consequências das possíveis soluções aplicáveis ao caso concreto não significa que a autoridade deve possuir a capacidade de antever todos os impactos de sua decisões, impondo-lhe uma condição sobre-humana¹¹. Segundo Marçal Justen Filho, o dispositivo exige, apenas, que a autoridade analise somente a relevância política, social e econômica das decisões que adotará, o que demanda a adesão deste à ideia de que o direito pode estar aberto aos *outputs* fornecidos por outras ciências sociais que sejam capazes de auxiliá-lo.

3. O PRAGMATISMO JURÍDICO E AS CONTRIBUIÇÕES DE RICHARD A. POSNER

Em que pese a divergência acerca dessa afirmação, muitos estudiosos compreendem que a maior contribuição dos Estados Unidos da América para a filosofia foi por meio do desenvolvimento da Escola do Pragmatismo, de modo que hoje é possível afirmar que esta corrente influencia diretamente o pensamento jurídico e o imbuí com seus ideais de praticidade e objetividade¹².

De acordo com o dicionário, pragmático é aquilo ““[...] suscetível de aplicações práticas; voltado para a ação”¹³. Em sentido análogo, no vernáculo popular, entende-se que a pessoa é pragmática quando esta é prática, realista e objetiva. Não se pode admitir que esta inferência está incorreta. Enquanto escola filosófica, o pragmatismo surge com o objetivo de distanciar do filósofo o papel de “idólatra do fútil”, transformando esta atividade em algo mais

¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB-Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, p. 13-41, 2018, p.30.

¹² GUERRA, Gustavo Rabay; DE ALMEIDA NETO, Luiz Mesquita; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O Processo Civil Pragmático e o Constitucionalismo Dialógico: Pressupostos para uma Discussão sobre Ativismo Judicial. *REI-Revista de Estudos Institucionais*, v. 3, n. 1, p. 649-676, 2017, p. 653.

¹³ BUARQUE DE HOLLANDA, Aurélio. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Nova Fronteira, 1986, p. 1377.

instrumentalizável¹⁴.

Em outras palavras, para os pragmatistas, a função da filosofia é a de encontrar aplicações práticas para fórmulas abstratas, pois teorias devem ser vistas como instrumentos, e não como respostas para enigmas. Assim, o Pragmatismo refuta a ideia de buscar a realidade por intermédio do exame da essência dos objetos para passar a buscar a verdade nas aplicações práticas dos objetos.

Charles Sanders Peirce é considerado o pai desse movimento filosófico¹⁵. Em seu escrito filosófico “*How to make our ideas clear*”, o estudioso evidenciava que o Pragmatismo é, antes de tudo, um método para tornar nossas ideias claras. Ainda nesse sentido, argumenta que nada novo pode ser aprendido quando analisa-se apenas definições¹⁶. Isso implica em dizer que, “(...)se a distinção não for operada na prática, não tem sentido ser estabelecida na abstração.”¹⁷. Peirce vislumbra o pragmatismo, portanto, como um método, e não como um corpo de uma doutrina filosófica.

Nesse sentido:

A teoria da significação de Peirce, desenvolvida no texto “Como tornar nossas idéias claras” consubstancia a crítica às distinções que se operam puramente no plano da abstração. Para o Pragmatismo não há sentido em distinguir algo no plano ideal se este não se diferencia no modo de expressão, na prática. É uma Filosofia que procura eliminar falsos (ilusórios) problemas criados na abstração e superar a obscuridade e confusão que distinções operadas unicamente em termos abstratos ocasionam. Nesse sentido, o método de clarificação conceitual de Peirce enuncia que o significado de algo está em suas conseqüências práticas concebíveis. E o conjunto de todos os efeitos práticos que pensamos poder ser produzidos pelo objeto de concepção é o conceito deste objeto. Como não se consegue identificar todos esses efeitos, o Pragmatismo de

¹⁴ GUERRA, Gustavo Rabay; DE ALMEIDA NETO, Luiz Mesquita; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O Processo Civil Pragmático e o Constitucionalismo Dialógico: Pressupostos para uma Discussão sobre Ativismo Judicial. REI-Revista de Estudos Institucionais, v. 3, n. 1, p. 649-676, 2017, p. 653.

¹⁵ Nesse sentido: “Ironicamente, apesar de fundador do movimento filosófico do Pragmatismo, Peirce só teve suas obras amplamente publicadas postumamente pela Universidade de Harvard, em uma coletânea de 8 volumes, que ficou conhecida por *Collected Papers*. Em nenhum desses trabalhos tratou da aplicação específica do Pragmatismo ao Direito, muito menos do raciocínio abduutivo para o meio jurídico. Peirce, todavia, além de apontar a riqueza do Pragmatismo para dar luz e vida a áreas do conhecimento como cosmologia e física, vislumbrou como poderosa e positiva a aplicação do Pragmatismo ao campo da moral, bem como a outros ramos que não são facilmente classificáveis.” NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Um método para a investigação das conseqüências: A lógica pragmática da abdução de C.S. Peirce aplicada ao Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2007, 114 f. Dissertação de Mestrado, p.19.

¹⁶ “Nothing new can ever be learned by analysing definitions”. PEIRCE, Charles Sanders. *How to make our ideas clear*. In: *Philosophical writings of Peirce*. Org. Justus Buchler. New York: Dover Publication, 1955. p. 25.

¹⁷ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Um método para a investigação das conseqüências: A lógica pragmática da abdução de C.S. Peirce aplicada ao Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2007, 114 f. Dissertação de Mestrado, p.14.

Peirce torna possível o constante aperfeiçoamento do significado, bem com o avanço no conhecimento. A idéia de falibilidade e continuidade lhe é imanente¹⁸.

Ultrapassada essa breve introdução sobre o que é o Pragmatismo filosófico (sendo aqui compreendido como a escola da filosofia que busca verificar afirmações somente por meio de suas consequências práticas e sobre os interesses da humanidade), adentra-se, agora, nas repercussões jurídicas do Pragmatismo Filosófico: O Pragmatismo Jurídico.

Pode-se afirmar que o Pragmatismo Jurídico objetiva explicar e apreender o elemento jurídico através da práxis em sua fenomenologia no meio social, ou seja: o Pragmatismo Jurídico quer aplicar os ensinamentos do Pragmatismo Filosófico ao Direito.

Ao decidirem casos difíceis ou comuns, os juízes precisam organizar uma ampla gama de informações diferentes, atribuindo pesos diversos para cada um dos elementos levados em consideração, com o intuito de apresentar uma decisão fundamentada e justificada. Assim, dentro e fora do Poder Judiciário, vozes divergentes valorizam um ou outro elemento posto diante do juiz, seja ele “(...) o texto da regra incidente, a finalidade da norma, as possíveis conseqüências de sua aplicação, os princípios mais gerais do sistema, a história por trás da elaboração do dispositivo ou da lei em questão são as possibilidades mais usuais”¹⁹. Essa preferência por um ou outro elemento parece sustentar a ideia de que eles são sempre incompatíveis, sobretudo no que concerne à dicotomia entre decisões pautadas na “deferência ao direito” ou na “análise das conseqüências”²⁰.

