Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Lucas Araújo Lage de Gusmão

Experimento jurisdicional de reestruturação: descrição e justificação

Rio de Janeiro

2022

Lucas Araújo Lage de Gusmão

Experimento jurisdicional de reestruturação: descrição e justificação

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Processual Civil.

Orientador: Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

G982 Gusmão, Lucas Araújo Lage de.

Experimento jurisdicional de reestruturação: descrição e justificação / Lucas Araújo Lage de Gusmão. - 2022.
497 f.
Orientador: Prof. Dr.Antonio do Passo Cabral.

Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1.Processo civil - Teses. 2.Direito processual coletivo–Teses. 3.Segurança jurídica– Teses. I.Cabral, Antonio do Passo. II.Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 347.91/.95

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

_____ _____

Assinatura Data

FICHA

CATALOGRÁFICA

Lucas Araújo Lage de Gusmão

Experimento jurisdicional de reestruturação: descrição e justificação

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação da Faculdade do Estado do Rio de Janeiro como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em Direito. Área de concentração: Direito Processual.

Aprovada em 11 de março de 2022.

Banca Examinadora:

_____

Prof. Dr. Antonio do Passo Cabral (orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Marco Antonio dos Santos Rodrigues

Faculdade de Direito – UERJ

_____

Prof. Dr. Fredie Didier Jr.

Universidade Federal da Bahia

_____

Prof. Dr. Sérgio Cruz Arenhart

Universidade Federal do Paraná

Rio de Janeiro

2022

DEDICATÓRIA

À Lisandra, pelo afeto em excelência.

Aos meus pais, Cláudia e Ywalter, por tudo.

AGRADECIMENTOS

Acredito que um agradecimento poderia ser descrito como um ato declarativo dúplice.

Declara-se, antes de mais nada, que o emissor conhece *alguma* dimensão dos seus próprios limites. Dessa forma, franqueia-se ao grato a possibilidade de descer de pedestais narcisísticos, erguidos apenas para autoadulação, além de evitar a expropriação ingênua, egoística e "sem justa indenização" da participação alheia em triunfos pessoais.

Agradecer, nesse sentido, é declarar que as suas vitórias não foram – e nem poderiam ser – obtidas em isolamento. É admitir que, por detrás de cada resultado favorável, havia uma conjuntura social condicionante que, apesar de não suprimir a sua parcela de êxito, oferecia o vulto necessário para que os seus objetivos fossem alcançados. É confessar que todo e qualquer mérito é, em alguma medida, compartilhado.

A segunda declaração, entabulada pelo ato de agradecer, consiste em identificar os "auxiliares especiais" do seu sucesso e em distinguir expressamente a medida de sua colaboração. Em última análise, cuida-se de um verdadeiro procedimento de partilha, em que se confere o *status* de homenageado a cada um daqueles que se destacaram na composição da conjuntura social amorfa que condicionou a conclusão da obra pela qual se agradece.

Agradecer, de acordo com essa intelecção, é homenagear, por identificação e distinção, aqueles que contribuíram especialmente para o seu êxito, rejeitando, por conseguinte, a sua assimilação a uma dada conjuntura social favorável. Ser grato exige, pois, a publicização dos "contribuintes de entrelinhas", das "equipes informais de ocasião", anonimizados, em regra, pelo caráter aparentemente individual do objeto da gratidão.

Com isso em mente, preciso começar os meus agradecimentos reconhecendo que a aprovação com distinção, louvor e recomendação de publicação do presente trabalho não foi fruto de um triunfo exclusivamente pessoal, mas sim compartilhado com vários contribuintes de entrelinha, os quais serão, nos próximos parágrafos, homenageados nos limites da minha capacidade.

Em primeiro lugar, agradeço a Lisandra, amor da minha vida, por estar ao meu lado ao longo de todo o mestrado. Agradeço pela oitiva atenta, qualificada e paciente de todos os meus devaneios sobre processo estrutural (temática fora de sua predileção), além de sua infinita disponibilidade para discutir minhas ideias, ajudar na pesquisa de textos e na formalização de referências. A própria escolha de realizar a inscrição no Mestrado surgiu da sua voz, de tal modo que não é exagerado afirmar que, sem a sua participação, eu sequer teria chegado até aqui.

Além disso, pude contar com a sua cumplicidade e afeto em todos os momentos – felizes e tristes, fáceis e difíceis – da minha vida nos últimos anos e, por isso, serei eternamente grato. Nada faria sentido sem você, tampouco seria possível sem você. O meu presente e o meu futuro te pertencem. Ofereço esses singelos agradecimentos, cônscio de sua insuficiência. Obrigado.

Agradeço também aos meus pais, Ywalter e Cláudia, por terem dedicado a vida aos seus filhos. Não há declaração de amor mais profunda e verdadeira do que a abnegação em prol de quem se ama. Todas as suas escolhas foram orientadas ao nosso bem-estar, a nossa felicidade e ao nosso sucesso. Vocês se fizeram presentes em todos os eventos importantes da minha vida e sempre se fizeram disponíveis para ouvir as minhas lamúrias, acalmar minhas inseguranças, me aconselhar e comemorar as minhas vitórias (por menores que tenham sido).

Agradeço por terem me ensinado que o caminho para a vida boa e justa é pavimentado pelo estudo e pela retidão, o que sempre serviu de norte para mim. A sua contribuição para a minha formação pessoal é tão multifacetada que, em algum grau, se confunde com quem eu sou. Sem dúvidas, todos os meus sucessos são meras derivações pertinentes dos seus esforços.

Vocês ouviram as minhas intermináveis referências à dissertação e buscaram entender e participar mesmo sem saber exatamente do que eu estava falando. Aceitaram as minhas ausências e sempre mantiveram o foco no meu bem-estar. Vocês foram paraquedas ao meu voo e não janelas fechadas. Nenhum voto de gratidão poderia abarcar o tanto que me sinto afortunado por tê-los como meus pais, ou mesmo poderia descrever o quanto a sua participação em minha vida contribuiu para o presente trabalho. Obrigado.

Agradeço, ainda, ao meu orientador, professor Antonio do Passo Cabral, que, desde a graduação, já em Teoria Geral do Processo I, perpassando todos os períodos do mestrado, vem moldando o meu modo de pensar o Direito Processual. A sua influência sobre o meu pensamento ultrapassa o teor de suas obras, multicitadas nas laudas que se seguem, alcançando a própria forma disruptiva de interação com conhecimentos jurídicos pré-existentes.

Quem já teve o privilégio de ser aluno do professor Cabral conhece a criatividade e profundidade de suas reflexões, mas aqueles que tiveram o privilégio de ser orientados por ele experimentaram a "marca" que a sua forma de ver o Direito cria dentro de cada um. Certamente, o legado que o professor Cabral está construindo não pode ser medido apenas por suas obras autorais, ou por sua insaciável sede por conhecimento, mas também pela de seus discípulos, cuja produção, vista como um todo, edificará uma Escola de Direito Processual sob o seu nome. Obrigado, Cabral, por todo o apoio dado durante essa fase da minha jornada acadêmica. Espero que num futuro próximo eu possa ter a honra de ser novamente seu orientando.

Não poderia deixar de agradecer também ao professor Fredie Didier Jr por ter aceitado fazer parte da minha banca de defesa. O professor não sabe, mas a sua presença em minha banca de

defesa foi motivo de júbilo de minha parte. Digo isso porque Vossa Excelência foi uma grande influência doutrinária na minha formação acadêmica. Seus artigos e seu Curso foram objeto de leituras ávidas e reiteradas de minha parte. Não há dúvidas que o meu interesse em Direito Processual floresceu com a leitura das suas obras. Vou guardar para sempre, com muito carinho, as palavras que Vossa Excelência escolheu para avaliar o meu trabalho. Não é todo dia que podemos dizer que fomos elogiados por aqueles que mais admiramos. Espero que eu continue sendo digno de seu reconhecimento. Obrigado.

Ao professor Sérgio Arenhart, agradeço por todas as suas indagações e críticas sempre pertinentes. A sua presença em minha banca de defesa também foi recebida com grande alegria por mim. Afinal de contas, foi através de seus artigos que eu descobri e me apaixonei pelo tema dos processos estruturais. Deixo a Vossa Excelência meus sinceros votos de gratidão.

Para além dos meus contribuintes de entrelinha, especialmente identificados acima, vale mencionar aqueles que contribuíram difusamente, de uma forma ou de outra, para que o presente trabalho tomasse forma. Sem a sua contribuição, seguramente o meu caminho seria mais árduo ou talvez simplesmente tivesse tomado outros rumos incompatíveis com a obtenção do título de Mestre.

Agradeço, em primeiro lugar, a todos os professores da prestigiosa Faculdade de Direito da UERJ que, muito além de serem responsáveis diretos pela minha formação jurídica, ensinaram-me a enxergar o Direito como uma ferramenta de transformação social e, assim, de irresignação quanto ao *status quo* profundamente desigual em que vivemos.

Anseio pelo dia em que poderei retornar à minha segunda casa não como aluno, mas como parte de seu quadro docente para que eu possa, enfim, devolver à comunidade uerjiana tudo aquilo que ela me ofereceu. Rogo a vocês que, até lá, mantenham pulsante o ideal de uma educação pública, gratuita e de qualidade e garantam que os corredores acinzentados de seus edifícios continuem iluminados pelo esplendor da produção intelectual de nossa Faculdade de Direito.

Agradeço aos servidores públicos da Secretaria da Pós-Graduação que, mesmo durante uma pandemia sem precedentes na história recente da humanidade, estiveram disponíveis para sanar dúvidas, emitir documentos, auxiliar na resolução de problemas e na interlocução com professores. Obrigado pelo atendimento sempre compreensivo, célere e atencioso, marcas de um serviço público de inegável qualidade que merece reconhecimento.

Por fim, aqueles que sempre desejaram a minha felicidade e que não foram homenageados expressamente, eu agradeço por fazerem (ou terem feito) parte da minha existência. Em especial, agradeço aos meus avós José Paulo, Amélia (*in memoriam*), Ywalter (*in memoriam*) e Zélia (*in memoriam*), à minha irmã Amanda e aos meus tios Flávia e Joaquim.

EPÍGRAFE

"Um homem do qual caíram os costumeiros grilhões da vida, a tal ponto que ele só continua a viver para conhecer sempre mais, deve poder renunciar, sem inveja e desgosto, a muita coisa, a quase tudo que tem valor para os outros homens; deve-lhe bastar, como a condição mais desejável, pairar livre e destemido sobre os homens, costumes, leis e avaliações tradicionais das coisas"

(Friedrich Nietzsche)

RESUMO

GUSMÃO, Lucas Araujo Lage de. *Experimento jurisdicional de reestruturação*: descrição e justificação. 2022. 497f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

O presente trabalho versa sobre o experimento jurisdicional de reestruturação e visa a oferecer um contributo teórico à sua descrição e justificação no ordenamento jurídico brasileiro. Embora seja cada vez mais frequente a descrição dos processos estruturais como "experimentais" ou "experimentalistas", não se observa, a despeito de se tratar de terminologia incomum na gramática processual nacional, uma disposição de semelhante vulto para investigar o que exatamente significa "experimentar" nesse âmbito. Diante desse aparente descompasso, perquire-se a resposta a dois questionamentos centrais: (i) a descrição disponível de experimentalismo nos processos estruturais é suficiente e adequada? E (ii) o Judiciário brasileiro pode projetar experimentos de reestruturação? Para o deslinde da pesquisa proposta, o instituto analisado é, primeiramente, decomposto em duas categorias (processo estrutural e experimento jurídico), as quais são submetidas a escrutínios específicos de caráter crítico-descritivo, desenvolvidos para lidar com dificuldades teóricas de naturezas distintas (profusão e insuficiência de caracterizações disponíveis). Com base nos aperfeiçoamentos descritivos defendidos, avança-se para examinar se os experimentos jurisdicionais de reestruturação são justificáveis à luz do nosso sistema jurídico. Devido à identificação de vicissitudes discursivas que obstaculizariam a justificação abrangente do instituto estudado, sem um concomitante sacrifício de profundidade e consistência analítica, optou-se por realizar duas contribuições iniciais à problemática investigada, compulsando a sua compatibilidade com os princípios da segurança jurídica e igualdade de tratamento, bem como averiguando se a medida de atipicidade cognitiva, exigida pela experimentação, é admitida no processo brasileiro. Sustenta-se, em conclusão, a insuficiência descritiva e prescritiva atualmente disponível acerca do experimento jurisdicional de reestruturação. Em complemento, defende-se que os aspectos do instituto que foram analisados nessa sede são justificáveis à luz do nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Processo civil. Processo coletivo. Processo estrutural. Decisão estrutural. Experimentalismo. Experimento Jurídico. Experimento jurisdicional. Experimento jurisdicional de reestruturação.

ABSTRACT

GUSMÃO, Lucas Araujo Lage de. *Judicial experimentation within the scope of structural reform*: adequate description and compatibility with brazilian law. 2022. 497f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The present work examines general aspects of judicial experimentation within the scope of structural reforms, for the purpose of offering a theoretical contribution concerning its adequate description and its compatibility with brazilian law. Although it's becoming more frequent to describe structural reform as "experimental" or "experimentalist", understanding exactly what that means doesn't seem to raise the same level of academic's attention, notwithstanding the lack of previous familiarity with this kind of terminology. To deal with this apparent mismatch, we try to answer two central questions: (i) Is the available description of judicial experimentation within the scope of structural reforms sufficient and adequate? (ii) Can the Brazilian Judiciary design this kind of experimental regulation? In order to deliver the pursued answers, firstly, we break down the studied object into its two analytical parts (structural reform and experimental regulation), each of which subject to a specific critical-descriptive scrutiny, designed to address theoretical problems of distinctive natures (multitude and scarcity of available characterizations). In the light of the proposed descriptive improvements, we proceed inquiring if the judicial experimentation within the scope of structural reform is compatible with brazilian law. Due to the recognition of discursive constraints that could hinder a comprehensive compatibility check, without a collateral sacrifice of analytical depth and consistency, we've settled on offering two starting argumentative inputs on the matter. First, we checked the compatibility of the studied object with the legal certainty and the equality principles. Second, we pondered if brazilian procedural law admits the measure of cognitive flexibility that experimentation requires. In conclusion, we argue the descriptive and prescriptive insufficiency of the available knowledge regarding judicial experimentation within the scope of structural reform. Finally, we uphold, in accordance with the previously defined limits, the compatibility of our studied object with brazilian law.

Keywords: Civil procedure. Collective redress. Structural reform. Structural injunction. Experimentalism. Experimental regulation. Judicial experimentation. Judicial experimentation within the scope of structural reform.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	15
1	**OS PROCESSOS ESTRUTURAIS**	18
1.1	**O problema da pluralidade de definições sobre processo estrutural**	18
1.2	**Visões sobre processo estrutural**	19
1.2.1	As primeiras visões sobre o tema	19
1.2.2	O pensamento contemporâneo brasileiro sobre os processos estruturais	28
1.2.2.1	O pragmatismo moderado de Gustavo Osna	28
1.2.2.2	O processo estrutural segundo Edilson Vitorelli	31
1.2.2.3	O processo estrutural segundo Didier, Zaneti Jr. e Alexandria	36
1.2.2.4	O processo estrutural segundo Felipe Marçal	41
1.2.2.5	O processo estrutural segundo Matheus Galdino	43
1.3	**A decomposição e análise crítica das características essenciais dos processos estruturais**	49
1.3.1	Rejeição parcial ao pragmatismo moderado de Gustavo Osna	50
1.3.2	Nova espécie de função jurisdicional ou forma específica de exercício da função jurisdicional	55
1.3.3	Alteração de percepção sociológica e litígio estrutural	57
1.3.4	Não essencialidade de um elemento institucional e de políticas públicas	60
1.3.5	Coletividade vs. Individualidade	67
1.3.5.1	Processos individuais inseridos em um “litígio multifocal” não constituem processos estruturais. Mera compensação dos efeitos deletérios oriundos do raciocínio não monótono dos processos individuais	68
1.3.5.2	Rejeição à identificação de processos individuais estruturais. Essencialidade do policentrismo e da multifocalidade	73
1.3.5.3	Crítica aos intratipos individuais de Galdino. A coletividade é essencial aos processos estruturais	79
1.3.6	Litígio estrutural vs. Estado de desconformidade estruturada	82
1.3.6.1	O problema da complexidade	83
1.3.6.2	Especiação baseada no problema estrutural: rejeição à tese de absorção conceitual do processo estrutural ao processo coletivo. Adaptação do conceito de estado de desconformidade estruturada	85
1.3.7	Decisões estruturais: distinções preliminares	90
1.3.7.1	Medida estruturante x decisão estrutural	90
1.3.7.2	Decisão estrutural x cognição nos processos estruturais	93
1.3.8	Análise das características essenciais da decisão estrutural	95
1.3.8.1	Um cenário de caracterizações profusas: eliminação geral de características inadequadas	95
1.3.8.2	Confusões decorrentes da ausência de separação analítica entre cognição e decisão estrutural: encadeamento entre decisões estruturais, fragmentariedade, perspectivas preponderantemente global e prospectiva	96
1.3.8.3	Características analisadas: gradualidade, da progressividade, da não submissão à lógica binomial procedente/improcedente e da continuidade. Ruptura do raciocínio não monótono: a inoponibilidade do “evento” em contrário	98

1.3.8.4 Cascateamento decisório e escalonamento....101
1.3.8.5 Controle performático, flexibilidade e revisibilidade ampliada....103
1.3.8.6 Supervisão permanente e caráter experimental....107
1.3.8.7 O "remédio" estrutural....109
1.3.8.7.1 O tempo no processo estrutural e a natureza jurídica do regime jurídico comum....110
1.3.9 Características procedimentais dos processos estruturais....115
1.3.9.1 Postura ativa do juiz....115
1.3.9.2 Consensualidade....118
1.3.9.3 Fase instrutória contínua e seus três momentos....121
1.3.9.4 Simultaneidade da cognição e da execução....124
1.3.9.5 Inviabilidade da estipulação prévia de circuitos procedimentais adequados....126
1.3.10 Necessidade de métodos de trabalho diferenciados e plúrimos: inviabilidade de estipulação prévia e o apelo a esquemas metodológicos de adequação combinatória fluida....128
1.4 **A recomposição crítica das características essenciais do processo estrutural**....134
2 **OS EXPERIMENTOS JURISDICIONAIS DE REESTRUTURAÇÃO**....137
2.1 **A indefinição teórica do experimentalismo**....137
2.2 **Por que "experimento jurídico"?**....140
2.3 **Rejeição a acepção ampla de experimentalismo ínsito ao fenômeno legal**....145
2.4 **Entendendo a dinâmica normativa dos experimentos jurídicos**....148
2.4.1 Uma lógica processual deficiente: o experimento como resposta à dicotomia entre improvisações acríticas e imobilismos cognitivistas....148
2.4.2 A "saída experimentalista": equalizando o tempo de reação estatal a partir de uma dinâmica normativa unificante....153
2.4.3 A unidade operativa do experimento jurídico: estado de polivalência funcional e engenharia normativa autorreferente....158
2.5 **Aspectos basilares do experimento jurídico**....161
2.5.1 Experimento jurídico como método cognitivo: natureza e *telos* normativo....161
2.5.2 O devido processo legal como fundamento normativo do experimento jurídico: a necessidade de mecanismos de complementação cognitiva e de compensação sistêmica por riscos assumidos....164
2.5.3 Estado cognitivo deficitário: os juízos de adequação e necessidade de experimentação jurídica....168
2.6 **Da relação entre experimentos jurídicos e experimentos científicos**....175
2.6.1 Diferenças gerais entre experimento jurídico e científico....176
2.6.2 Rejeição da objeção de incontrolabilidade dos experimentos sociais....180
2.6.3 Regulação jurídica de experimentos científicos....182
2.6.4 Referibilidade atenuada unidirecional entre experimento jurídico e científico: os tipos ideais de experimentos....183
2.7 **Análise das características ou elementos normativos dos experimentos jurídicos** 189
2.7.1 A introdução da norma experimental e a formulação da hipótese normativa....190
2.7.2 Temporariedade....191
2.7.2.1 Temporariedade x provisoriedade....196
2.7.3 Elemento de limitação espacial e/ou subjetiva....197
2.7.4 Elemento derrogatório....203
2.7.5 Consentimento....204

2.7.6 Monitoramento....206
2.7.7 Controle do contexto de experimentação....207
2.7.8 Avaliação....209
2.7.9 Revisão condicionada....212
2.7.10 Reversibilidade dos efeitos do experimento jurídico....216
2.8 **A concepção de experimentos jurídicos defendida**....217
2.9 **Os experimentos jurisdicionais de reestruturação**....220
2.9.1 O que é um experimento jurisdicional?....221
2.9.1.1 O que significa projetar um experimento jurídico?....223
2.9.1.2 Nem todo experimento jurisdicional lida com regulação prospectiva....227
2.9.2 Experimentos jurisdicionais de reestruturação: primeira aproximação....230
2.10 **A proposta do experimentalismo democrático**....234
2.10.1 Experimentalismo democrático para além do processo judicial: a proposta mais ampla....234
2.10.2 O experimentalismo democrático nos processos estruturais....240
2.10.2.1 O aspecto subjetivo do experimentalismo democrático nos processos estruturais....244
2.10.3 Reposicionando o experimentalismo democrático: uma teoria de restrição funcional de escopo interferente excludente....249
2.10.4 A alternativa não excludente: a normatização das interações institucionais por arranjos de inclusão....253
2.11 **Conclusão parcial**....258
3 **JUSTIFICAÇÃO SISTÊMICA DO EXPERIMENTO JURISDICIONAL DE REESTRUTURAÇÃO**....260
3.1 **Diretrizes de justificação sistêmica da projeção jurisdicional de experimentos de reestruturação**....260
3.1.1 Breve recapitulação e próximos passos....260
3.1.2 O processo argumentativo de justificação: condições positivas e negativas de validez sistêmica....261
3.1.2.1 Relações de prioridade normativa: os pontos de reforço sistêmico....269
3.1.3 Segmentação do material a justificar....271
3.1.3.1 Contradição intersubjetivamente relevante....272
3.1.3.2 Superposição das características essenciais....278
3.1.4 A importância da alteridade no processo de justificação sistêmica: as limitações do exercício solipsista de posições críticas hipotéticas....280
3.1.5 Resposta às limitações discursivas identificadas: duas contribuições iniciais ao processo de justificação do experimento jurisdicional de reestruturação....288
3.2 **Segurança jurídica**....290
3.2.1 Quatro objeções de insegurança e a resposta da doutrina....290
3.2.2 Nossa posição: o experimento como técnica de redução de insegurança prognóstica....300
3.2.2.1 Reflexões introdutórias sobre as objeções levantadas: a dificuldade em se reconhecer estados de insegurança baseados em problemas de prognose....300
3.2.2.2 O dilema da terceira objeção: reconhecendo a implicatividade positiva entre segurança jurídica e experimento jurídico....305
3.2.2.3 As condicionantes defendidas pela doutrina sob uma perspectiva crítica....309
3.2.2.4 Segurança jurídica e experimento jurisdicional de reestruturação....322
3.2.2.4.1 Integração assíncrona de focos de interesse ao experimento

jurisdicional de reestruturação....325
3.3 **Igualdade de tratamento**....333
3.3.1 Opinião da doutrina: implicatividade negativa e condicionantes propostas....333
3.3.1.1 Três pontos normativos de tensão e dois exemplos do contraste analisado....334
3.3.1.2 Superação da objeção de igualdade....339
3.3.1.3 Condicionantes propostas pela doutrina....349
3.3.2 Posição adotada....359
3.3.2.1 Objeção da igualdade para além dos três pontos de tensão normativa: reconhecimento da restrição indevida de perspectiva da doutrina....359
3.3.2.1.1 Relevância da justificação da técnica de aplicação subjetivamente restrita da norma experimental....359
3.3.2.1.2 Insuficiência da dicotomia global-parcial: necessidade de uma perspectiva ampla da problemática....361
3.3.2.2 Revisão das condicionantes gerais adotadas pela doutrina....368
3.3.2.2.1 Observações introdutórias: implicatividade negativa e plurivocidade de significações protetivas....368
3.3.2.2.2 Condicionantes gerais: justificação objetiva e racional, proporcionalidade, promoção de interesse público....371
3.3.2.3 Revisão das condicionantes especiais propostas pela doutrina....374
3.3.2.3.1 Temporariedade....374
3.3.2.3.2 Adesão voluntária....376
3.3.2.3.3 Equalização de prejuízos e de proteção mínima....382
3.4 **Cognição atípica**....384
3.4.1 Aspecto de compatibilidade analisado: papel a ser desempenhado pela lei em matéria de cognição judicial e cabimento da projeção jurisdicional de métodos cognitivos atípicos....384
3.4.2 Legalidade clássica e legicentrismo....386
3.4.2.1 Constituição e comportamento das instâncias estatais: rejeição ao legicentrismo e à legalidade clássica....388
3.4.3 Função legiferante sob um paradigma de fragmentariedade: o papel que a lei deve desempenhar no ordenamento jurídico....397
3.4.3.1 Fragmentariedade do Direito à luz da anterioridade e exterioridade dos interesses....397
3.4.3.2 Destemporalização e Estado de direito....399
3.4.3.2.1 O Estado de Direito sob os influxos da contemporaneidade....407
3.4.3.3 O padrão regulativo legal sob o paradigma da fragmentariedade: o papel do produto legiferante típico....414
3.4.3.3.1 Padrões regulativos: pluralidade, não exclusividade e contrastabilidade interna....414
3.4.3.3.2 Parâmetros de solução de contrastes internos entre padrões regulativos....417
a) Recondução do debate a fundamentos normativos hierarquicamente superiores....418
b) Contextualização e especialização....420
c) Cotejo de aspectos estruturais e procedimentais ligados à formação dos padrões regulativos contrastantes....422
3.4.3.4 Evolução dos padrões regulativos legais em matéria processual....430
3.4.3.4.1 Primórdios: da regulação judicial à busca legiferante pelo “padrão perfeito”....430
3.4.3.4.2 Movimento das “tutelas diferenciadas”: perda do ideal do padrão perfeito

e manutenção do padrão regulativo descritivo.....433
3.4.3.4.3 O padrão regulativo do CPC/15: mecanismos dinamizadores e o caráter metamórfico do procedimento.....435
3.4.3.4.4 Limites do caráter metamórfico do CPC/15: previsão legal e importação integral.....439
3.4.4 O padrão legal *prima facie* aplicável ao processo estrutural.....443
3.4.5 A relevância de pensar em uma categoria normativa autônoma de cognição judicial: justificabilidade da atipicidade em si x justificabilidade da medida de atipicidade experimental.....446
3.4.5.1 Plurivocidade metodológica em matéria cognitiva e CPC/15: abertura duplamente limitada e a preferência pela adaptabilidade através de seus mecanismos dinamizadores.....449
3.4.6 Justificabilidade da medida de cognição atípica experimental.....454
3.5 **Conclusão do capítulo**.....455
CONCLUSÃO.....457
REFERÊNCIAS.....466

INTRODUÇÃO

A inquietação que guiou o presente trabalho surgiu a partir da leitura, cada vez mais difundida, de que os processos estruturais, para lidar com as dificuldades que marcam o seu desenvolvimento, podem ser descritos como "experimentais" ou "experimentalistas". A equivocidade e vagueza da noção de "experimento" – terminologia incomum na processualística nacional – costuma ser (insuficientemente) colmatada por alusões genéricas à revisibilidade ampliada e à submissão a uma lógica ou método de "tentativa e erro".

Outra parcela da doutrina nacional, por sua vez, parece reduzir a sua descrição à proposta doutrinária norte-americana do "experimentalismo democrático", a qual, apesar de não ser genérica, levanta questionamentos acerca de sua adequação descritiva e suficiência protetiva.

Ao mesmo tempo, não se duvida que a visão tradicional de processo civil não é capaz de condicionar adequadamente o transcurso dos processos estruturais. Por isso, a doutrina tem sustentado que, para dar azo aos seus substanciosos auspícios de alteração de realidades sociais complexas e mutáveis, torna-se necessário, no mais das vezes, adotar técnicas processuais atípicas, operando flexibilizações em diversos institutos tradicionais do processo, de modo a escapar de limitações que, de outra forma, obstariam a tutela adequada das necessidades materiais.

Neste cenário de profusão de atipias e flexibilizações, a equivocidade descritiva – e, sobretudo, prescritiva – de uma (ou de várias delas) transfigura-se em condição propícia para o cometimento de excessos e arbitrariedades, além de pavimentar um caminho – potencialmente sem volta – para uma coleção de frustrações.

Para ilustrar, pense-se em um exemplo comum de processo estrutural: um sistema penitenciário em que grande parcela dos presos estão submetidos a condições desumanas. Um legitimado extraordinário, diante dessa situação, veicula uma pretensão de reestruturação, cujo objetivo consiste em eliminar a violação sistêmica de direitos fundamentais daquela parcela de presos.

Sem pretensões de esgotamento, poder-se-ia indagar: o que significaria "experimentar" no caso exemplificado? Seria implementar sucessivas soluções, possibilitando a sua "ampla revisibilidade", até chegar em um resultado – em algum momento – reputado

como suficiente? O que baliza a escolha dessas tentativas? O que acontece quando o resultado obtido é fracassado? “Experimentar” se resume a implementar “soluções provisórias”, trata-se de uma estabilidade arrefecida, ou é algo diverso? E mais: será que a “experimentação” é adequada em qualquer caso? Existem alternativas à experimentação? Ela depende de provocação ou pode ser iniciada de ofício? Como os sujeitos interessados participam ou em que medida podem participar ou se opor à “experimentação”? A experimentação significa o retorno da visão do juiz como “cientista social”?

Quase nada é respondido pelas abordagens usuais acerca do experimentalismo. Aludir a um processo estrutural de caráter experimental ou que adote uma técnica experimental, nos dias de hoje, significa retratar algo que não se sabe bem o que é, não se conhece seus limites, em que condições pode ser realizado, nem o que se pode (ou deve) argumentar antes, durante ou depois de sua realização.