¹⁸ NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. Um **método para a investigação das conseqüências**: A lógica pragmática da abdução de C.S. Peirce aplicada ao Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2007, 114 f. Dissertação de Mestrado, p.41.

¹⁹ ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211, p.171.

²⁰ “Dando novo exemplo, em outro contexto, visando a apurar o modo como os principais responsáveis pelos procedimentos de tomada de decisão jurídica no país lidam com as relações entre os citados fatores, os juízes brasileiros foram recentemente convidados a manifestar a orientação que adotam diante do problema da multiplicidade de argumentos com fontes distintas para a justificação de decisões judiciais. Em pesquisa realizada em 2005 com o apoio da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Maria Tereza Sadek colocou uma amostra significativa de juízes brasileiros diante da seguinte pergunta: “do seu ponto de vista, as decisões judiciais devem orientar-se preponderantemente por parâmetros legais, atentar para suas conseqüências econômicas ou ter compromisso com suas conseqüências sociais. Os magistrados brasileiros em atividade afirmaram que os “parâmetros legais” continuam sendo um fator decisivo na tomada de decisão judicial (87%), seguidos de perto pelo “compromisso com as conseqüências sociais” (83,%) , ficando o “compromisso com as conseqüências econômicas” com um distante terceiro lugar (40,5%)” ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211, p.172.

Averiguar as consequências de uma determinada decisão, a priori, não é uma prática tradicional da doutrina brasileira quando da interpretação e aplicação de direitos. Nos Estados Unidos, entretanto, esse ponto vem sendo debatido há décadas sob roupagens diferentes “(...) os quais, ainda que possam compartilhar um conjunto de compromissos e teses similares, nem por isso deixam de guardar entre si diferenças relevantes -jurisprudência sociológica, realismo jurídico, pragmatismo jurídico”²¹.

Nesse sentido, a caracterização do que seria uma abordagem “pragmática” da conduta do julgador vem sendo aperfeiçoada há quase duas décadas pelo jurista norte-americano Richard Posner, um de seus maiores referenciais teóricos²²²³. Para Posner, o pragmatismo conteria mais de um significado, além de ser mais uma atitude e uma tradição do que uma doutrina propriamente dita. De modo geral, o autor traz uma versão do pragmatismo consistente na consideração, para fins de tomada de decisão, das consequências das possíveis alternativas a serem avaliadas no caso concreto, de forma que este não é um critério supletivo ou de desempate, mas uma das ponderações dentre outras a serem feitas²⁴. Vale ressaltar, ainda nesse sentido, que o juiz pragmático, para Posner, não irá adotar necessariamente medidas que tragam sempre as melhores consequências imediatas para o caso concreto, e sim atentar para as consequências sistêmicas de sua decisão, ou seja: o juiz pragmático deve tomar uma decisão que traga melhores consequências para o sistema judicial como um todo, no longo prazo.

O pragmatismo do autor, ainda, traz a visão do direito como sendo uma atividade; como sendo algo funcional, mesmo que as mudanças no âmbito jurídico, muitas vezes, não se dêem de forma racional ou lógica. Apesar disso, entretanto, o direito viria se prendendo aos próprios dogmas, enquanto, ao invés disso, poderia se beneficiar substancialmente de uma maior interação com as demais áreas do conhecimento²⁵.

²¹ ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In SARMENTO, Daniel. Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211, p.173.

²² POSNER, Richard. Fronteiras da Teoria do Direito. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

²³ Assim, “(...) pode-se afirmar que Richard Posner é um dos mais relevantes teóricos da teoria jurídica atual, com um papel fundamental na constituição da Análise Econômica do Direito e na sua consolidação e difusão. Ainda, Posner atua até hoje na disseminação da Análise Econômica do Direito e continua sendo um dos principais responsáveis pelo seu sucesso.” NÓBREGA, Flavianne Fernanda et al. Richard Posner. In: Vinícius Klein e Sabrina Maria Fadel Becue (org). Análise Econômica. Curitiba: CRV, 2019.

²⁴ POSNER, Richard A. Law, pragmatism, and democracy. Harvard University Press, 2005.

²⁵ POSNER, Richard A. Um manifesto pragmático. In: Problemas da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp.607-627.

Assim, para Posner, o pragmatista deveria substituir as abstrações, os princípios fixos, os sistemas fechados e os pressupostos absolutos por concretude, por fatos, e por ação²⁶, de modo que o magistrado pragmático é empiricista (o que não significa, entretanto, que este tenha aversão a toda e qualquer teoria, pois o autor encoraja a utilização de teorias que tragam o debate judicial para perto de discussões e problemas empíricos)²⁷.

Arguelhes e Leal conceituam o pragmatismo de Posner por três elementos básicos: 1) os juízes devem decidir levando em conta as melhores consequências sistêmicas (ou seja: as melhores consequências para o sistema judicial como um todo no longo prazo, e não, simplesmente, os melhores resultados imediatistas para aquele determinado caso concreto; 2) o foco do pragmatismo é o futuro, de modo que este só se volta para o passado na medida em que isso permite a tomada de boas soluções para o caso em concreto; e c) o pragmatismo jurídico determina uma postura mais empiricista, evitando debates abstratos, que não tenham relevância prática²⁸.

Os autores destacam, ainda, que Posner faz a distinção entre o pragmatismo filosófico do *pragmatist mood*, uma vez que o pragmatismo seria mais que a mera aplicação da filosofia pragmática à atividade jurisdicional. Arguelhes e Leal explicam, ainda nesse sentido, que o pragmatismo filosófico clássico seria uma concepção fundamentada em três bases: antifundacionalismo, contextualismo e consequencialismo. Essa corrente, portanto, traria um programa de trabalho. Em outras palavras, a corrente traria um método, mas não uma solução, enquanto que o pragmatismo jurídico, por sua vez, seria independente dessas teses²⁹.

Desse modo, para Posner, a insuficiência do formalismo estrito, assim como o da hermenêutica e das demais correntes interpretativas, torna necessária uma abordagem pragmática do direito, levando em consideração que este é uma prática social no âmbito de uma

²⁶ POSNER, Richard A. *Law, pragmatism, and democracy*. Harvard University Press, 2005.

²⁷ “O pragmatismo jurídico recomenda aos juízes que utilizem apenas aquelas abstrações e conceitos que promovam discussões com relevância prática para o caso e nas quais os argumentos sejam empiricamente fundados”. ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211, p.187-188.

²⁸ ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211.

²⁹ ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In SARMENTO, Daniel. *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211.

sociedade heterogênea. Segundo o jurista, não haveria “verdade”, bem como não haveria “resposta correta”, pois na verdade deve-se objetivar o encontro do melhor dentre as alternativas existentes, considerando, ademais, suas consequências sistêmicas e mantendo sempre aberta a possibilidade de mudar de entendimento³⁰.

Pensar o direito por meio da ótica pragmatista é, portanto, compreendê-lo em termos comportamentais, ou seja, o direito passa a ser definido pela atividade realizada pelos juízes, que fazem o direito e não simplesmente o “encontram”; são criadores e não reprodutores do direito. O juiz pragmatista considera consequências de decisões alternativas, que podem ser embasadas por diferentes fontes, sejam elas jurídicas ou não³¹.

É possível afirmar, dessa forma, que juízes pragmatistas utilizam-se de um método comparativo-consequencialista, ou seja: eles averiguam comparativamente diversas hipóteses de resolução de um caso concreto levando em consideração as suas consequências. De todas as possibilidades de decisão, o magistrado pragmatista tentará supor consequências, e do confronto destas, buscará selecionar a que lhe parecer melhor³².

A melhor decisão para o pragmatista, portanto, é aquela que melhor corresponder às necessidades humanas e sociais. Um magistrado pragmatista é aquele que se preocupa em intervir na realidade social, não se encontrando fechado dentro do sistema jurídico. A concepção pragmatista do direito traz a necessidade de que sejam adotados recursos, muitas vezes, não-jurídicos em sua aplicação, e que se recebam, frequentemente, contribuições de outras disciplinas em sua elaboração. Assim, além das usuais fontes do direito, sejam elas autoritativas ou não, os juízes pragmatistas, ao elaborarem suas decisões, se valem, também, de outras considerações, como, por exemplo, as de ordem ética e política³³.

Ao contrário das abordagens positivas e formalistas do direito, o pragmatismo não se compromete com os tradicionais imperativos da segurança ou certeza jurídica, pois seu compromisso é com as necessidades humanas e sociais. Logo, objetiva utilizar os conceitos e

³⁰ POSNER, Richard A. Um manifesto pragmático. In: Problemas da filosofia do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp.607-627.

³¹ EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. Novos Estudos CEBRAP, v. 62, p.107-121, 2002, p.112.

³² EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. Novos Estudos CEBRAP, v. 62, p.107-121, 2002, p.112.

³³ EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. Novos Estudos CEBRAP, v. 62, p.107-121, 2002, p.113.

normas jurídicas como ferramentas que atendam a essas necessidades, o que implica que o direito ajuste suas próprias categorias com a finalidade de se adequar às práticas da comunidade extra-jurídica. O juiz pragmatista tem seu foco no futuro, e por isso decide de acordo com as consequências que a sua decisão pode ensejar, buscando sempre o melhor resultado possível³⁴³⁵.

O pragmatismo jurídico, portanto, não é uma teoria abstrata sobre a prática do direito (como dito anteriormente)³⁶; mas é, também, um modo de se exercer esta própria prática. Sendo assim, seu desenvolvimento teórico não pode e nem deve se dar isoladamente na academia, sendo necessário identificar e ampliar seu conteúdo e substância, o que só pode ser feito através da atividade cotidiana e paulatina dos magistrados, e de sua análise e compreensão.

4. O PRAGMATISMO JURÍDICO E OS PROCESSOS ESTRUTURAIS

O processo judicial, via de regra, é pensado como uma controvérsia privada e episódica entre autor e réu, abstratamente conformada na fórmula da “relação jurídica processual”, na qual se contrapõem dois interesses unitários, diametralmente opostos, a serem decididos numa lógica de que “o vencedor leva tudo”³⁷.

Esse tipo tradicional de litígio clássico pode ser anetodizado da seguinte forma: suponha-se um episódio em que duas pessoas, no Estado de natureza, disputem um determinado bem e, uma vez que atingem o impasse, decidem delegar a um terceiro imparcial a solução do litígio. As cortes, nesse sentido, seriam a institucionalização deste terceiro e a jurisdição,

³⁴ EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. *Novos Estudos CEBRAP*, v. 62, p.107-121, 2002, p.112.

³⁵ Nesse sentido: “O pragmatismo jurídico é, portanto, uma teoria sobre como usar a teoria. Ao perguntar-se “como funciona o direito”, o pragmatismo responde apontando para a heterogeneidade de recursos utilizados pelo direito a fim de produzir resoluções políticas para disputas que precisam ser formatadas em termos apolíticos e abstratos. Um juiz pragmatista será então, antes de tudo, um criador do direito. Ao decidir, ele se torna servo das necessidades humanas e sociais, dando primazia às possíveis consequências de seu julgamento. O pragmatismo jurídico implica assim que aquele que opera com a aplicação do direito adote um ponto de vista experimental, secular, instrumental e progressivo, isto é, orientado para o futuro.” EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política. Novos Estudos CEBRAP*, v. 62, p.107-121, 2002, p.109-110.

³⁶ EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. *Pragmatismo, direito e política. Novos Estudos CEBRAP*, v. 62, p.107-121, 2002, p.109.

³⁷ CHAYES, Abraham. *The role of judges in Public Law litigation*, Cambridge: Harvard Law Review, 1976, p.1287.

consequentemente, o meio pelo qual a tarefa resolutive se exerce³⁸. Apesar desse tipo de raciocínio servir razoavelmente bem às lides tradicionais – de caráter eminentemente individuais e patrimoniais – existem sérias dúvidas de que esse modelo seria capaz de abarcar a totalidade de problemas policêntricos contemporaneamente sindicados, sobretudo no campo das políticas públicas.