Os problemas investigados pela presente dissertação situam-se, portanto, no descompasso entre a identificação de uma atipia tida como necessária ou útil, a qual, todavia, não vem acompanhada dos balizamentos mínimos para a sua devida aplicação. Nesta toada, enuncia-se, como problemas de pesquisa, os seguintes: (i) a descrição disponível de experimentalismo nos processos estruturais é suficiente e adequada? (ii) o Judiciário brasileiro pode projetar experimentos no âmbito dos processos estruturais?

Para investigar os problemas enunciados, são formuladas duas hipóteses sucessivas. A primeira consiste em destacar a insuficiência descritiva e prescritiva atualmente disponível acerca do experimentalismo no âmbito dos processos estruturais. Entende-se que, a partir das descrições disponíveis, não é possível condicionar adequadamente a aplicação do experimento de reestruturação. Sucessivamente, a partir de uma descrição adequada, a segunda hipótese consiste em afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro recepciona a possibilidade de projeção de experimentos jurisdicionais no âmbito dos processos estruturais.

Para demonstrar as hipóteses levantadas, a presente dissertação será dividida em duas partes. Na primeira parte, serão apresentados os pressupostos teóricos e conceituações gerais que perpassarão todo o desenvolvimento da pesquisa. Nesta parte, investigaremos o primeiro problema de pesquisa e será produzido o substrato de defesa da primeira hipótese levantada.

O primeiro capítulo será dedicado ao estudo crítico-descritivo dos processos estruturais. Diante da profusão de caracterizações disponíveis, buscar-se-á realizar uma

decomposição e recomposição crítica das características essenciais do processo estrutural, a partir do cotejo analítico de uma amostra de concepções existentes na doutrina. A partir da recomposição crítica das características essenciais do processo estrutural, seremos capazes tanto de entender melhor o que significa experimentar neste âmbito, como de precisar o que deve ser objeto de justificação na segunda parte deste trabalho.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo crítico-descritivo do experimentalismo. De forma diversa, diante da insuficiência descritiva do fenômeno no âmbito da doutrina especializada nos processos estruturais, buscar-se-á investigar e descrever os lineamentos gerais dos experimentos jurídicos, como categoria normativa que informará a análise dos experimentos jurisdicionais de reestruturação.

Com base na recomposição analítica das características dos processos estruturais e reconstrução descritiva dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, ingressaremos na segunda parte da pesquisa realizada, composta de um capítulo. Nesta parte, investigaremos o segundo problema de pesquisa e será produzido o substrato de defesa da segunda hipótese levantada.

Para tanto, o terceiro capítulo será dedicado ao enfrentamento de algumas dificuldades ligadas à justificação sistêmica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação. Devido a limitações que serão abordadas, o escopo desse último capítulo não será amplo, senão restrito ao desenvolvimento de duas contribuições iniciais ao processo de justificação do instituto estudado. A partir delas, será realizada uma primeira defesa em prol da receptividade sistêmica do experimentalismo no processo estrutural em nosso ordenamento jurídico.

Ao final dos três capítulos, consolidaremos, na conclusão, a verificação das hipóteses de pesquisa, à luz dos substratos de defesa produzidos nas partes I e II da dissertação.

É de bom alvitre asseverar, desde logo, que o presente trabalho não pretende esgotar todos os aspectos da problemática analisada, tampouco entregar uma solução definitiva, infalível ou minudentemente detalhada. Obstina-se, apenas, oferecer um contributo teórico que possa ser utilizado para uma abordagem mais consistente do experimentalismo nos processos estruturais. Espera-se, enfim, que suas premissas e conclusões possam ser aproveitadas e aprofundadas por mentes vindouras comprometidas com uma prestação jurisdicional adequada e efetiva.

1. OS PROCESSOS ESTRUTURAIS

1.1 **O problema da pluralidade de definições sobre processo estrutural**

Na última década, os processos estruturais têm sido objeto de cada vez mais estudos acadêmicos no Brasil[1]. O interesse pela temática, como se sabe, não adveio de uma discussão puramente teórica, senão de sua crescente utilização prática, associada às inúmeras tensões que derivam deste tipo de atividade jurisdicional.

As pretensões de reestruturação vêm sendo postuladas diuturnamente no seio de processos relacionados a direitos fundamentais dos presos, à reorganização dos sistemas públicos de saúde e educação, de acessibilidade, na falência e recuperação judicial de sociedades empresárias, sem descurar da perquirição de tutelas recompositivas complexas em matéria ambiental.

Devido ao interesse crescente e à vasta produção acadêmica nacional e internacional sobre o tema, impende-se, como primeiro passo, investigar o que exatamente são os processos estruturais. Explica-se a necessidade investigativa quando se observa que, nesta quadra histórica, a pluralidade de caracterizações (por vezes sinonímicas, por vezes sem diferenças enunciadas) acerca do mesmo instituto, em vez de auxiliar, dificultam a sua plena compreensão.

Para esta finalidade, será realizada uma decomposição e recomposição crítica das características essenciais do processo estrutural a partir do cotejo analítico de uma amostra de

1 Um dos primeiros trabalhos de fôlego escritos no Brasil sobre a temática foi a tese de JOBIM, Marco Félix. As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Em período assemelhado, sob a forma de artigo, ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. Revista de Processo, n. 38, n. 225, 2013, p. 398-401. Vale destacar, contudo, que o controle judicial de políticas públicas – tema que perpassava, originalmente, a análise de litígios estruturais – já vinha sendo estudado no Brasil em período anterior. Exemplificativamente, ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005; GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. Revista do Curso de Direito, v. 7, n. 7, p. 9-37, dez. 2010. As abordagens, todavia, estavam mais voltadas a lidar com questões de ordem constitucional, notadamente para justificar por qual razão poderia o Poder Judiciário desempenhar esse tipo de controle no contexto da recente constitucionalização dos direitos sociais e prestacionais em geral. Na última década, sem prejuízo da sempre presente discussão constitucional, o debate acadêmico tem focalização em questões de ordem processual (por exemplo, mecanismos de participação ampliada, técnicas probatórias diferenciadas, adaptações procedimentais dinâmicas e atípicas, flexibilização da congruência e dos limites do pedido e da causa de pedir, técnicas decisórias, regime de estabilidade processual, execução negociada, etc), passando a conceber o estudo sistemático dos processos estruturais, como categoria específica de análise.

concepções existentes na doutrina. As concepções auxiliarão na identificação de agrupamentos de características (decomposição) que serão, em seguida, analisadas criticamente (recomposição).

A amostra foi composta pelas duas "visões originárias" norte-americanas acerca do tema e por "visões contemporâneas" de autores brasileiros. A ideia é demonstrar o quanto a discussão sobre os processos estruturais avançou desde a década de 1970 até os dias atuais. Neste sentido, cumpre analisar as permanências e rupturas que marcam o estudo sobre a categoria ora estudada.

Destaque-se, desde logo, que o rigor definitório não será observado em toda a sua extensão. Servirá apenas de meio para habilitar a reflexão crítica e setorizar a testabilidade de proposições que sejam baseadas em determinada característica.

Adiante-se que, da análise empreendida, entendemos que o processo estrutural é uma espécie de processo coletivo que versa sobre um estado policêntrico e multifocal de desconformidade estruturada, no qual se pretende a projeção de um instrumento de proteção atípico que formata um regime jurídico programático, comum e revisável.

Para chegar a esta conclusão, cumpre descrever as perspectivas definitórias que compõem a amostra analisada, para fins de iniciar o expediente analítico enunciado. É o que se fará a seguir.

1.2 **Visões sobre processo estrutural**

1.2.1 As primeiras visões sobre o tema

Sob o enfoque anteriormente apresentado, cumpre discutir o que significa denominar um processo de estrutural. Como guia para a investigação proposta, vale conferir as principais definições já formuladas pelos diversos estudiosos que se debruçaram sobre o tema. A partir dessa revisão, optaremos, justificadamente, por aquela que, a nosso ver, afigura-se mais adequada, para os fins deste trabalho.

De início, impossível não aludir aos estudos seminais de Chayes e Fiss sobre os processos civis de interesse público (*public law litigation*) e as medidas estruturantes

(*structural injunctions*), respectivamente[2]. Guardadas as devidas distinções de pensamento, ambos os autores norte-americanos partem da noção de que havia um modelo tradicional de resolução de controvérsias ou de atividade jurisdicional que sofreu um influxo com modificações ocorridas na sociedade.

Neste sentido, Chayes destaca que o modelo tradicional de atividade jurisdicional (*traditional conception of adjudication*) representava um reflexo da filosofia liberal que vigorava no final do século XIX e que pressupunha que os arranjos sociais e econômicos eram sobretudo resultantes do exercício da autonomia privada. De acordo com esta perspectiva, a função precípua do Poder Judiciário consistia apenas em solucionar controvérsias acerca das "justas implicações de interações individuais", cuja aferição voluntarista e minimalista exteriorizava a preferência por mecanismos regulatórios privados, baseados no encontro de vontades, em detrimento da regulação estatal, vista, não raro, com desconfiança[3].

À luz desse substrato filosófico, o modelo tradicional de atividade jurisdicional é caracterizado pelo autor como marcado por um processo de estrutura bipolarizada, o que

---

2 Verbic e Vitorelli entendem que os processos de interesse público, defendidos por Adam Chayes, não se confundem com os processos estruturais. Cf.: VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 74-79; VERBIC, Francisco. Un nuevo proceso para conflictos de interés público en la República Argentina. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 287-322, jun. 2015. Sob o raciocínio conceitual, Galdino também critica o termo, esclarecendo que ele exorta os processos estruturais e, ao mesmo tempo, não abrange todos. Cf.: GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 28-30. Ressalte-se a existência de autores norte-americanos que utilizam a expressão de modo a abranger os processos estruturais, como por exemplo SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. Michigan Law Review, v. 97, n. 1, p. 1994-2036, maio 1999. Para exemplos de processos considerados de interesse público, cf.: HERSHKOFF, Helen. Public interest litigation: selected issues and examples. Washington, DC: The World Bank, 2005. Destacando a importância de Chayes para a temática, cf.: MCALLISTER, Lesley K. Revisiting a promising institution: public law litigation in the civil law world. Georgia State University Law Review, Georgia, v. 24, p. 693-734, 2008. Considerando as características apresentadas por Chayes, a alusão, no corpo de seu artigo sobre o tema, a diversos litígios estruturais como exemplos de processos estruturais e a citação do autor por diversos autores que tratam da temática dos processos estruturais optou-se por introduzir a visão do autor a este breve sumário das principais concepções sobre o tema estudado.

3 "The traditional conception of adjudication reflected the late nineteenth century vision of society, which assumed that the major social and economic arrangements would result from the activities of autonomous individuals. In such a setting, the courts could be seen as an adjunct to private ordering, whose primary function was the resolution of disputes about the fair implications of individual interactions.The basic conceptions governing legal liability were 'intention' and 'fault'. Intentional arrangements, not in conflict with more or less universal attitudes like opposition to force or fraud, were entitled to be respected, and other private activities to be protected unless culpable. Government regulatory action was presumptively suspect, and was tested by what was in form a common law action against the offending official in his private person.' The predominating influence of the private law model can be seen even in constitutional litigation, which, from its first appearance in Marbury v. Madison, was understood as an outgrowth of the judicial duty to decide otherwise-existing private disputes." CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1285.

significava que sua organização foi pensada para recepcionar a contraposição de dois polos de interesses diametralmente opostos, de modo que a decisão opera sob uma lógica binomial vencedor-perdedor. O processo assume também um viés retrospectivo, de modo que a reconstrução probatória de uma série de eventos é empregada metodologicamente para aferir as consequências normativas derivadas dos eventos provados[4].

Como consequência do aporte filosófico reinante e de sua estrutura bipolarizada, o processo é iniciado e controlado pelas partes, sendo de sua responsabilidade a instrução probatória. Porta-se o juízo como um árbitro neutro e passivo que apenas decide questões de direito se for apresentada de maneira adequada pela parte interessada. Neste mesmo sentido, o processo é visualizado como uma "experiência autocontida", o que significa dizer que os efeitos do julgamento não ultrapassariam as partes processuais e a interferência judiciária é ultimada com a prolação da sentença[5].

Por fim, vislumbra-se uma interdependência relacional entre direito e "remédio", razão pela qual o escopo do segundo deriva mais ou menos logicamente da violação do primeiro, sob a premissa geral de que a parte autora terá a sua compensação medida pelo dano causado pelo réu em decorrência da violação de um dever ou obrigação a ele imputável[6].

Todavia, para o autor, o modelo tradicional de atividade jurisdicional começa a sofrer um revés a partir da derrocada da concepção filosófica que lhe subjazia, o que remontaria, em sua opinião, a "algum período posterior a 1875". Segundo afirma, teria sido a partir deste momento que, por força de variados fatores, começou a se desenvolver a percepção de que os arranjos sociais e econômicos, notadamente no que se refere aos condicionamentos e oportunidades que incidem sobre as interações privadas e públicas, dependiam não de negociações bilaterais entre indivíduos privados, senão de rotinas, organizações burocráticas ou da atuação de grupos de interessados mais ou menos organizados[7].

O modelo que surge, dos processos civis de interesse público, apresenta características que lhe distinguem em diversos aspectos do modelo tradicional. Em primeiro lugar, o escopo

4 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1285-1288; 1302.
5 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1285-1288; 1302.
6 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1285-1288; 1302.
7 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1288 e ss.

do processo não é inteiramente determinado pelas partes, mas modelado primária e conjuntamente pelo juízo e pelas partes. A matéria discutida na demanda não é uma disputa entre dois indivíduos ou sobre direitos privados, mas uma reivindicação sobre o funcionamento de políticas públicas. Em vez de bilateral, a estrutura das partes seria expansiva e amorfa, tendente a captar os diversos interesses que serão balanceados no caso concreto[8].

A instrução probatória não seria "histórica", nem estritamente direcionada para identificar consequências normativamente prescritas àquela série provada de eventos, mas sim preditiva e assemelhada à atividade legislativa, uma vez que direcionada a regular as condutas relacionadas à controvérsia durante um futuro indeterminado e com força de vinculação às pessoas que forem alcançadas por seu âmbito[9].

Por outro lado, o remédio não é concebido como uma compensação por um erro pretérito, logicamente deduzido da violação substancial e de impacto limitado às partes. Diversamente, o remédio é prospectivo, contingencial, primariamente negociado, projetado *ad hoc*, flexível e baseado em parâmetros amplos, tendentes a atingir inúmeras pessoas, inclusive os ausentes no processo. Projeta-se, pois, um regime complexo e contínuo de performance, baseado na acomodação dos diversos interesses contraposto no caso concreto e na projeção de um programa viável e justo entre os modelos alternativos disponíveis[10].

Além disso, a decisão de mérito não marca o fim do envolvimento judicial com o caso concreto, na medida em que a supervisão da implementação das medidas depende de participação contínua do Poder Judiciário[11].