Um exemplo claro dessa insuficiência pode ser imaginado ao hipotetizar um problema que envolva a falta de vagas em uma creche pública de um determinado município. Diante de demandas levadas ao Judiciário pleiteando a abertura de mais vagas, algumas “soluções” poderiam ser:

a) cada indivíduo demanda, em uma ação individual, a sua vaga. Nessa hipótese, as respostas judiciais poderiam ser: i) a de declarar a improcedência da ação, por entender que o demandante não é titular do direito pretendido – e essa resposta, talvez, à luz da Constituição, não seja a melhor alternativa, pois o direito à educação é uma garantia fundamental que não pode esperar -. ii) A concessão da tutela antecipatória, determinando a criação de vagas imediatamente, para que as crianças não tivessem seu direito fundamental prejudicado de forma alguma – neste caso, apesar de resolver o problema de uma única criança, cujos pais tiveram a oportunidade de judicializar o pleito, o julgador poderia estar formulando uma resolução inadequada, pois sua decisão “furaria a fila” de outros indivíduos que encontram-se na mesma situação e, necessariamente, necessitariam de um tratamento igual, mas não foram buscar a tutela jurisdicional por falta de informação, proatividade ou quaisquer outros motivos, que não justificam, de toda forma, a proteção desigual de um mesmo direito. Ou iii) a concessão de uma tutela antecipatória determinando que o Estado pague a estadia daquela criança (em específico), em uma escola particular. Essa solução, todavia, a longo prazo, não teria sustentabilidade, pois pode não haver disposição orçamentária para tanto (sobretudo se, depois disso, mais ações individuais fossem judicializadas e o Estado tivesse que arcar com a mensalidade de todas as crianças cujos pais buscaram, também, a tutela jurisdicional) e, também, não haveria como igualar o regime dispensado aos litigantes e aos não litigantes.

³⁸ FISS, Owen et al. **The law as it could be**. NYU Press, 2003, p.51.

b) Outra hipótese possível poderia ser todos os pais demandarem, em conjunto, através de litisconsórcio ou ação coletiva. Nessa hipótese, as respostas judiciais poderiam ser: i) improcedência da demanda, de forma que os resultados práticos seriam incongruentes com o compromisso constitucional pelas mesmas razões descritas anteriormente; ii) a procedência do pedido em litisconsórcio, hipótese na qual o magistrado, ainda assim, priorizaria aqueles que foram a juízo o que poderia dar ensejo a injustiças e tratamento desigual a indivíduos que se encontram numa mesma situação; iii) a procedência da ação coletiva, situação na qual poderia ser possível que houvesse, por parte do Judiciário, uma determinação genérica para que o Estado providenciasse vagas para todos os sujeitos naquela situação de forma imediata, mas sem que fosse estabelecida uma base sólida para o cumprimento da medida, o que pouco transformaria a realidade, uma vez que a saída priorizaria uma solução momentânea, olvidando que problemas referentes à educação são perenes. A probabilidade de que os mesmos dissídios voltassem a ocorrer, no médio-longo prazo, seria considerável.

É inegável que esse gênero de demanda não comporta grande dilação probatória apriorística. Em regra, a decisão que solucionará o caso será pautada em cognição parcial e sumária – concedida a limitar, o caso estará, na prática, resolvido - . Denegada a tutela provisória, o caso também estará resolvido.

O caso hipotético apresentado poderia ser substituído, sem maiores problemas e sem comprometer a lógica e propósitos centrais da história, por: demandas de medicamentos perante o Sistema Único de Saúde (SUS)³⁹; superlotação carcerária (como, inclusive, já ocorreu no famoso caso da ADPF 347⁴⁰ e na FUNDAC⁴¹, em primeira instância, no estado do Rio Grande

³⁹ Barroso, ao tratar sobre a judicialização de políticas públicas e suas falhas argumenta que: “exemplo emblemático nessa matéria tem sido o setor de saúde. Ao lado de intervenções necessárias e meritórias, tem havido uma profusão de decisões extravagantes ou emocionais em matéria de medicamentos e terapias, que põem em risco a própria continuidade das políticas públicas de saúde, desorganizando a atividade administrativa e comprometendo a alocação dos escassos recursos públicos” BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 21.03.2020. p. 13”.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. Diário Oficial da União. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 25 jan. 2021.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Ação Civil Pública que objetivava a realização de uma reforma institucional da FUNDAC/RN a fim de promover sua adequação às normas do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo instituídas pela Lei nº 12.594/2012. Ação Civil Pública nº. 0108149-70.2014.8.20.0001. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, Estado do Rio Grande do Norte e Fundação Estadual da Criança e do Adolescente. Relator: João

do Norte); falta de vagas em creches públicas (como no caso da judicialização das vagas em creche no Município de Campinas/SP⁴²) ; demandas por leitos em hospitais públicos e tantas outras que assolam o cenário pátrio. Independentemente da circunstância, o fato é que o arquétipo adjudicatório bipolarizado não consegue tratar os revezes sociais em sua integralidade e, muitas vezes, até cria novos problemas ou exacerba os existentes.

Uma demanda que pretende a inserção de um determinado indivíduo em uma vaga em uma instituição de educação pública, em nada corresponde a um interesse puramente particular. O mesmo pode ser observado em demandas sobre políticas públicas em geral: há interesses que exorbitam a relação processual limitada aos dois polos.

Nesse cenário em que vigora o modelo de processo bipolarizado, exigir que cada afetado busque a tutela individual de seu direito ainda é a solução que continua a preponderar. Suas consequências, todavia, sobretudo quando envolvem o controle jurisdicional de políticas públicas, tendem a agravar o problema, seja porque, para guardar a qualidade das decisões não será possível a análise de todas as controvérsias ou porque, para dar conta das demandas, a prestação jurisdicional será sacrificada qualitativamente⁴³.

Ademais, a via individual é excludente: o acesso à justiça pela via individual se torna tanto mais árdua quanto mais latente for a hipossuficiência econômica e cultural do indivíduo. Isso porque elas concedem, em geral, privilégios àqueles que já se encontram em situação “menos desfavorável”, priorizando-se os que primeiramente exercitam o direito de ação.

Outro problema, ainda nesse diapasão, é que o Poder Judiciário se vê obrigado a responder a uma demanda geometricamente⁴⁴ crescente, o que acaba por impor medidas

Rebouças. Rio grande do Norte, BRASIL, 29 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cpo/pg/open.do>>. Acesso em: 14 jan.2019.

⁴² Nesse sentido: “Há vários casos que exemplificam a necessidade de adoção de um novo modelo para os litígios irradiados. Por exemplo, apenas em 2014, o Município de Campinas matriculou em creches 3.068 crianças em cumprimento de determinações judiciais proferidas em ações individuais. Essas milhares de ordens são apenas a continuidade de um fenômeno que já dura anos, sendo registradas 1.692 liminares em 2013, 1.547 em 2012 e 1.742 em 2011. Em quatro anos, portanto, o Poder Judiciário do estado de São Paulo foi sobrecarregado com mais de 8 mil processos idênticos e proferiu decisões para que crianças fossem matriculadas em estabelecimentos educacionais, independentemente de avaliação das estruturas disponíveis. O resultado, ao final do período, é a superlotação das salas de aula e a redução da qualidade do serviço prestado” LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional, 2016, p.19.

⁴³ ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2014. p. 150-151.

⁴⁴ “na verdade, é inútil inflar a estrutura judiciária, na tentativa de acompanhar o crescimento geométrico da demanda por justiça, na medida em que essa estratégia leva, ao fim e ao cabo, a oferecer mais do mesmo (mais

voltadas à quantidade ao invés de qualidade, exigindo um enorme investimento – por parte do Estado – e um ciclo sem fim de problemas, incapaz de acompanhar as constantes exigências sociais.