Por tudo isso, o autor deixa claro que, no modelo dos processos de interesse público, o juiz não é passivo, não se limitando a sua função a analisar e declarar as regras legais. Assume-se uma postura ativa e responsiva não apenas pela credibilidade dos fatos avaliados,

---

8 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1289-1292.

9 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1296-1298.

10 O enfoque em controles performáticos revela que Chayes, em alguma medida, anteviu aquele que viria a ser, para alguns, o padrão predominante de abordagem judiciária dos problemas estruturais nos Estados Unidos. Os controles performáticos não se baseiam em comando e controle, garantindo margens de decisão ao gestor (no caso de políticas públicas) e assim neutralizando, em parte, as críticas de interferência jurisdicional que são comumente aventadas contra o modelo. Sobre controles performáticos cf.: SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

11 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1298-1302.

como também por organizar e modelar as formas processuais para garantir um resultado justo e viável. O juízo assume, nas palavras de Chayes, uma posição de gestão[12] e planejamento de políticas públicas, ativamente modelando[13] e monitorando a sua decisão, mediando a relação entre as partes, desenvolvendo suas próprias fontes de expertise[14] e informação e estabelecendo regimes continuados de conduta[15].

Apesar de concordar com Chayes que a sociedade passou a perceber outros tipos de condicionamentos aos arranjos sociais e econômicos predominantes, para Fiss, não foi a função jurisdicional em si que sofreu uma alteração. Isso porque a disputa ou controvérsia revelaria apenas uma "ocasião" para o exercício da função jurisdicional, de modo que a resolução da controvérsia representaria um modo ou forma específica de atuação jurisdicional[16].

A função jurisdicional, para o autor, consistiria em um processo social, não monopolístico, por meio do qual juízes reconstruiriam o sentido ou significado operativo de valores públicos. Assim, a percepção de que as condições da vida social são influenciadas por organizações de larga escala não modificaria o conteúdo da função jurisdicional que permanece voltado à concretização de valores públicos. O que mudou foi a forma de atuação jurisdicional, a qual deve ser adaptada para ser capaz de percepcionar o "caráter organizativo" (*bureaucratic character*) do Estado contemporâneo, como uma nova unidade de direito constitucional[17].

Neste sentido, a reforma estrutural seria um tipo de atividade jurisdicional que se distingue dos demais pelo caráter constitucional dos valores públicos concretizados e pela

12 Sobre a mudança de paradigma de comportamento judiciário em prol de uma perspectiva de gestão, cf.: RESNIK, Judith. Managerial Judges. Harvard Law Review, v. 96, p. 376-448, jan. 1982.

13 Essa característica coloca em dúvidas a inferência exposta na nota 10. A exploração "quase laboratorial" do fenômeno estudado talvez explique o caráter relativamente dúbio quanto às várias posturas judiciárias frente ao processo estrutural. Como se fará notar infra, a alusão a uma postura mais ativa do juiz pode simplesmente referir-se a superação da clássica passividade do juiz do modelo adversarial.

14 A visualização dinâmica da capacidade institucional do Judiciário é destacada por CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 312-327. A compensação procedimental de deficits informativos é um mecanismo que pode absorver recursos judiciários finitos, todavia, possibilita a superação de críticas que se baseiam em idealizações da capacidade institucional de cada órgão ou instituição de poder. A relevância multiforme dos *special masters* para a tarefa de compensar representatividade, bases informativas e limitações de monitoramento é destacada por FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.

15 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

16 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 18; 29 e ss.

17 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 3-4.

necessidade de restruturação de organizações estatais não responsivas, de modo a eliminar a ameaça a estes valores, posta pelos arranjos institucionais existentes[18]. De tal modo que não visa a solucionar uma controvérsia, mas sim a transformar a realidade social[19], superando a resistência institucional e introjetando valores constitucionais, a partir de ciclos contínuos de reestruturação das matrizes organizativas da(s) instituição(ões) reestruturandas[20].

A necessidade de responsividade aos valores constitucionais seria a fonte de legitimação de profundas alterações processuais. Em primeiro lugar, o objeto do processo seria deslocado da verificação de uma conduta específica, violadora de direitos ou causadoras de incertezas negociais, para abranger a perquirição do papel que organizações de larga escala desempenham nas condições da vida social. Dessa forma, não é a tortura do paciente institucionalizado X que é enfocada pelo modelo de reforma estrutural, mas sim a existência de uma condição social, criada ou perpetuada por dinâmicas institucionais, que ameaça e/ou viola valores constitucionais[21]. No modelo de reforma estrutural, a violação individualizada de direitos pode representar, no máximo, uma prova da configuração de determinado padrão comportamental, este sim configurador de uma condição social refratária a valores constitucionais[22].

Da mesma forma, a estrutura das partes processuais passa por diferenciações de caráter funcional. No modelo tradicional de resolução de controvérsias, tanto o indivíduo-autor, como o indivíduo-réu congregam três funções sobrepostas[23]. O autor assume as funções de pretensa vítima, legitimado para defender o seu próprio interesse e beneficiário da tutela requerida, enquanto o réu assume as funções de pretenso violador de direito, de legitimado para defender seu próprio interesse e de destinatário da tutela a ser conferida (*addressee*)[24].

---

18 Também neste sentido, FISS, Owen. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 31-55, 2021.

19 Como já dito, a perspectiva de transformação social dos processos estruturais é questionada por alguns autores como ROSENBERG, Gerald. The hollow hope: can courts bring about social change? 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle). Discutindo os vários fatores sociais que contribuíram para a superação do paradigma segregacionista simbolizado pelas leis *Jim Crow*, cf.: WOODWARD, C. Van. The Strange Career of Jim Crow. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 125-130.

20 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 28; 53.

21 Para uma interessante análise dos casos Holt v. Sarver, cf.: VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 637-686, 2021.

22 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 18.

23 O destaque para "indivíduo-autor" e "indivíduo-réu" se dá porque o autor analisado descreve o modelo tradicional de resolução de controvérsias como uma expressão do processo bipolar individual.

24 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 18-24.

No modelo de reforma estrutural, a distribuição das funções subjetivamente exercidas pelas partes sofre uma fragmentação, de modo a que cada função descrita seja assumida possivelmente por sujeitos diversos.

No polo ativo da demanda, a pretensa vítima deixa de ser um indivíduo, passando a abranger um grupo de sujeitos indeterminados. O sujeito legitimado a conduzir o processo não mantém uma relação de identidade com a pretensa vítima, sendo certo que o pertencimento à coletividade não é requisito para representar os interesses do grupo. Legitimado e vítima mantém uma relação instrumental, de modo que se torna necessário aferir se os interesses daquele agrupamento substituído estão sendo adequadamente representados pelo legitimado[25].

O processo deixa de ser necessariamente bipolarizado pela contraposição de interesses diametralmente opostos, passando a comportar uma multiplicidade de interesses. Neste contexto, a instrumentalidade, que marca a relação entre legitimado e grupo vitimado, passa a ensejar a existência de uma pluralidade de potenciais legitimados que representarão o enfeixamento multipolarizado dos interesses envolvidos em determinado caso estrutural[26].

O beneficiário da tutela requerida, por sua vez, não precisa coincidir com a pretensa vítima coletiva. O autor exemplifica aludindo ao caso de violência policial direcionada a grupos minoritários. Uma vez reconhecida a condição social não responsiva aos valores constitucional, fomentada pela inexistência de mecanismos repressivos à conduta policial violenta, o juízo determina que seja estabelecido um procedimento disciplinar interno disponível a qualquer pessoa que entenda ter sido vítima de violência policial[27].

Observe-se que o beneficiário da tutela requerida não será apenas o grupo minoritário requerente, mas todos aqueles que porventura forem vítimas de violência policial. A inexistência de fator de discrímen ou razão de eficiência que justifique a criação de

---

25 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 18-24. O autor não parece conceber as funções apontadas como um retrato da realidade (autor sempre vítima, por exemplo), mas que o processo seria adaptado para conferir este tratamento ao autor e ao réu. Não deixa, contudo, de ser criticável a distribuição subjetiva funcional explicitada por Fiss. Para uma crítica deste ponto, cf.: GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 34-36.

26 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 21.

27 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 21-22. Para esse fim, a prova estatística mostra-se proveitosa, como destaca VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 356-357.

procedimentos disciplinares apenas acessíveis por determinado grupo minoritário leva a sua extensão subjetiva ampliada[28].

De modo semelhante, no polo passivo, as funções exercidas também sofrem fragmentação. No entanto, diversamente, uma das figuras típicas do modelo de resolução de controvérsias, a do violador de direitos, praticamente desaparece, pois o objetivo do processo se direciona à eliminação de uma condição social resultante de dinâmica institucional. Os custos e ônus impostos à instituição, diz Fiss, não são imputados em razão da violação de direitos, provenientes de uma conduta intencional ou voluntária, mas sim porque a reforma é necessária para eliminar uma ameaça criada pela dinâmica institucional a valores constitucionais[29].

Outro aspecto que sofre um redimensionamento é aquele referente à postura do juiz frente ao processo. No modelo de resolução de controvérsias, o juiz assume uma postura passiva, de mero observador equidistante dos interesses das partes, sem qualquer iniciativa em relação à apresentação de fatos e de articulação de possíveis formas de tutela. A atividade do juiz se esgota na declaração de quem está certo.

No modelo estrutural, o juiz não pode ser passivo. As desigualdades entre as partes, que também vicejam o modelo de resolução de controvérsias, aparecem majoradas, sobretudo no caso de instituições que atendem pessoas de baixa classe econômica ou que estão submetidos a instituições totais que lhe impõe alto grau de vulnerabilidade social[30].

Nestes casos, o juiz não deve depender da iniciativa das partes, principalmente quando se observa que, no modelo de reforma estrutural, a função de legitimado ativo não é exercida pelo titular da posição jurídica de vantagem, mas por autoproclamação, a qual não agrega nada que aprioristicamente ofereça respaldo a configuração da representatividade adequada, seja no polo ativo, seja no polo passivo[31].

Por esta razão, o juiz deve controlar a representatividade adequada dos legitimados, bem como a perspectiva, mais ou menos ampla, dos interesses e visões do problema por eles

---

28 O exemplo que encapsula a ideia de Fiss é semelhante ao de discriminação no ambiente de trabalhado por Didier como representativo de um processo estrutural individual que, assim como no exemplo da acessibilidade, mais abaixo retomado, beneficia outros interessados na medida postulada. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 7 (versão eletrônica).

29 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 22-23.

30 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 24-27.

31 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 25.

apresentada. Para tanto, o juiz pode se valer de diferentes estratégias, como, por exemplo, notificar potenciais interessados ou sujeitos substituídos, nomear organizações para assumir a função de *amicus curiae* ou uma função híbrida de *amicus* "litigante", além de poder fazer uso da figura dos *special masters* para corrigir inadequações representativas, apresentar pontos de vista sobre a responsabilidade das partes e sobre a forma de tutela adequada, etc[32].

Por fim, entende Fiss que o modelo de resolução de controvérsias era marcado pelo caráter episódico da fase de remediação da violação do direito. A função jurisdicional era exaurida quando pronunciada a sentença, quantificada a eventual indenização devida ou determinada a obrigação de fazer específica requerida. A fase de remediação da violação do direito possuía uma clara linearidade temporal (início, meio e fim), mesmo em casos excepcionais de resistência do executado[33].

Já nos processos estruturais, a fase remedial envolve uma relação contínua entre o juízo e a instituição reestruturanda. A formulação do remédio não é decorrência direta do reconhecimento da ocorrência de determinado fato, senão modelada concreta e dinamicamente em juízo para o fim de remover a condição que ameaça os valores constitucionais, seja desestruturando a organização estatal não responsiva, seja reestruturando-a[34].

Neste sentido, o juízo reterá cognição enquanto a ameaça persistir e a fase de implementação da reestruturação deverá acompanhar os desenvolvimentos fáticos e institucionais ao longo do tempo, encampando a criação de ciclos de reestruturação suplementar. Estabelece-se uma relação de supervisão entre o juízo e a instituição, que visa ao monitoramento de sua performance e o desenvolvimento de novas estratégias para garantir que a operatividade organizacional será mantida nos limites constitucionais[35].

Vale destacar que o tema dos processos estruturais foi tratado, ao longo do tempo, por diversos outros autores. No entanto, na doutrina norte-americana, o questionamento às características apresentadas por Fiss e Chayes costuma ser pontual, ou seja, sem pretensão de apresentar um conceito ou tipologia totalmente novo. Costuma-se abordar o padrão de

32 Percebe-se como a função dos *special masters* não se compara à função desempenhada por um mero perito. FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 27; 28; 33-34; 56-57.
33 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 27-28.
34 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 27-28.
35 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. p. 28.

interação que deve ser mantido entre o Poder Judiciário e as demais instituições[36] ou criticar o protagonismo judiciário subjacente a ambas as concepções[37], além de comentar técnicas diferenciadas ou limitações decorrentes da separação de poderes, princípio democrático, etc.

Seja como for, para observar o contraste das percepções iniciais sobre a temática em relação às percepções atuais, conforme destacado acima, prossegue-se com a exposição do pensamento contemporâneo brasileiro sobre os processos estruturais.

1.2.2 O pensamento contemporâneo brasileiro sobre os processos estruturais

Interessa contrapor as visões tradicionais norte-americanas sobre a definição e caracterização dos processos estruturais às visões de diversos autores brasileiros que tem se dedicado ao estudo acadêmico da temática.

A partir deste enfoque analítico, será possível notar como a nossa doutrina tem abordado a questão definitória dos processos estruturais partindo de um contexto jurídico, histórico e social totalmente distinto daquele que partiram Chayes e Fiss.

Trata-se de revisão que também serve ao propósito de eliminar discussões que, apesar de recorrentes, não dizem respeito a nossa tradição jurídica e, por isso mesmo, não são repetidas pela doutrina brasileira.

1.2.2.1 O pragmatismo moderado de Gustavo Osna

Vale iniciar com o "pragmatismo moderado" de Gustavo Osna, o qual traz à lume os "riscos" de adotar uma postura conceitualista. Ao se debruçar sobre o que é estrutural no processo, o autor destaca que parcela da doutrina identifica a natureza estrutural de determinado processo com a sua "base causal", consistente na necessidade de "reestruturação de determinado elemento da realidade material", enquanto outra parcela da doutrina identifica a natureza estrutural com o modo de condução ou efetivação do(s) comando(s) proferido(s) no processo[38].

---

36 Como por exemplo, SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

37 Por todos, STURM, Susan. Equality and the Forms of Justice. University Of Miami Law Review, v. 58, p. 51-82, out. 2003.

38 OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020. p. 253-254 (nota de rodapé 1); 256.

A posição de Osna não segue esses dois parâmetros, partindo, ao revés, do entendimento de que mais relevante do que identificar o elemento conceitual preponderante é impedir que "o conceito teórico encubra as exigências da realidade". O importante seria assegurar que a base conceitual não operasse de modo a restringir o cabimento ou as potencialidades de "provimentos complexos, contínuos ou cascateados, sempre que a realidade material assim recomendar"[39].