Por fim, destaca-se que a judicialização de diversas demandas individuais pode gerar contradições decisórias e possíveis arbitriedades nas decisões tomadas pelo Judiciário, sobrelevando as irracionalidades nas deliberações políticas, sobretudo dos pontos de vista financeiro e organizacional.

Demandas individuais tendem a tentar transformar um problema grave em uma discussão singela, como, por exemplo “o direito à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a um indivíduo determinado?”. Nesse caso, limita-se a lidar a um conflito entre o direito fundamental à vida (daquele que precisa do medicamento para sobreviver) *versus* o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor)⁴⁵. Visto dessa perspectiva, a discussão mascara o real problema: a política pública de saúde nacional, disfarçando o fato de que aquilo que está em jogo, de fato, é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país.

Demandas individuais como essas, como por um passe de mágica, convertem um problema que é extremamente grave em uma discussão singela: o direito fundamental à saúde pode ou não impor a prestação de determinado tratamento específico a indivíduo determinado? Ou, em outros termos, reduz o problema a um conflito entre o direito fundamental à vida e à saúde (daquele que busca o medicamento como forma para sobreviver) *versus* o interesse patrimonial do Estado (que se nega a custear o remédio para o autor). Sob esse ângulo, a discussão parece muito simples e sua solução, evidente. Porém, o que na realidade esse processo individual faz é ocultar o verdadeiro conflito: a política pública de saúde nacional. Realmente, esse tipo de demanda obscurece o fato de que, aquilo que está em jogo nessa causa, é a discussão sobre como devem ser distribuídos os recursos reservados à saúde no país⁴⁶.

processos – mais crescimento físico da máquina judiciária), pondo em risco o equilíbrio com os demais Poderes e minando a desejável convivência harmoniosa entre eles: com o Executivo, assoberbado com as incessantes requisições de verbas orçamentárias para o crescente custeio da justiça estatal; com o Legislativo, acuado ante a diminuição de seu espaço institucional, por conta dos avanços do ativismo judiciário em áreas tradicionalmente reservadas à chamada reserva legal” MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 27.

⁴⁵ Nesse sentido: “(...) frequentemente, o Poder Judiciário, diante de quadros de violações massivas, generalizadas e sistemáticas a direitos fundamentais, provenientes de ações e/ou omissões do próprio Poder Público, decide questões como se individuais fossem, sem que seja desenvolvida alguma medida para quebrar com o ciclo vicioso de falhas estruturais ou que se trate, efetivamente, a fonte do problema” LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. *Repensando o Papel da Jurisdição nos Litígios Estruturais de Interesse Público: Do ativismo antidialógico à decisão compartilhada*. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, 2020.

⁴⁶ ARENHART, Sérgio Cruz. *Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão*. *Revista de Processo Comparado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 02, 2015. p. 3.

Entende-se que a tomada de medidas paliativas e particularizadas, que preocupam-se apenas em combater as consequências das violações estruturais, são incapazes de sanar as verdadeiras causas do problema. E isso traz à baila o seguinte: ou se assume que a jurisdição não é o *locus* próprio para o desenho e implementação de políticas públicas, ou se concebe que, embora padeça de limitações, a função jurisdicional não pode mais ser afastada da concretização dos valores públicos. As conclusões do presente estudo filiam-se à segunda possibilidade.

Nesse sentido, apresenta-se o processo judicial estrutural enquanto ferramenta disponível tanto ao magistrado, como aos legitimados para a proposição de ações coletivas, entendendo-se este como “aquele no qual o juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes”⁴⁷.

A morfologia do processo estrutural, dessa forma, pode ser definida da seguinte forma: 1) estrutura policêntrica das partes; 2) preocupação prospectiva da tutela; 3) objeto do processo construído pelas partes e pelo juiz; 4) participação contínua dos juízes no processo de desenvolvimento e implementação da medida⁴⁸. Seu enfoque se desloca da reparação de violação pontual do direito à reestruturação do estado de coisas transgressivo, tendo como função desestabilizar o *status quo* vigente, operando como um marco inicial na direção de um novo estado de coisas, trazendo à tona o debate sobre a violação de direitos existente.

Vale ressaltar, ainda nesse contexto, que não obstante a aparente superlativização do papel do magistrado, a eficiência do processo (o seu êxito), bem como as expectativas que são

⁴⁷ FISS, Owen. *The Forms of Justice*. Cambridge: Harvard Law Review, v. 93, p. 1-58, 1979, p.9.

⁴⁸ O conceito exato daquilo que Chayes prevê é: “The public law litigation model portrayed in this paper reverses many of the crucial characteristics and assumptions of the traditional concept of adjudication: (1) The scope of the lawsuit is not exogenously given but is shaped primarily by the court and parties; (2) The party structure is not rigidly bilateral but sprawling and amorphous; (3) The fact inquiry is not historical and adjudicative but predictive and legislative; (4) Relief is not conceived as compensation for past wrong in a form logically derived from the substantive liability and confined in its impact to the immediate parties; instead, it is forward looking, fashioned ad hoc on flexible and broadly remedial lines, often having important consequences for many persons including absentees; (5) The remedy is not imposed but negotiated; (6) The decree does not terminate judicial involvement in the affair; its administration requires the continuing participation of the court; (7) The judge is not passive, his function limited to analysis and statement of governing legal rules; he is active, with responsibility not only for credible fact evaluation but for organizing and shaping the litigation to ensure a just and viable outcome; (8) The subject matter of the lawsuit is not a dispute between private individuals about private rights, but a grievance about the operation of a public policy. CHAYES, Abraham. *The role of judges in Public Law litigation*, Cambridge: Harvard Law Review, 1976, p.1302.

criadas em torno dele, não devem partir de maximizações irrealistas, mas de análises realísticas diante da conjuntura sócio-política em que se insere.

Margo Schlanger⁴⁹, nesse sentido, argumenta que as ações estruturais não se limitam a ser um movimento jurisdicional, pois envolvem, imprescindivelmente, práticas políticas. Apesar dos tribunais começarem, muitas vezes, a análise desses casos, o fato de continuarem ou não a serem arenas de discussão no processo, bem como os fracassos ou sucessos advindos da sentença, não estão limitados à vontade e ao papel do Poder Judiciário, pois envolvem objetivos, recursos e ações de muitos grupos e atores, filtrados através das regras do litígio. Dessa forma, para a autora, quando os doutrinadores analisam demandas estruturais, necessariamente, devem considerar não apenas o papel que o juiz exerce no procedimento, mas também o papel de todos os envolvidos direta ou indiretamente no caso *sub judice*.