O raciocínio empregado para chegar a esta conclusão parte da premissa de que o desenvolvimento da tutela estrutural foi eminentemente prático, precedendo os esforços doutrinários que buscaram lhe caracterizar e conceituar. Assim, o único elemento comum dos primeiros processos estruturais consistiria simplesmente na inviabilidade material de medidas judiciais que fossem imediatamente implementáveis, no sentido de remover as ilicitudes identificadas pelo juízo e impedir a sua continuidade[40].

Para garantir a efetivação da situação jurídica declarada, fazia-se necessário, nesses casos, construir um "caminho dúctil" para sua concretização, uma "rota continuada e descentralizada para dar vida ao comando judicial". Para lidar com inúmeros aspectos de uma realidade social cambiante e, por vezes, resistente às determinações judiciais, afigurava-se imprescindível escalonar as providências concretas a serem adotadas, o que se daria por meio de um percurso aberto de implementação, única dinâmica processual capaz de entregar a "melhor resposta cabível com o menor prejuízo agregado"[41].

O caminho dúctil e escalonado, traçado pela Suprema Corte norte-americana, permitiria que o processo civil fosse capaz de atingir resultados factíveis a partir da superação do "ponto cego" traduzido pela instantaneidade e totalidade associadas à lógica binomial de procedência/improcedência. Depreende-se que a complexidade do problema *sub judice*

---

39 OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020. p. 257.

40 OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020. A centralidade do elemento de inviabilidade material de medidas de efetivação imediata também é apontada por JOBIM, Marcos. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 815-834, 2021. Sobre a origem dos processos estruturais, conferir também: JOBIM, Marco Félix; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 853-872, 2021.

41 OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020. p. 264.

pressionou o surgimento de uma cisão entre necessidade material tutelanda e a dedução dos mecanismos disponíveis para sua proteção.[42]

Por outro lado, a ausência de motivação específica da categoria analisada por parte das decisões estruturais originárias prenunciaria que o Poder Judiciário, antes de se preocupar com rigores conceituais, estabelecera as medidas necessárias para lidar com o problema da efetivação do direito declarado em cenários de complexidade. Tratar-se-ia de tendência que se verificaria também em nossos Tribunais, os quais, ao se verem diante de um problema cuja complexidade se revele incompatível com a dinâmica do processo civil tradicional, optaram por desenvolver "soluç[ões] criativa[s]", escalonadas e cascateadas, fugindo da já citada lógica do "tudo ou nada"[43].

De tal forma que em todos os casos, haveria em comum a existência de um "núcleo de pragmatismo". O seu modo de ser apresenta como características principais a preferência pela experimentação e a busca pela ampliação de benefícios e minimização de externalidades negativas, as quais descreveriam uma espécie de "instrumentalismo orientado ao futuro". Teria sido a partir de um "agir essencialmente pragmático" que o Poder Judiciário, diante da insuficiência do processo civil clássico e da necessidade de efetivação de uma situação jurídica declarada, prolatou "provimentos condicionados, sucessivos ou cascateados que poderiam desafiar qualquer realidade ortodoxa"[44].

Diante da tese da origem essencialmente pragmática da tutela estrutural, Osna se opõe a um conceitualismo que sirva ao propósito de limitar o uso da criatividade jurisdicional. Em última análise, a proposta de limitação conceitualista seria incapaz de reconduzir o que, de fato, motivou as decisões estruturais originárias, em desvirtuamento teórico que, no mais, teria aptidão para frustrar a perquirição criativa, "ousad[a] e pioneir[a]" de soluções factíveis aos problemas complexos submetidos à jurisdição nos dias atuais[45].

---

42 OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020. p. 262.
43 OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020. p. 265.
44 OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020. p. 270.
45 OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020. p. 270.

1.2.2.2 O processo estrutural segundo Edilson Vitorelli

Sob premissas bem distintas, vale conferir o pensamento de Vitorelli. Para entender a sua concepção de processo estrutural, é preciso aludir, ainda que brevemente, ao seu arquétipo de litígios coletivos. Vitorelli percebeu, com originalidade, que o conceito de direitos transindividuais deveria ser reconstruído a partir da revisão de sua titularidade, cujo vício de nascedouro se baseou no afastamento teórico de marcos sociológicos acerca do que significava "sociedade"[46].

Diante das várias concepções existentes de sociedade, Vitorelli notou que para entender os direitos transindividuais era necessário saber de que tipo de sociedade se estava falando em cada caso. Além disso, era necessário superar os dogmas da indivisibilidade e indeterminação subjetiva que terminavam por escamotear diversas repercussões decorrentes da definição de titularidade dos direitos transindividuais.

Neste caminho, Vitorelli propôs que a titularidade dos direitos coletivos somente pode ser adequadamente visualizada no momento de sua violação, pois "enquanto íntegros, não compõem o patrimônio de pessoas específicas, não têm valor econômico, não podem ser transacionados ou apreendidos individualmente, nem usufruídos em cotas". Somente no momento de sua violação é que seria possível perceber com que intensidade os indivíduos são atingidos pela lesão à situação jurídica coletiva[47].

Para compreender as situações jurídicas coletivas no contexto de sua violação, Vitorelli propôs duas variáveis: a complexidade e a conflituosidade. Complexidade é o elemento que descreve as "múltiplas possibilidades de tutela de um direito", enquanto a conflituosidade diz respeito à "uniformidade das posições dos integrantes da sociedade em relação ao litígio [a qual tende a variar conforme] o modo como forem atingidos pela lesão"[48].

---

46 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 37-49.

47 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 75.

48 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 76.

A partir dos tipos de sociedade, visualizadas no contexto de violação de direitos, com base nas duas variáveis enunciadas, o autor identifica três tipos de litígios coletivos: (i) de difusão global; (ii) de difusão local e (iii) de difusão irradiada[49].

O primeiro adota o conceito de sociedade como estrutura e abarca os casos em que "a lesão não atinge diretamente os interesses de qualquer pessoa", de modo que "ninguém é especialmente prejudicado pelo dano decorrente desse tipo de lesão". Apresenta baixa conflituosidade e complexidade variável[50].

O segundo adota o conceito de sociedade como comunidade e abarca os casos em que pessoas ligadas por "algum tipo de laço de solidariedade social", que lhes diferencia dos demais segmentos sociais, são atingidas com "intensidade significativa". Apresenta conflituosidade moderada e complexidade variável que tende a ser maior do que aquela verificada nos litígios de difusão global[51].

A terceira categoria adota o conceito de sociedade como criação, abrangendo os casos em que

> "a sociedade é lesada de modos qualitativa e quantitativamente distintos entre os seus integrantes, dando origem a subgrupos que não compõem uma comunidade, não têm a mesma perspectiva social e não serão atingidos, da mesma forma e com a mesma intensidade, pelo resultado do litígio."[52]

De acordo com essas características, os litígios de difusão irradiada dão ensejo ao surgimento de "litígios mutáveis e multipolares", nos quais é possível observar opiniões concorrentes e contrastantes não apenas em relação ao réu, mas em relação a outras parcelas da sociedade demandante. É marcado por conflituosidade e complexidade sempre elevadas, dependendo de *inputs* interdisciplinares que exortam os lindes do binômio lícito/ilícito[53].

Chegando a este ponto, é possível situar a compreensão do autor acerca do que são os litígios estruturais. Com efeito, litígio estrutural seria uma espécie de litígio de difusão irradiada, em que a violação de situações jurídicas coletivas é causada, possibilitada ou

---

49 VITORELLI, Edilson. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais,locais e irradiados. Revista de Processo, v. 248, p. 209-250, out. 2015.

50 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 78-83.

51 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 83-88.

52 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 37.

53 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 37-38.

perpetuada pelo "modo como uma estrutura burocrática, usualmente de natureza pública, opera"[54].

Assim, a remoção de cada violação em si não detém aptidão para solucionar o problema, eis que a estrutura que lhe enseja permanece produzindo lesões sistêmicas. Surge, pois, a necessidade de reestruturação, uma vez que "a complexidade do problema e o modo como suas frações interagem (…) exigem que a dinâmica social em que ele ocorre seja alterada"[55].

Apesar de se referir a natureza "usualmente pública" da estrutura burocrática violadora de direitos transindividuais, o autor admite litígios desse tipo envolvendo estruturas privadas de interesse público, de "função complementar ou associada à função estatal", bem como integralmente privadas, cuja importância social não permite a sua simples eliminação e substituição pela lógica de mercado[56].

Observe-se que o litígio estrutural seria de difusão irradiada, pois abrange uma espécie de violação que atinge subgrupos sociais diversos, sem perspectiva social compartilhada, com intensidades variáveis, provocando o surgimento de litígios mutáveis e multipolares, o que se enquadra no arquétipo anteriormente descrito.

O litígio estrutural seria essencialmente policêntrico, o que, na leitura de Violin das lições de Fuller, significa que lida "vários centro de interesse juridicamente protegidos no mesmo conflito". Essa característica revela a insuficiência dos arcos procedimentais padronizados e das técnicas processuais tradicionais, além de induzir a insuficiência das categorias autor e réu, adequando-se melhor ao conceito de zonas de interesse[57].

Antes de prosseguir, vale notar, que como consequência da conceituação proposta, Vitorelli não admite a existência de litígios estruturais em um contexto de violação desvinculado do funcionamento de instituições públicas ou privadas. É que, partindo de seu arquétipo de litígios coletivos, violações que afetam, com intensidades variadas, diversos subgrupos sociais, sem perspectivas sociais compartilhadas, com múltiplas possibilidades de tutela sem envolver, contudo, o funcionamento de uma determinada estrutura caracteriza a

54 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 52.
55 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 57.
56 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 53.
57 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 57. Sobre o conceito de zonas de interesse: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009.

existência de um litígio de difusão irradiada. Como frisa o autor, todo litígio estrutural é de difusão irradiada, mas a recíproca não é verdadeira[58].

Neste caminhar de ideias, o processo estrutural seria uma técnica processual concebida para permitir a tutela jurisdicional de situações jurídicas coletivas relacionadas a um litígio estrutural. Em suas palavras, o processo estrutural seria uma espécie de "processo coletivo no qual se pretende, pela atuação jurisdicional, a reorganização de uma estrutura, pública ou privada, que causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direito, pelo modo como funciona, originando um litígio estrutural"[59].

Vale notar que o litígio estrutural, por se tratar de um dado da realidade, pode ser tratado por diferentes técnicas processuais (processos individuais, coletivos bipolares, etc), no entanto, devido às suas características diferenciadas, somente por meio de um processo estrutural é que surge a possibilidade de se alcançar resultados sociais positivos, eis que o enfoque nas consequências de um litígio estrutural, mantém incólume sua causa de perpetuação (funcionamento estrutural)[60].

Por isso mesmo é que o autor diz que o tratamento não estrutural dessa espécie de litígio, por desconsiderar custos sistêmicos e de transação, poderia ser denominado pejorativamente de "processo desestrutural", pois provoca a realocação irracional de recursos públicos que, por não percepcionar o contexto global da política pública analisada, não consegue eliminar as iniquidades de sua distribuição[61].

Voltando à definição de processo estrutural, observa-se que o autor entende que a qualificação agregada da adjetivação estrutural diz respeito à pretensão e não à sua "metodologia". É a pretensão, veiculada em juízo, de reorganização de uma estrutura que, pelo modo como funciona, causa, fomenta ou viabiliza a ocorrência de uma violação a direito que caracteriza o processo estrutural.

---

58 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 52-60.
59 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 60.
60 O ponto também é reforçado por PORFIRO, Camila. Litígios Estruturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018, p. 14-22, MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 70-74, FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 42-49, dentre muitos outros.
61 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 62-65; 111-112. Conferir a pesquisa feita por: 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. Cap. 10, (ebook).

Dessa forma, para o autor, o fato de o processo estrutural comumente se desenvolver por etapas, com forte apreço pela consensualidade ou pela cooperação dialogada, com a participação de diversos autores e execução submetida a supervisão judicial não são essenciais ao conceito de processo estrutural, as quais, na verdade, seriam comuns a qualquer processo complexo. De acordo com Vitorelli, seria possível conceber processo estrutural sem quaisquer dessas características, como na hipótese em que o juiz fixa um prazo e determina que a instituição se reorganize e informe, posteriormente, o cumprimento da decisão, sob pena de multa. Ainda assim, por força do objetivo reestruturante, o processo poderia ser denominado de estrutural[62].

Frise-se que o autor entende que a consensualidade, a cooperação dialógica, a divisão do processo em fases, etc, compõem uma metodologia adequada para conduzir os processos estruturais. Como afirma Vitorelli, "o processo judicial não foi talhado para a finalidade de projetar o modo de agir de uma organização", razão pela qual a perquirição de uma metodologia adequada traduz empreitada em prol de um processo mais eficiente e efetivo[63].

Em busca de tal metodologia, fala-se em "processo-programa", no qual o juiz assumiria uma postura de "agente de negociação e troca" e que seguiria uma progressão procedimental cíclica, que se reinicia após o transcurso de seis fases: (i) diagnóstico da situação da estrutura; (ii) elaboração de um plano de alteração do funcionamento da estrutura, baseado em um conjunto progressivo de ordens cuja implementação se fará ao longo do tempo; (iii) a implementação, negociada ou compulsória, do plano elaborado; (iv) avaliação dos resultados do plano; (v) revisão do plano a partir dos resultados avaliados; e (vi) a implementação do plano revisado[64].

Por conseguinte, apesar de reconhecer que existem metodologias adequadas para se lidar processualmente com um litígio estrutural, essa metodologia, por ser transponível a outros tipos de processos complexos e por não ser inexorável ao tipo de pretensão caracterizadora dos processos estruturais, não representaria um elemento necessário para a configuração da categoria.

Seguindo o rigor do conceito traçado, o autor é compelido, inclusive, a entender que nem sempre a prolação de uma medida estrutural prenunciaria a existência de um litígio

62 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 73-74.
63 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 72.
64 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 60-65.

estrutural e, por isso, de um processo estrutural. Vitorelli descreve uma modalidade atípica de tutela que é concedida em casos em que a impossibilidade de tutela específica do direito pretendido conduz não ao pagamento de equivalente pecuniário ou ao resultado prático equivalente, mas a uma técnica reparatória não específica que "pressupõe a reestruturação de determinados aspectos da realidade para o futuro". Nestes casos, apesar da medida estrutural concedida, não haveria nem litígio, nem processo estrutural[65].

Por fim, ressalte-se que o autor aparta o conceito de processo estrutural do conceito de processo civil de interesse público, desenvolvido por Adam Chayes, dentre outros autores. Segundo Vitorelli, o processo civil de interesse público não implica necessariamente na reestruturação de uma organização, visando apenas à implementação de "direito já garantido, mas não efetivado", o qual pode ou não contar com uma estrutura organizacional suficientemente aparelhada para sua promoção[66].

Ademais, o processo civil de interesse público poderia ser conduzido por meio de diferentes técnicas processuais, como, por exemplo, "mediante criação de um precedente obrigatório, na via de controle abstrato de constitucionalidade ou por intermédio de processos coletivos, estruturais ou não". Teria sido o caso das ADI 4.277 e ADPF 132 que visavam a assegurar "um direito para todos os cidadãos pela alteração de normas (não de estruturas) estatais". E, por último, o processo civil de interesse público envolveria pretensões veiculadas apenas em face do Estado, não incluindo, dessa forma, instituições privadas[67].

1.2.2.3 O processo estrutural segundo Didier, Zaneti Jr. e Alexandria

Outra corrente de pensamento sobre os processos estruturais que deve ser analisada é decorrente dos esforços doutrinários de Didier, Zaneti Jr. e Alexandria. De início, os autores entendem se tratar de um reducionismo histórico equivocado limitar os processos estruturais ao julgamento de "questões altamente complexas, relativas a direitos fundamentais e em que se busca interferir na estrutura de entes ou instituições ou em políticas públicas"[68].

---

65 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 67-68.
66 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 74-79.
67 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 74-79.
68 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 2 (versão eletrônica).

Diversamente, central para a noção de processo estrutural seria o conceito de problema estrutural. Com efeito, problema estrutural consiste em um "estado de desconformidade estruturada", cuja resolução depende de uma intervenção duradoura que promova uma reestruturação do estado de coisas[69].

Neste diapasão, o estado de desconformidade estruturada é caracterizado como uma espécie de "situação de ilicitude contínua e permanente ou uma situação de desconformidade, ainda que não propriamente ilícita, no sentido de (…) não corresponde[r] ao estado de coisas considerado ideal"[70].

A toda evidência, a ideia de desconformidade estruturada se presta ao claro propósito de desvincular o objeto do processo estrutural da configuração de uma ilicitude, o que, como vimos, já era algo antevisto como necessário pelos autores norte-americanos que iniciaram o estudo da temática[71].

Para aferir a desconformidade estruturada basta verificar a configuração de "uma situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas". Tal situação pode ser resultante de um encadeamento de comportamentos ilícitos, de maior ou menor gravidade, de uma série de comportamentos lícitos, com repercussões desconformes, ou mesmo de uma série composta por comportamentos lícitos e ilícitos[72].

O que importa é que, além de não pressupor comportamento ilícito, mesmo que o estado de desconformidade seja resultante de condutas ilícitas, o problema estrutural não se confundirá com cada conduta individualmente considerada, as quais, portanto, não estão incluídas na pretensão de reestruturação.

---

69 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 2-4 (versão eletrônica).

70 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. A proximidade com o pensamento de Galdino é visível. Conferir também: GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão tipológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 901-953, 2021. p. 19 (versão eletrônica).

71 O exemplo da desmobilização empresarial, fornecido pelos autores, deixa claro o porquê não se pode associar o estado de desconformidade estruturada com o conceito de ilicitude. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 3 (versão eletrônica).

72 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 3.

Com base neste conceito-chave, os autores propõem, em primeiro lugar, que processo estrutural "é aquele em que se veicula um litígio estrutural, pautado num problema estrutural, e em que se pretende alterar esse estado de desconformidade, substituindo-o por um estado de coisas ideal". Em segundo lugar, definem decisão estrutural como aquela que "partindo da constatação de um estado de desconformidade, estabelece o estado ideal de coisas que se pretende seja implementado (fim) e o modo pelo qual esse resultado deve ser alcançado (meios)"[73].

Segundo os autores, a decisão estrutural traz em seu bojo dois tipos de normas: um princípio, ao prescrever um resultado, meta ou objetivo a ser alcançado, e uma regra, que organiza o "modo como se deve alcançar esse resultado, determinando condutas que precisam ser observadas ou evitadas para que o preceito seja atendido e o resultado seja alcançado"[74].

A partir desta moldura, são destacadas as seguintes características tidas como essenciais dos processos estruturais: (i) versa sobre um problema estrutural; (ii) visa a remover a situação de desconformidade e estabelecer um estado ideal de coisas, por meio da formulação de um regime de transição; (iii) deve se desenvolver sob um *iter* procedimental bifásico, "que inclua o reconhecimento e a definição do problema estrutural e estabeleça o programa ou projeto de reestruturação que será seguido"; (iv) exige um arco procedimental flexível, com a "possibilidade de adoção de formas atípicas de intervenção de terceiros e de medidas executivas, de alteração do objeto litigioso e de utilização de mecanismos de cooperação judiciária"; e, por fim, (v) deve ser marcado por ampla margem de consensualidade[75].

A necessidade de flexibilidade procedimental decorreria da inviabilidade de estipulação prévia de circuitos procedimentais adequados ao desenvolvimento de qualquer processo estrutural, haja vista que as medidas diversificadas exigidas para atender às

73 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 5.

74 O exemplo da Raposa Serra do Sol é tratado pelos autores como caso de processo estrutural, contrastando com o entendimento de Vitorelli sobre os mesmos casos. Comparar DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 5 e VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 58.

75 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 19-20.

necessidades de tutela de situações jurídicas díspares, como direito à segurança pública, à saúde, ao meio ambiental sadio, etc[76].

Para os autores, a flexibilidade procedimental necessária aos processos estruturais seria garantida pela adoção de um procedimento bifásico, "aproveitando-se o *standard* do processo falimentar, que lhe pode servir de base em razão da previsão legal expressa da possibilidade de fracionamento da resolução do mérito" (art. 354 e 356, do CPC/15) e pela aplicação de técnicas processuais flexibilizadoras, "como a que atenua as regras de congruência objetiva e da estabilização objetiva da demanda, a ampliação do regime de participação no processo", bem como a utilização das cláusulas gerais de atipicidade probatória, executiva e de cooperação judiciária[77].

A relevância da adoção da estrutura bifásica do procedimento falimentar consiste em permitir o aproveitamento de uma técnica procedimental já conhecida e aplicada na prática, ao mesmo tempo em que auxiliaria na definição do que deveria compor o objeto de cada fase. Na primeira fase, averigua-se a existência do problema estrutural e, acaso existente, fixa-se o estado ideal de coisas que deverá ser perseguido sequencialmente[78].

Após proferida a decisão estrutural com este conteúdo, inicia-se a segunda fase do procedimento, na qual se busca a implementação do estado de coisas fixado anteriormente. Trata-se de fase marcada pela determinação de medidas executivas sobretudo atípicas, por uma cognição voltada à identificação dos meios adequados ao alcance das metas fixadas e pela "harmonização entre vários estados de coisas" incidentais ao objeto do processo. Para tanto, é preciso que se estabeleça o tempo, o modo e o grau da reestruturação pretendida, bem

76 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. Vale notar que a inviabilidade de um circuito procedimental prévio não significa que não haja um modelo processual disponível que seja flexível o suficiente para que o processo estrutural se desenvolva de maneira adequada. Os autores defendem a adequação do atual desenho do procedimento comum, marcado pela possibilidade de modelagem de mecanismos atípico e pela possibilidade de transporte de técnicas especiais.

77 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 9 (versão eletrônica). Sobre a caracterização da recuperação judicial como processo estrutural, cf.: BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação judicial como processo coletivo. 2017. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017. p. 118-125.

78 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 9-10 (versão eletrônica).

como formular um regime de transição adequado e estabelecer mecanismos de avaliação e fiscalização permanente das medidas estruturais[79].

Em complemento, a consensualidade seria central nos processos estruturais, "em razão das usuais complexidade e multipolaridade envolvidas na sua tramitação", as quais amplificam a preferência normativa por soluções negociadas em relação ao objeto do processo, em relação à adaptações procedimentais às peculiaridades da causa ou, ainda, em relação às situações jurídico-processuais dos sujeitos processuais[80].

Por outro lado, os autores arrolam como características típicas, mas não essenciais, a multipolaridade, a coletividade e a complexidade. A não essencialidade decorre do fato de que seria concebível um processo estrutural bipolar, um processo estrutura individual e um processo estrutural simples[81].

Assim, no que se refere à multipolaridade, conquanto se trate de característica frequente e, por isso, típica, o fato de existirem processos multipolares não estruturais e de ser concebível um processo estrutural bipolar afastam a sua essencialidade.

No que se refere à coletividade, entende-se que uma demanda individual, versando sobre um problema estrutural, poderia ser tratada como processo estrutural, o que decorreria do fenômeno da múltipla incidência, que ocorre quando um fato pode afetar, ao mesmo tempo "a esfera de situações jurídicas individuais e de situações jurídicas coletivas". Dá-se o exemplo da pessoa portadora de deficiência que pretende que determinado edifício público ou privado de uso coletivo, aos quais ele precisa ter acesso recorrente, sejam obrigados a garantir a acessibilidade prevista em lei[82].

---

79 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 10-14 (versão eletrônica). Sobre a importância dos mecanismos de fiscalização e avaliação das providências determinadas por decisão estrutural, cf.: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 208-210. Também neste sentido, cf.: GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. Texas Law Review, v. 89, p. 1669-1698, 2011.

80 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 15 (versão eletrônica).

81 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 6-8 (versão eletrônica).

82 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 7 (versão eletrônica).

Segundo Didier, Zaneti Jr e Alexandria, trata-se de demanda individual de natureza estruturante, pois "sua causa de pedir consiste na afirmação de uma situação de desconformidade (…)", eis que a legislação garante o direito de acessibilidade, e exige uma "intervenção (re)estruturante, porque desse novo e ideal estado de coisas depende a satisfação do indivíduo autor". Cita-se, ainda, demanda individual que veicule pretensão por tratamento isonômico no ambiente de trabalho, "cujo resultado pode ter alcance coletivo"[83].

Já no que se refere à complexidade, os autores pontuam que, apesar de sua predominância, o mero fato de o problema estrutural não estar sujeito a uma pluralidade de possibilidades de tutela não descaracteriza o processo estrutural, até porque "a questão pode ser clara do ponto de vista jurídico e complexa do ponto de vista fático (…) [ou] de difícil implementação por envolver uma mudança cultural". Em casos em que se exigiria uma intervenção menos intensa do Poder Judiciário, como na mera determinação judicial de revisão do "teto para pagamento de procedimentos de saúde classificados como de média e alta complexidade", vislumbra-se, ainda assim, a existência de um processo estrutural, apesar de desacompanhado do elemento complexidade[84].

Por fim, é interessante notar que os próprios autores estabelecem um diálogo com o conceito de processo estrutural formulado por de Vitorelli. Destacam-se três pontos de diferenciação entre seus pensamentos: a coletividade do processo estrutural, a essencialidade de um elemento institucional ou da configuração de um estado de desconformidade e (des)necessidade de violação à norma para configuração do problema ou litígio estrutural[85].

1.2.2.4 O processo estrutural segundo Felipe Marçal

A próxima perspectiva teórica que será apresentada será a de Felipe Marçal. Para o autor, o processo estruturante é aquele que abrange um litígio multifocal que se pretende

83 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 7 (versão eletrônica).
84 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 8 (versão eletrônica).
85 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 24. Nota de rodapé 15 (versão eletrônica).

solucionar por meio de medidas estruturantes. Ou seja, os elementos centrais de sua definição são a existência de um litígio multifocal e de medidas estruturantes[86].

Vale notar que o autor entende que os litígios estruturais seriam litígios policêntricos, que se caracterizam pelo impacto de diferentes sujeitos (processuais e terceiros), com intensidades diversas, "de modo que todos eles se inter-relacionam de forma fluida, necessitando de uma solução coordenada (entre as partes e o juiz)". O vocábulo "policêntrico", no entanto, por sua inexatidão e ambiguidade, é substituído pelo termo "multifocal", o qual, na medida em que destaca a existência de múltiplos focos ou "pontos de interesse", também se afiguraria mais adequado do que "multipolar". A terminologia adotada também seria superior à estrutural/estruturante, pois "mesmo quando se está diante de comandos pontuais ou de alterações fáticas, permanece a natureza multifocal do problema, que não será resolvida pela via tradicional (*one-shot* ou *one-way*)"[87].

De outro lado, as medidas estruturantes consistiriam em "prestações – positivas ou negativas – gradativas e difusas, com uma perspectiva preponderantemente futura e global dos sujeitos processuais (e, muitas vezes, terceiros), para – objetivo imediato – realizar alterações em práticas ou condutas para reformar (a estrutura de) um ente, organização ou instituição". Seu objetivo mediato pode ser "a tutela de direitos fundamentais, a realização de determinada política pública ou a resolução de qualquer 'litígio policêntrico'"[88].

Como se observa, o autor não limita os processos estruturais à reestruturação de políticas públicas ou instituições estatais, entendendo tanto que instituições privadas podem ser objeto de medidas estruturante, como "mudanças eminentemente fáticas" e pontuais, como é o exemplo da recomposição do meio ambiente, também teriam natureza estruturante, ainda que "nenhuma estrutura precise ser criada ou modificada"[89].

---

86 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 24-36.

87 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 28-36; 193.

88 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 24-25.

89 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 27-28.

Em detrimento de soluções de oportunidade única, os processos estruturantes operam sob uma lógica de efetivação baseada em "respostas graduais e experimentais (tentativa e erro), que permitem reanálise e retorno ao ponto anterior", o que geralmente demanda o emprego de medidas executivas atípicas e uma postura participativa de todos os sujeitos processuais e terceiros afetados. Por sua vez, diante dos litígios multifocais, o juiz deveria assumir um papel menos impositivo e mais de "supervisor"[90].

Por fim, o autor entende que, eventualmente, "demandas formalmente individuais" deveriam ser tratadas como processos estruturais. Explica-se o afirmado quando se observa que a multifocalidade descreve, em primeiro lugar, o litígio, o qual se trata de um dado extraprocessual. Dessa forma, não conferir o tratamento especial dos processos estruturantes a tais demandas individuais poderia gerar diversos efeitos sistêmicos indesejados. Assim, melhor do que limitar a categoria dos processos estruturais aos processos coletivos é garantir que as demandas individuais, desde que estejam inseridas em um litígio multifocal e pretendam a obtenção de medidas de caráter estruturante, recebam o tratamento especial dos processos estruturantes[91].

1.2.2.5 O processo estrutural segundo Matheus Galdino

A última concepção analisada será a de Matheus Galdino. A releitura do autor acerca das características, típicas e conceituais, do processo estrutural é extremamente rica e repleta de detalhes teóricos interessantes. Nesta sede, contudo, apresentaremos apenas aquelas que poderão contribuir em maior medida com a visão que será aduzida no próximo subtópico.

Sob o ponto de vista conceitual, o autor apresenta críticas interessantes às concepções de Chayes, Fiss e à noção de policentrismo de Fuller e Fletcher. Vale a pena conferi-las de forma sintética.

No que se refere à Chayes, apresenta os seguintes contrapontos: (i) a adjetivação "público", para que abarque todos os processos estruturais, inclusive, os privados, exige uma

90 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 26.

91 Sobre o que significa receber tratamento de processo estrutural, de forma mais específica: TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 211-238, 2021.

distorção de sentido comum; (ii) é possível que um processo tenha todas as características do processo civil de interesse público, sem, contudo, demandar uma participação contínua do tribunal, como no caso de decisão meramente declaratória; (iii) nem todo processo civil de interesse público exige uma postura ativa do juiz em detrimento das partes, como é o caso de processos de falência e recuperação de empresas; (iv) a consensualidade decorre menos da diferença entre modelo processual e mais do princípio de adequação "que atua sobre um equilíbrio dinâmico entre os princípios inquisitivo e dispositivo no processo conforme os direitos material e processual relativos ao caso"[92].