Não existem remédios milagrosos que permitam a uma corte, um tribunal ou a um juiz de primeira instância, por exemplo, transformar a realidade através de uma atuação monocrática, sobretudo tendo em vista que a concretização de valores públicos exige um procedimento contínuo de aprimoramento que envolve tanto o sistema de justiça, quando as instâncias majoritárias e a sociedade civil organizada. O processo estrutural é um instrumento que viabiliza acertos mas abre a possibilidade para erros também, e isso não deve ser visto de forma negativa.

Provocar mudanças substanciais na concretização e/ou execução de questões estruturais requer um procedimento judicial cauteloso e consequencialista, preocupado com o caráter público e o alcance coletivo do processo. A compreensão da função e formatação do litígio estrutural são importantes para o reforço da sugestão de que transformações sociais só são viáveis através de esforços compartilhados entre uma ampla gama de atores, sem os quais a decisão judicial, muito provavelmente, terá um cunho meramente declaratório.

Por mais dolorosa que a lógica do processo estrutural possa parecer ela é, antes de tudo, justa; afinal, enquanto a estrutura não operar de modo adequado, não será possível atender a todos de forma igualitária⁵⁰, mas, tão somente, a pequenas frações de problemas

⁴⁹ SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. Michigan Law Review, v. 97, n.6, p.1-44, 1999, p.30.

⁵⁰ VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática. Salvador: Juspodium, p.223.

multidimensionais, com o enfoque enviesado somente em suas consequências mais aparentes⁵¹.

Atender àqueles que procuraram o Poder Judiciário é mais fácil, mas esse atendimento abre margem para desigualdades, afinal, a lógica de “*first come, first served*” (quem chegar primeiro, será servido), é o pior critério possível. É melhor que questões como saúde, moradia e educação, por exemplo, sejam resolvidas por meio de critérios que priorizem aqueles que estão mais necessitados⁵².

A não concessão de um direito a uma pessoa real sempre vai ser um ato pungente. Entretanto, ao tratar de políticas públicas, não é adequado se sensibilizar pela situação isolada de um determinado indivíduo e negligenciar o sistema como um todo. É preciso enxergar que a concessão de medidas que minorem as injustiças temporais decorrentes dos processos estruturais – mediante, por exemplo, a concessão de tutela provisória – gera um falso sentimento de resolução do problema, que só se estende aos litigantes que se apresentam em juízo⁵³.

Portanto, se a utilização do pragmatismo através do artigo 20 da LINDB já é importante em questões gerais, parece ser ainda mais importante aos chamados “litígios estruturais”. Isso porque referidos litígios possuem causalidade complexa, solução indeterminada e, não raramente, desenvolvem-se em contextos que lidam com limitações materiais e orçamentárias, demandando um tipo de olhar aderente ao caso concreto⁵⁴. A dinâmica desse tipo de processo não comporta lides cujos contornos restringem-se a disputas entre “A” e “B”, de modo que as respostas disponíveis que partem dessa lógica fogem da real necessidade em questão.

Ainda nesse sentido, processos estruturais demandam uma ampla participação dos segmentos sociais afetados, bem como de profissionais de outras áreas do conhecimento que

⁵¹ Nesse sentido, interessante mencionar o estudo comparativo realizado por Brinks e Gauri com dados de processos relacionados a prestações de saúde pública envolvendo cinco países: Índia, Brasil, África do Sul, Indonésia e Nigéria. Os autores concluíram que, com exceção da Nigéria, o Poder Judiciário brasileiro foi o que obteve os piores resultados concretos no que concerne aos impactos sociais de suas decisões. Os demais países avaliados conseguiram, com um número de julgamentos consideravelmente inferior, mudar a vida de mais pessoas, tendo em vista que deram enfoque em aspectos estruturais do problema, como falhas regulatórias ou deficiências prestacionais que afetavam toda a população, e não somente os demandantes. BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triángulos y diálogos: nuevos paradigmas en la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (Org). Por una justicia dialógica: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

⁵² Decisões individuais são tomadas de maneira não racionalizada, fazendo com que o problema em questão, ao longo do tempo, não seja resolvido ou sequer atenuado.

⁵³ VITORELLI, Edilson. Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática. Salvador: Juspodium, p.203.

⁵⁴ OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticismo” e os “processos estruturais”. Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020, p.273.

possam auxiliar na superação do problema que se pretende superar. Isso porque somente através da análise das reais necessidades das vítimas e de relatórios acurados acerca da temática em questão é que se torna possível formular medidas estruturais efetivas. Em outras palavras, para que transformações sociais proficuas aconteçam por meio de processos estruturais, é necessário um olhar empírico da realidade social.

No que concerne à participação das vítimas, destaca-se a possibilidade de realização de audiências públicas, ideais para que a população e a comunidade diretamente ligada ao problema participem ativamente do processo de construção de soluções Garantidas na Constituição Federal de 1988 e reguladas por leis federais, constituições estaduais, leis orgânicas municipais e a lei orgânica do Distrito Federal.

No que toca à participação de um especialista no tema, capaz de auxiliar o Poder Judiciário, a figura *amicus curiae* aparece enquanto ferramenta interessante e pragmática para o desenvolvimento processo estrutural. Isso porque possibilita a admissão de um terceiro, geralmente especializado em determinada área do conhecimento, para que este auxilie na instrução do processo ou, até mesmo, na discussão jurídica. Assim, nos casos em que se faz necessário um conhecimento mais específico acerca de um determinado tema (como, por exemplo, em políticas públicas), admite-se o ingresso de um terceiro desinteressado (sendo assim considerado porque não assume qualquer posição subjetiva entre as partes no processo) que atua promovendo conhecimentos empíricos sobre os fatos sobre os quais tem conhecimento.

Apesar do maior destaque para o instituto ter ocorrido com a previsibilidade de participação desta figura nos processos de competência do Supremo Tribunal Federal, por meio de normas como, por exemplo, a Lei nº 9.868/99 - que previa, expressamente, no seu art. 7º, §2º, que o relator admitisse a manifestação de órgão ou entidade, sobre a matéria ali discutida -; a Lei que trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) - Lei nº 9.882/99 -; e a norma que fundamenta a edição de súmulas vinculantes - Lei nº 11.417/06 -; o Código de Processo Civil (CPC de 2015 aprofundou e generalizou o instituto. Isso porque passou a admitir a presença (ou pelo menos a previsão, em abstrato, da possibilidade da presença) do *amicus curiae* em todos os processos da órbita civil, com base no no art. 138,

CPC/2015⁵⁵.

A figura do *amicus curiae* é congruente com o Pragmatismo Jurídico, pois valoriza a participação de profissionais e especialistas sobre a matéria fática que está em análise no caso *sub judice*.

Posner, nesse sentido, destaca que:

(...), o trabalho do economista no que se refere às políticas e práticas acerca do interesse público, tanto as vigentes quanto aquelas que se propõem, consiste essencialmente em advertir-nos sobre as consequências que os não economistas tendem a negligenciar e que frequentemente, embora nem sempre, são adversas ou no mínimo onerosas. Essa aplicação da economia deve ser bem-vinda pelos advogados que julguem importante descobrir quais são as consequências reais das doutrinas e instituições jurídicas, inclusive aquelas que os profissionais do direito consideram intocáveis⁵⁶.

Parece, assim, haver uma conexão quase que necessária entre os ditos “processos estruturais” e o pragmatismo, já que esse tipo de processo parece demandar uma preocupação constante com as consequências e com os impactos concretos da atividade jurisdicional⁵⁷. Isso porque, apesar do julgador adotar medidas com o intuito de sanar o estado de coisas que viola direitos de maneira reiterada e massiva, essas medidas são uma espécie de “hipótese de teste”, passíveis de sucesso ou falha.

Ao contrário da tradicional abordagem dogmática que é usualmente realizada no processo civil brasileiro, o processo estrutural envolve procedimentos indeterminados, cascadeados e condicionados, que demandam do julgador a busca por uma saída atenta aos possíveis desdobramentos e impactos da decisão proferida⁵⁸.

⁵⁵ TALAMINI, Eduardo. *Amicus Curiae no CPC/2015: Amicus curiae – comentários ao art. 138 do CPC*. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (Orgs.). *Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

⁵⁶ POSNER, Richard. *Fronteiras da Teoria do Direito*. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p. 33.

⁵⁷ OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticismo” e os “processos estruturais”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020, p.269.

⁵⁸ OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “praticismo” e os “processos estruturais”. *Revista de Direito Administrativo*, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020, p.272.

5. CONCLUSÃO

É certo que não é possível a prolação de decisões judiciais que eliminem todas as fontes de subjetividade interpretativa, mas o artigo 20 da LINDB parece tentar suprir, em grande medida, a forma como o direito brasileiro vem sendo interpretado e aplicado - sobretudo pelos controladores – e como essa interpretação tem viabilizado ineficiências gerenciais graves.

Isso ocorre, muitas vezes, em detrimento de dogmas irrealistas, tal qual o da “completude do ordenamento jurídico”, que ainda faz com que muitos julgadores acreditem ser sempre possível identificar, entre princípios e regras explícitas ou extraíveis da Constituição, das leis e das normas infralegais, a solução específica vinda diretamente do direito para todo e qualquer problema social ou questão prática⁵⁹. Esse ponto é problemático, uma vez que facilita o afastamento de soluções igualmente possíveis de acordo com outros campos tão importantes ou até mais importantes que o direito para o caso em concreto.

Um claro exemplo é a judicialização da saúde, que tem, para muitos juristas, mais importância que as condições materiais para implementá-lo. Alguns até defendem que essas condições materiais são juridicamente irrelevantes e que o operador do direito não deve levá-las em consideração. Assim, muitas são as concessões de liminares favoráveis à garantia de tratamentos e medicamentos caros, por exemplo, que acabam impactando o orçamento governamental de forma significativa – e prejudicam ou dificultam o oferecimento de outros tratamentos médicos para outros cidadãos que se encontram em situações iguais ou semelhantes⁶⁰.

As consequências desse *modus operandi* para a Administração Pública são nefastas e provocam pressão sobre o gestor público, ao qual acaba sendo atribuída a culpa por ineficiências ou limitações que fogem do seu controle.

Ademais, vale a lembrança de que a coordenação e o gerenciamento de alguns serviços públicos são simplesmente complexos e lidam com uma quantidade relativamente grande de

⁵⁹ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB-Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, p. 63-92, 2018, p.67.

⁶⁰ JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB-Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, p. 63-92, 2018, p.69.

variáveis, não sendo possível, muitas vezes, o simples argumento da “má-gestão” ou “omissão” política⁶¹.

Os processos estruturais, nessa senda, aparecem enquanto alternativa interessante ao enfrentamento de falhas estruturais e ao devido tratamento judicial de questões que dizem respeito a políticas públicas. Isso porque, apesar do envolvimento necessário dos juízes em quesitos que dizem respeito à alocação de recursos públicos, a participação pública e o diálogo entre os demais ramos do Poder são encorajados nesse tipo de processo, possibilitando a construção de soluções conjuntas e participativas. Ainda nesse sentido, essa abertura abre espaço para o experimentalismo, assumindo que a efetivação de direitos fundamentais por meio de políticas públicas acontece por intermédio de um ciclo de “tentativa -> erro -> reformulação -> tentativa -> acerto” (não necessariamente nessa ordem), e que o Direito exerce um papel limitado na produção de transformações sociais profícuas.

Processos estruturais, portanto, permitem que juízes desempenhem um papel importante na superação de contextos disfuncionais que geram a violação de direitos fundamentais, sem, contudo, atribuí-los uma função hercúlea. Entender que políticas públicas precisam, necessariamente, de uma abordagem interdisciplinar, é enxergar o processo civil por meio de uma visão pragmática, cabendo ao julgador compreender as suas limitações.

Essas limitações, todavia, não devem ensejar um tratamento individualista de questões com cunho notadamente coletivo, pois isto poderia ocasionar problemas ainda maiores, bem como ferir o princípio da igualdade. A compreensão das limitações deve ensejar, tão somente, um enfrentamento multifacetado dos problemas complexos adinvidos das falhas estruturais, denotando a necessidade do diálogo e da colaboração. Ainda que assistidos, é certo que os magistrados, nos processos estruturais, terão que tomar medidas e prolatar decisões complexas. Para tanto, é necessário que analisem com cautela as possíveis consequências delas advindas, a fim de que obtenham, na medida do possível, bons resultados. Analisar as consequências não implica em dizer que os julgadores estarão sempre corretos. Todavia, essa é mais uma forma de tentar garantir que as decisões judiciais tenham efeitos produtivos e responsáveis, refutando, na medida do possível, um ativismo autorreferenciado ou antidualógico.

⁶¹ VITORELLI, Edilson. *Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática*. Salvador: Juspodium, p.203.

O artigo 20, dessa forma, parece ter vindo com o intuito de trazer limitações materiais, bem como a necessidade de observância dos contextos fáticos para o centro da implementação das normas do direito, propiciando soluções mais pragmáticas (e, portanto, mais eficazes), o que é consideravelmente interessante em casos que envolvem litígios estruturais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Francisco Sérgio Maia. O novo paradigma da decisão a partir do art. 20 da LINDB: análise do dispositivo segundo as teorias de Richard Posner e Neil MacCormick. **Revista de Direito Administrativo**, v. 278, n. 3, p. 113-144, 2019, p.115.