No que se refere à visão de Fiss, o autor apresenta as seguintes críticas: (a) o processo estrutural não se resume à instituições públicas, abrangendo também questões concernentes à instituições privadas; (b) a estrutura de partes indicada por Fiss não detém aptidão para incluir todos os processos estruturais e apenas eles, bastando recordar que o autor nem sempre será uma vítima ou um grupo, sendo certo que o processo estrutural é, via de regra, despolarizado e admite soluções cooperativas; (c) a restrição à reestruturação de organizações de larga escala ou de instituições em geral não se afigura adequada, na medida em que exclui processos complexos de recomposição ambiental, os quais possuem todas as demais características da *structural reform,* não sendo possível enquadrá-los, em contrapartida, no modelo tradicional de resolução de controvérsias[93].

No que se refere ao policentrismo de Fuller e Fletcher[94], o autor primeiro diferencia policentrismo de multipolaridade. Enquanto o primeiro representa a pluralidade de centros de interesse inter-relacionados, sujeitos a solução conjunta e, portanto, refere-se ao objeto de discussão, o segundo diz respeito à existência de múltiplos polos processuais e, portanto, refere-se ao aspecto subjetivo do processo. A primeira crítica apresentada em relação ao policentrismo é que, como se deduz do exemplo da herança, dado por Fuller, a característica não é exclusiva dos processos estruturais[95].

---

92 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 27-31.
93 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 33-37.
94 FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I.. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978 e FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. The Yale Law Journal, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697.
95 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 40-43.

A segunda crítica – mais relevante – é que nem todo processo estrutural seria policêntrico. Dá-se o exemplo de um processo versando sobre condições carcerárias ruins devido à conivência da diretoria das penitenciárias. No caso, Fuller observaria que o modelo de apresentação de provas e argumentos seria suficiente para solucionar a controvérsia. A concepção de Fletcher sobre policentrismo também não traria policentrismo relevante, já que apenas um dos centros de interesse em disputa é juridicamente protegido. Todavia, o exemplo dado é comum a diversos processos estruturais registrados pela literatura jurídica, bastando notar que o caso poderia envolver a necessidade de "contratação de novos profissionais, incluindo médicos, modificação no contrato de alimentação", etc[96].

Para compreender a releitura de Galdino é imprescindível entender que se parte da premissa de que os processos estruturais lidam com direitos não concretizáveis de imediato em decorrência de limitações localizadas no estado de coisas atual. A dinâmica do processo estrutural, portanto, baseia-se na perquirição de um novo estado de coisas, em que o direito, não efetivável no estado de coisas atual, seja finalmente passível de efetivação[97].

De acordo com essa premissa, o processo estrutural trabalha com a relação teleológica – e não meramente causal – entre meios disponíveis (programas alternativos) ao alcance de um fim (novo estado de coisas) que servirá, por sua vez, de "plataforma" (estrutura) para o alcance de fim adicional (efetivação de direito). Em outras palavras, o alcance do estado de coisas futuro não configura um fim em si mesmo, senão um fim instrumental à obtenção da eficácia jurídica pretendida e frustrada pela existência do estado de coisas atual. Assim, a eficácia jurídica pretendida permanece sendo o objeto imediato do processo, enquanto o alcance do estado de coisas futuro "passa a ser o objeto mediato do processo estrutural"[98].

Por conseguinte, o dilema do processo estrutural consiste em desenhar meios proporcionais para obter uma transição entre estados de coisas, servindo o próprio alcance do estado de coisas desejado como meio para alcançar a tutela específica de situações jurídicas frustradas no estado de coisas original.

---

96 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p; 40-43.

97 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 54-59; 64-70. Embora autores como Carlos Alexandre também tratem da noção de estado de coisas, o tratamento conferido por Galdino é realmente superior. Para uma comparação, ver CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 59-94; 177-187.

98 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 55; 63-64.

Para tanto, torna-se necessário desenvolver um plano de transição, por meio do qual se defina o tempo, o modo e o grau de alcance do estado de coisas futuro, sujeito a um controle teleológico dinamizável entre meios, consequências secundárias, fins possíveis e fins adicionais. Com efeito, existem várias pretensões de concretização de direitos, cuja concordância prática pode se mostrar necessária para a escolha da própria plataforma a ser alcançada, a qual, em si, sempre estará sujeita a um controle teleológico de sua aptidão para promover as situações jurídicas a serem efetivadas (fins adicionais)[99].

Ademais, dentre os meios disponíveis ao alcance do fim (estado de coisas futuro) deve ser dada preferência àquele em que a "probabilidade de alcançar o fim, a avaliação de tempo, custo, grau de dificuldade e dos incômodos" se mostrar mais adequada, menos onerosa (necessária) e mais proporcional, consideradas eventuais alterações contextuais supervenientes[100].

A relação teleológica entre meios, fins, consequências secundárias e fins adicionais ainda revela outra consequência relevante. É que a relação entre ação (meio) e a transição entre estados de coisas é de natureza direta e intrínseca, já que é a ação o evento que provoca a sucessão de "continuidades estáticas" (pTq)[101]. No entanto, a relação entre outras características de cada estado de coisas (original e derivado) também pode e, via de regra, traduz a produção de mudanças. Tais efeitos derivados do estado de coisas resultante mantém uma relação apenas indireta e extrínseca com cada ação adotada[102].

Dito de outro modo, a relação existente entre os meios escolhidos para a transição entre o estado de coisas atual e o estado de coisas futuro e a eficácia jurídica que se pretende atingir no processo estrutural é extrínseca e não intrínseca. Isso significa que o estado de

---

99 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 63-64.

100 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 61.

101 "Entre os eventos, existe um que é considerado o evento principal para o autor, um par ordenado de dois estados de coisas, cuja relação de ordenação é uma relação sucessiva no tempo; o evento em verdade é a mudança ou transição do estado de coisas que se obtém na ocasião anterior para o estado de coisas que se obtém na ocasião posterior, ou, em outras palavras, a transição de um mundo que contém o estado inicial para um mundo que contém o estado final. Esse evento principal o autor representa por meio da expressão pTq, a qual descreve uma transição 'T' de um p-mundo para um q-mundo. Eis a expressão que, sem exageros, pode ser considerada a expressão geral do objeto dos processos estruturais." GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 65.

102 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 67.

coisas inicialmente concebido como ideal para o atingimento da eficácia jurídica pretendida pode ser ineficaz tanto em virtude de "evoluções ou desenvolvimentos não previsíveis de um fato anterior", que conduzem a eventual desproporcionalidade superveniente do estado de coisas futuro para servir de plataforma para o alcance dos fins adicionais, como, por via de consequência, os meios previstos para o alcance deste primeiro estado de coisas futuro visto inicialmente como ideal[103].

Dessa forma, todo meio está restrito *ceteris paribus*[104] ao estado de coisas projetado, cuja inter-relação extrínseca com outras características pode ensejar a necessidade de sua reconcepção, o que enseja, por consequência lógica, a necessidade de revisar os meios.

Sob o prisma das normas produzidas pelo processo estrutural, Galdino afirma que enquanto a projeção do estado de coisas é realizada por uma norma-princípio, a projeção das "condutas para o alcance daquele estado de coisas" detém natureza de norma-regra. Nenhuma das duas espécies de normas detêm definitividade em um processo estrutural, tanto devido a sua relação instrumental em relação aos fins adicionais que correspondem ao objeto imediato do processo, como porque devem manter a proporcionalidade em relação "à tutela de direitos que se propõem a efetivar, sobretudo ante a evoluções ou desenvolvimentos não previsíveis de fatos ou direitos relacionados"[105].

Interessante notar, ainda, que o autor reconhece que pode haver direitos que se entrelaçam "no alcance do estado de coisas" e direitos que são afetados pelos meios escolhidos para alcançar o estado de coisas futuro e que ambos devem ser equacionados a partir da "definição da exigibilidade de cada um (em tempo, modo e grau) com base em uma atividade de ponderação e concordância prática"[106].

Diante dessas premissas, o autor concebe o ato final do processo estrutural como aquele que ensejar a tutela específica do direito postulado através da transição entre estados

---

103 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 67-68. O autor utiliza a ideia de Cabral de que evoluções ou desenvolvimentos não previsíveis devem ser considerados para fins de revisão da coisa julgada. cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 586-587; 622-623.

104 Galdino concorda com Cabral que defende que a estabilização *ceteris paribus* é mais ampla do que a estabilização *rebus sic stantibus* CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 334-335.

105 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 127-129.

106 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 129.

de coisas. No momento em que o impedimento para a efetivação do direito for removido e puder haver a sua tutela específica, alcança-se o fim do processo estrutural[107].

Com base no raciocínio tipológico, o autor apresenta a sua ideia de graus de estruturalidade, "conforme a amplitude dos efeitos da reestruturação promovida". A partir daí, o autor identifica graus de estruturalidade diversificados tanto sob a forma de intratipos de processo estrutural, como em casos de processos que apesar de não estruturais, podem conter elementos de estruturalidade. Assim, por exemplo, entende que nos processos relacionados aos litígios de difusão global, apesar de o estado de coisas futuro não ser plataforma para a efetivação de direito pretendida, devido à concepção de sociedade como estrutura, é possível que "nesses casos o modo, o tempo e o grau da reparação precis[e]m ser definidos ante a existência de múltiplas soluções que poderiam dar tutela jurisdicional adequada ao direito material violado"[108].

Da mesma forma, o autor reconhece caráter estrutural na colaboração premiada, a qual, apesar de se dar no contexto de um processo penal, o qual "possui traços fortemente não estruturais", apresenta um caráter prospectivo, pois a possibilidade de flexibilização do preceito penal ocorrerá "se a colaboração premiada se constituir em meio para o alcance futuro de certos resultados"[109].

Neste ínterim, o autor até identifica um "efeito estrutural mínimo do processo não estrutural", em que, por exemplo, a "condenação genérica de alto valor que desestimula determinada empresa a promover novas violações" provoca um incentivo para que se busque, administrativamente, um estado de coisas "no qual novas violações não ocorram"[110].

Por fim, Galdino descreve quatro intratipos de processo estrutural que apresentam graus decrescentes de tipicidade, a saber: (i) o processo estrutural coletivo com multipolaridade (institucionais e não institucionais); (ii) o processo estrutural coletivo sem multipolaridade (litígios de difusão global); (iii) processo estrutural individual com

107 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 130-131.
108 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 138; 141.
109 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 142-143.
110 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 143.

multipolaridade (ex: medidas de proteção em relação a crianças e adolescentes); (iv) processo estrutural individual sem multipolaridade (ex: medidas socieducativas)[111].

1.3 **A decomposição e análise crítica das características essenciais dos processos estruturais**

O mosaico de concepções, apresentado nos subtópicos acima, revela o quanto a doutrina brasileira avançou na discussão do tema em relação às concepções iniciais – e quase "laboratoriais" – de Fiss e Chayes. Para além das diferenças teóricas e normativas, o distanciamento histórico dos primeiros casos de processos estruturais garantiu aos juristas brasileiros a possibilidade de exercer um juízo crítico acerca do que de fato, era característica dos processos estruturais e o que apenas era frequente, contextual ou periférico à categoria que estava surgindo e iria, aos poucos, difundir-se pelo mundo[112].

Apesar dos evidentes elementos comuns, o mosaico apresentado também escancara que o sentido e as características dos processos estruturais ainda são objeto de viva discussão acadêmica. Cada concepção é marcada por nuances teóricas próprias, o que, todavia, não significa um retorno a uma fase da processualística "eminentemente conceitualista"[113].

Pelo contrário, as revisões diversificadas do conceito ou do tipo dos processos estruturais expõem o esforço envidado pela comunidade jurídica para imprimir sistematicidade e segurança jurídica ao manejo desse importante mecanismo de prestação jurisdicional, que se mostra adequado a uma sociedade, cujos arranjos sociais, econômicos e

111 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 143-150. Os exemplos serão criticados infra.

112 Apenas a título de exemplo, confiram-se os seguintes artigos relacionados aos processos estruturais na África do Sul e na Colômbia: ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?. South African Law Journal, v. 122, n. 2, p. 325-351, 2005; EBADOLAHI, Mitra. Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. NYU Law Review, v. 83, n. 5, 2008, p. 1565-1606; BLANCA, Raquel Cárdenas. Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011, p. 155-159; GARAVITO, César Rodríguez; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, De justicia, 2010. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf. Acesso em: 20/01/2021.

113 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. São Paulo: Thomson Reuters. v. 1, 4. ed. 2019, p. 245.

políticos, como já antecipavam Fiss e Chayes, não são condicionados, exclusiva ou preponderantemente, por implicações decorrentes de interações individuais[114].

No presente tópico, será realizada, a partir da decomposição das concepções teóricas apresentadas, a recomposição crítica das características essenciais dos processos estruturais. Com base neste cotejo analítico, a visão que será adotada sobre processo estrutural nesta dissertação será exposta. Para facilitar a reflexão proposta, dividiremos em subtópicos a abordagem de cada ponto em discussão sobre as características gerais do processo estrutural.

1.3.1 Rejeição parcial ao pragmatismo moderado de Gustavo Osna

Em caráter prefacial, cumpre apontar discordância parcial em relação à posição de Gustavo Osna. Muito antes de revelar uma tentativa de encobrir as exigências da realidade com conjecturas teórico-conceituais, a revisão da categoria dos processos estruturais se presta ao relevante papel de adequá-lo ao nosso ordenamento, testando a resistência de características, condicionamentos e limitações normativas, discutidas anteriormente à luz do direito alienígena.

Busca-se, de outro lado, superar dependências de caminho que decorrem de peculiaridades inexistentes em nosso sistema[115] e que, sem a devida reflexão, poderiam acabar incorporadas ao nosso ordenamento sem nenhuma pertinência comparativa. Vale notar, neste

114 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1285.

115 Diversas diferenças entre o modelo processual norte-americano e o modelo processual brasileiro poderiam induzir dependências de caminho decorrentes de importações teóricas acríticas. Violin descreve com acuidade as diferenciações entre cada sistema no que se refere à tutela estrutural em VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019, p. 152-160.

sentido, que não apenas o Brasil é oriundo de tradição jurídica diversa[116], como há vários pontos de desencontro do direito processual brasileiro em relação ao norte-americano[117].

Além disso, parece descabido renunciar à reconstrução de núcleos normativos de significância mínima, ou ainda de análises de ordenamento e qualificação sistêmicos apenas como decorrência do núcleo pragmático comum, correspondente à insuficiência do modelo processual clássico e da necessidade de alterações empíricas de caráter estrutural, institucional ou de estado de coisas[118]. São os núcleos de significância mínima e a qualificação sistêmica que imprimem ao Direito a controlabilidade intersubjetiva necessária para a garantia de sua coerência e consistência discursivas[119].