ARGUELHES, Diego Werneck, LEAL, Fernando. Pragmatismo como [Meta] Teoria Normativa da Decisão Judicial: Caracterização, estratégias e implicações. In SARMENTO, Daniel. **Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, pp. 171-211.

ARENHART, Sérgio Cruz. A tutela coletiva de interesses individuais: para além da proteção dos interesses individuais homogêneos. São Paulo: RT, 2014. p. 150-151.

ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: reflexões a partir do caso da ACP do carvão. **Revista de Processo Comparado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. 02, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo. Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2017/09/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf. Acesso em: 31.12.2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº 347/DF. Relator: Ministro Celso de Mello. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2015b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em: 25 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 0107408-49.2016.8.06.0001 CE 2019/0146384-1. Recorrente: Ministério Público do Estado do Ceará. Recorrido: Município de Fortaleza. Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI. Ceará, CE, 02 de junho de 2020. **Diário da Justiça Eletrônico**. Ceará, 04 jun. 2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859491136/recurso-especial-resp-1854882-ce-2019-0146384-1/inteiro-teor-859491146>. Acesso em: 29 dez. 2020.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. **Ação Civil Pública que objetivava a realização de uma reforma institucional da FUNDAC/RN a fim de promover sua adequação às normas do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo instituídas pela Lei nº 12.594/2012**.

Ação Civil Pública nº. 0108149-70.2014.8.20.0001. Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, Estado do Rio Grande do Norte e Fundação Estadual da Criança e do Adolescente. Relator: João Rebouças. Rio grande do Norte, BRASIL, 29 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://esaj.tjrn.jus.br/cpo/pg/open.do>>. Acesso em: 14 jan.2019.

BRASIL.Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Decisão que deu provimento parcial ao pedido da Ação Civil Pública n.0150735-64.2008.8.26.0002**. Apelação n.º 0150735 64.2008.8.26.0002. Ação Educativa Assessoria Pesquisa e Informação e outros e Municipalidade de São Paulo. Relator: Walter de Almeida Guilherme. São Paulo, BRASIL, 16 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2018/11/AP-0150735-64.2008.8.26.0002-TJSP-1.pdf> . Acesso em: 25 jan.2019.

BRINKS, Daniel; GAURI, Varun. Sobre triângulos y diálogos: nuevos paradigmas em la intervención judicial sobre el derecho a la salud. In: GARGARELLA, Roberto (Org). **Por una justicia dialógica**: El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2014.

BUARQUE DE HOLLANDA, Aurélio. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. 2ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Nova Fronteira, 1986.

CHAYES, Abraham. **The role of judges in Public Law litigation**, Cambridge: Harvard Law Review, 1976.

DIDIER, Fredie Souza; OLIVEIRA, Rafael Alexandria. Dever judicial de considerar as consequências práticas da decisão: interpretando o art. 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 19, n. 75, p. 143-160, 2019.

EISENBERG, José; POGREBINSCHI, Thamy. Pragmatismo, direito e política. **Novos Estudos CEBRAP**, v. 62, p.107-121, 2002.

FISS, Owen M. **The civil rights injunction**. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

FISS, Owen. The Forms of Justice. Cambridge: **Harvard Law Review**, v. 93, p. 1-58, 1979.

FISS, Owen. **The law as it could be**. New York University Press, 2003.

GUERRA, Gustavo Rabay; DE ALMEIDA NETO, Luiz Mesquita; MARCOS, Henrique Jerônimo Bezerra. O Processo Civil Pragmático e o Constitucionalismo Dialógico: Pressupostos para uma Discussão sobre Ativismo Judicial. **REI-Revista de Estudos Institucionais**, v. 3, n. 1, p. 649-676, 2017.

JORDÃO, Eduardo. Art. 22 da LINDB — acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, p. 63-92, nov. 2018.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB-Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. **Revista de Direito Administrativo**, p. 13-41, 2018.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O devido processo legal coletivo**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional, 2016.

LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. **Revista de Processo**, v. 284, n. 28, p. 333-369, jan. 2018.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Ativismo dialógico X Bloqueios institucionais: limites e possibilidades do controle jurisdicional de políticas públicas a partir da sentença T-025/04 da Corte Colombiana. **Revista Argumenta**, n. 31, p. 209-243, 2019.

LIMA, Flavia Danielle Santiago; FRANÇA, Eduarda Peixoto da Cunha. Repensando o Papel da Jurisdição nos Litígios Estruturais de Interesse Público: Do ativismo antidialógico à decisão compartilhada. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 22, n. 1, 2020.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MARINHO, Carolina Martins. **Judicialização de direitos sociais e processos estruturais: reflexões para a jurisdição brasileira à luz da experiência norte-americana**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Um método para a investigação das consequências**: A lógica pragmática da abdução de C.S. Peirce aplicada ao Direito. Universidade Federal de Pernambuco, 2007, 114 f. Dissertação de Mestrado.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda et al. Richard Posner. In: Vinícius Klein e Sabrina Maria Fadel Becue (org). **Análise Econômica**. Curitiba: CRV, 2019.

OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o “practicalismo” e os “processos estruturais”. **Revista de Direito Administrativo**, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020.

PEIRCE, Charles S. How to make our ideas clear. In: **Charles S. Peirce – Selected Writings**. New York: Dover, 1966, p.1-20.

POSNER, Richard A. **Law, pragmatism, and democracy**. Harvard University Press, 2005.

POSNER, Richard A. Um manifesto pragmático. In: **Problemas da filosofia do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, pp.607-627.

POSNER, Richard. **Fronteiras da Teoria do Direito**. Trad. Evandro Ferreira e Silva. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. **Michigan Law Review**, v. 97, n.6, p.1-44, 1999.

SUNDFELD, Carlos Ari; JURKSAITIS, Guilherme Jardim. “Uma lei para dar mais segurança jurídica ao direito público e ao controle”. In: MENDONÇA, José Vicente Santos de; LEAL,

Fernando (Coord.). **Transformações do Direito Administrativo: consequencialismo e estratégias regulatórias**. Rio de Janeiro, UERJ/FGV-Rio, 2017.

TALAMINI, Eduardo. Amicus Curiae no CPC/2015: Amicus curiae – comentários ao art. 138 do CPC. In: Teresa Arruda Alvim Wambier; Fredie Didier Jr.; Eduardo Talamini; Bruno Dantas (Orgs.). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo, SP: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

VITORELLI, Edilson. **Processo Civil Estrutural: Teoria e Prática**. Salvador: Juspodium.

Data de Submissão: 18/02/2021

Data de Aceite: 25/06/2021