116 Concorda-se, entretanto, com Zaneti Jr. que atualmente o ordenamento brasileiro vive-se um contexto de "fusão" entre tradições: "A fusão entre o Estado de Direito e a *rule of law* franqueia uma possibilidade institucional única e rica: ao recepcionar-se o controle judicial (*judicial review*) e, tardiamente, o *stare decisis* (precedentes normativos formalmente vinculantes), ao lado de um sistema codificado e técnico de processo civil, atingiu-se a pretensão mais acurada da processualística contemporânea: uma figura mestra que une as vantagens das duas tradições. Percebido sob essas luzes, o processo civil brasileiro pode ser considerado um modelo para sistemas que adotem uma Constituição Democrática que tutele direitos fundamentais. O Código garante o processo justo para as pretensões individuais e a unidade do direito através dos precedentes.". Assim, "A afirmação 'o Brasil é um país do *civil law*' é acrítica. Essa afirmação é padrão, apresenta-se de forma não-problematizada e descontextualizada das características constitucionais do sistema de justiça brasileiro (instituições, profissionais e processo) e dos diversos institutos que temos no Brasil e que não são naturais à tradição de *civil law*. É, na verdade, a radicalização de uma determinada perspectiva, trazendo consigo um potencial que mascara o Direito brasileiro." (ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. VIII (conclusão); IX (posfácio) versão e-book).

117 Também contraposto adequadamente por Violin. Veja-se, a título de exemplo, a compreensão de *cause of action* exposta por CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 216-218.

118 Por uma crítica de pragmatismos no pensamento constitucional, ver SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 232-233; 426-430.

119 PECZENIK, Aleksander. On law and reason. Sweden: Springer, 2008, p. 105-106. Sobre a necessidade de núcleos de significância mínima para controlabilidade intersubjetiva: ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 148-152; 322-335. Conquanto rejeite a natureza essencialmente sistemática do pensamento jurídico, Zaneti Jr. também assevera que "o processo (...) é tido como uma modalidade do discurso prático do caso especial, regrado no tempo e com atos determinados, visando atingir um ato final, com contraditório efetivo e em cooperação objetiva das partes e do juiz. E, por fim, com a possibilidade de controle intersubjetivo das escolhas de fato e de direito". ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-2.3. Ressalte-se que, apesar de sua defesa da tópica, Zaneti Jr., para responder à crítica de Alexy, acerca da "insuficiente penetração [da tópica] na estrutura profunda dos argumentos e insuficiente clareza ou esclarecimento quanto ao conceito de discussão", realiza uma "releitura" da composição catalográfica dos *topoi* como forma de neles inserir "a lei, a dogmática e os precedentes", que devem funcionar como "catálogos tópicos especiais com que o jurista deve lidar para obter um discurso racional". A defesa de catálogos especiais, entretanto, não retira, em sua análise, a centralidade do próprio "problema", razão pela qual implicações normativas – desde que se lhes considere dedutivas – são "interrompidas pelo problema", o que conduziria a uma "fraqueza argumentativa" que deveria ser compensada, sobretudo, a partir de regras procedimentais discursivas e da "'recíproca aproximação' entre os fatos e o ordenamento jurídico", sem descurar da coordenação da resposta tópico-argumentativa com a aporia fundamental da Justiça. A posição do autor sobre essa questão teórica, embora interessante e brilhantemente

Assim, se é verdade que os processos estruturais exigem a adoção de uma postura pragmática em relação aos meios disponíveis – o que não é negado por nenhum dos demais autores citados – isso não significa dizer que se deve admitir um uso desregrado de "criatividade jurisdicional", utilizando as exigências realísticas como um verdadeiro "trunfo" argumentativo autossuficiente[120].

Novamente, o discurso jurídico oferece as balizas necessárias para garantir a coesão social e reduzir o frustro expectativo nas relações intersubjetivas[121], de modo que uma tal "renúncia pragmática" aos seus condicionamentos e limitações discursivas, muito antes de garantir o atendimento às exigências da realidade material por meio de criatividade jurisdicional, tende a respaldar qualquer resultado processual.

Trata-se de raciocínio que ou se baseia em uma hipótese genérica de consequente irrestrito, caso em que qualquer resultado processual seria chancelado *ex ante* a partir da verificação de uma "exigência da realidade material", ou se baseia em uma justificação *ex post* a partir da aferição de determinado resultado que sequer pode ser teorizado adequadamente, em um instrumentalismo sem precedentes e sem limites. Em ambos os casos, abre-se espaço para o cometimento de arbitrariedades de toda sorte, o que costuma ser, inclusive, um dos grandes pontos de crítica – e portanto, de resistência – aos processos estruturais.

---

defendida, não é adotada nessa sede, porquanto aderimos, como se extrai do texto principal, ao pensamento sistemático, especificamente à corrente defendida por Canaris. Dessa forma, reconhece-se a importância – crescente – da tópica, sem, contudo, retirar a centralidade do raciocínio desenvolvido em busca de unidade e adequação, orientados pelo núcleo axiológico comum do sistema. Pontue-se, em caráter derradeiro, que os "inimigos teóricos" de Viehweg – sistemas axiomáticos e dedutivos – também são enfrentados por Canaris, não integrando, pois, a sua concepção de sistema. Por força disso, a crítica de Zaneti Jr. a Canaris – no sentido de que o autor alemão admite a complementação mútua entre sistema e tópica – termina por não dialogar com os principais aspectos de sua teoria: a propositura de um sistema aberto, não pré-determinado e plurívoco, com graus variados de mobilidade, que se estrutura sob um núcleo axiológico comum. A transponibilidade das críticas do autor (Zaneti Jr.) a Canaris, por conseguinte, fica prejudicada, notadamente quando se observa que uma parcela relevante das críticas do professor brasileiro ao pensamento sistemático são direcionadas ao "inimigo teórico" compartilhado: o sistema fechado, fixo, pré-determinado, axiomático ou dedutivo, que pode ser melhor associado à sucessão do *iudicium* pelo *processus* que representou, como argutamente descreveu Zaneti Jr., a "mutação lógica [] do provável, argumentativa e dialética [] à lógica do 'real', demonstrativa e apodítica".

120 Criticando decisionismos desimpedidos em matéria de discordância em matéria de precedentes cf.: CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, p. 753-775, 2016.

121 Sobre a importância de evitar o frustro expectativo para garantir a coesão social, cf.: LUHMANN, Niklas. A formação do direito: bases de uma teoria sociológica. In: LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. Cap. 2. p. 42-166. Tradução de Gustavo Bayer.

Da mesma forma, não parece adequado postergar o desenvolvimento de raciocínios prescritivos a regramentos *ad hoc* lastreados unicamente em "praticalismos" de ocasião, cujos esquemas argumentativos são absolutamente volúveis e tem parâmetros mínimos desconhecidos *ex ante*[122].

A reflexão doutrinária evita, ainda, que os institutos jurídicos dependam exclusivamente de consolidações jurisprudenciais. A formação de entendimentos jurisprudenciais consistentes, não raro, sujeita-se a iniciativas erráticas, reforços argumentativos esporádicos, superação de recalcitrâncias oriundas das assimetrias informacionais inerentes ao contraditório[123] e, muitas vezes, é resultado da soma de reflexões marginais agregadas, como formato de trabalho necessário para lidar com o assoberbamento que assola o Poder Judiciário em nosso país[124].

De outra banda, a origem eminentemente prática das medidas estruturantes ou do processo estrutural não significa que o instituto deva estar imune à reflexões doutrinárias ulteriores. Como já ensinava Canaris, teoria e prática são implicadas em um processo de esclarecimento duplo dialético, de modo que ambos não estão intrincados em uma relação de antecedência lógica ou cronológica necessária[125].

Dito de outro modo, a introdução jurisdicional de inovação jurídica ou sistêmica não lhe torna infensa a revisões dialético-argumentativas de limitações, condicionamentos ou categorizações posteriores. Por isso, dizer que o processo estrutural surgiu como resultado de uma necessidade de ordem prática ou que parte de um núcleo comum de pragmatismo não significa que ele só possa ser limitado por questões de ordem prática, que ele justifique outras inovações de ordem prática ou ainda que aquela inovação possa ser sustentada perante este ou aquele ordenamento jurídico.

---

122 A controlabilidade dos esquemas argumentativos é o que permite, em maior ou menor grau, a cognoscibilidade e a calculabilidade das expectativas de incidência normativa. Há violações de liberdade, inclusive, quando o sujeito pode escolher o que fazer, mas não sabe como a sua escolha será tratada. ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 368-370; CABRAL, Antonio do Passo. Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de vacatio legis. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 246, p. 335-345, ago. 2015.

123 Novamente, ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 617-618.

124 Ver BRASIL. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020.

125 CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 154-157.

Entender de outro modo seria, ademais, revestir de inquestionabilidade inovações jurisdicionais projetadas como resultado de mero aproveitamento da posição institucional privilegiada do Poder Judiciário em relação às necessidades materiais tutelandas[126]. Em um ordenamento com amplo acesso à justiça (como o nosso), não é de se estranhar que o Poder Judiciário, por meio da cognição exercida sobre uma pluralidade contínua e diversificada de "relatos causais" dos jurisdicionados, perceba a existência de necessidades materiais de tutela antes dos demais poderes[127].

No entanto, a mera percepção antecedente não revela nada sobre a qualidade da solução preconizada ou do *iter* argumentativo e processual que lhe serviu de base. Por isso mesmo, o eventual tratamento com ênfase pragmática de problemática, percebida primariamente com vantagem institucional, não significa que o tratamento com ênfase pragmática tenha sido, em concreto, adequado, ou que seja, em abstrato, capaz de restringir os parâmetros de tratamento aplicáveis aquela ou a outra problemática percepcionada com antecedência temporal[128].

Da mesma forma, a mera ausência de menção à teorizações no bojo de decisão proferida no processo estrutural X ou Y não significa que a teoria foi alvo de rejeição implícita, tampouco que a correção do entendimento normativo, nela manifestado, tenha se libertado dos condicionamentos e limitações identificados pelas reflexões doutrinárias. Para além do caráter duvidoso de uma rejeição implícita (ausência de menção de fundamento)[129], basta lembrar que a supressão da menção à categoria pode se dever a vários fatores: (i) baixa

---

126 A posição institucional privilegiada do Poder Judiciário para perceber variações nas necessidades materiais de tutela foi apontada por FISS, Owen. The civil rights injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978.

127 Sobre a importância dos relatos causais, ver PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 91-145, 2021. A adequação dessa percepção antecipada pode ser, inclusive, questionada à luz da teoria dos vieses cognitivos. VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 329-383, 2021.

128 Até mesmo sob o ponto de vista de comportamento institucional, uma visão estática, de que o Judiciário emite a última palavra sobre determinada controvérsia, não corresponde à realidade, em que há decisões encadeadas de instituições diversas que não prestam subserviência à decisão judicial, estabelecendo um verdadeiro diálogo. No que toca aos processos estruturais, inclusive, há quem defenda que o "ativismo judicial" só é válido se for de dimensão dialógica. CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 244-255.

129 A omissão decisória pode ser relevante, todavia, para fins de recorribilidade segundo PASSONI, Marcos Paulo. A continuada inação judicial equivale a ato omisso recorrível. Revista de Processo, ano 35, n.184, 2010, p. 291-307.

teorização; (ii) desconhecimento; (iii) limitações argumentativas do processo; (iv) tentativa de superar resistências institucionais internas e externas; (v) escamoteamento, etc[130].

Nada obstante, insta asseverar que a discordância, ora manifestada, é apenas parcial porque, além de não se discordar que o processo estrutural realmente tenha surgido por impossibilidades de concretização imediata de determinada situação jurídica[131], também não se discorda de uma série de outras premissas adotadas pelo autor.

Exemplificam a zona de concordância os seguintes pontos: (a) o processo estrutural adota um caminho dúctil e escalonado, por meio de provimentos complexos, contínuos ou cascateados para produzir mudanças na realidade; (b) deve assumir uma dinâmica capaz de perquirir a melhor resposta cabível com o "menor prejuízo agregado"; (c) exige a superação do binômio procedência/improcedência tanto no que se refere à instantaneidade da resolução do problema, como no que se refere à totalidade; (d) exige que seja possível conhecer alterações provenientes de uma realidade social cambiante; e que (e) o processo civil "clássico" se mostra insatisfatório diante de uma pretensão estruturante.

Para fins de organização, essas e outras características, contudo, serão cotejadas em subtópicos próprios.

1.3.2 Nova espécie de função jurisdicional ou forma específica de exercício da função jurisdicional

O segundo ponto, ainda prefacial, que será abordado consistirá na nuance teórica, captada das perspectivas de Fiss e Chayes, sobre a natureza inovativa dos processos estruturais – se se trata de uma nova função jurisdicional ou se se trata de uma forma específica de atuação jurisdicional[132]. Trata-se de ponto que não instigou a pesquisa da doutrina brasileira, como se pôde perceber.

A noção pressuposta por todas as correntes apresentadas é a de que o processo estrutural não demarca uma nova função jurisdicional, mas apenas uma modalidade processual ou de tutela jurisdicional diferenciada. Preocupações concernentes à separação de

130 Vale dizer: não há base empírica para essa afirmação. Trata-se de mera especulação, sendo certo que a ausência de menção pode ter se dado por diversas razões.
131 O que é reconhecido pela maioria dos autores que tratam de processos estruturais.
132 Percebendo a nuance ora discutida cf.: PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation. Vanderbilt Law Review, S.I., v. 70, n. 1, p. 167-220, jan. 2017. Nota de rodapé 62.

poderes[133] são normalmente tratadas a partir da defesa de uma nova concepção – ou da indicação de necessidade de uma nova concepção – do que significa o princípio na contemporaneidade e não a partir de uma releitura da função jurisdicional em si.

Isso não significa dizer que a função jurisdicional tenha o mesmo formato que tinha em períodos pretéritos. É claro que não. Há diversas alterações contextuais e históricas que justificam uma nova teoria da jurisdição[134]. O que se quer pontuar é que a doutrina não costuma aludir à necessidade de repensar o que é jurisdição para acomodar a possibilidade de medidas ou de processos estruturais.

Destaque-se, todavia, que conferir as teorias clássicas de jurisdição conduz à conclusão de que várias delas são, em alguma medida, incompatíveis com os processos e medidas estruturais. Neste sentido, as teorias finalística-objetivas e sancionatórias, por reduzirem a tutela de interesses jurídicos, exercitável por meio da função jurisdicional, à aplicação ou atuação do direito objetivo, limitam sobremaneira as medidas estruturais e a pretensão de reestruturação. Salvo por *interpositio legislatoris,* a situação jurídica material subjacente ao processo estrutural sequer seria reconhecível[135]. Seja como "sentinela da legislação" ou pela ausência de preceito secundário determinado, dificilmente seria possível conceber a categoria ora estudada[136].

Da mesma forma, a teoria eficacial de Allorio traria problemas aos processos estruturais, na medida em que a definitividade, ínsita à noção de coisa julgada defendida pelo

---

133 Para Arenhart, "é preciso um sistema jurídico maduro o suficiente para compreender a necessidade de revisão da ideia da 'separação dos Poderes', percebendo que não há Estado contemporâneo que conviva com a radical proibição de interferência judicial nos atos de outros ramos do Poder Público" (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no Direito Processual Civil brasileiro. Revista de Processo, n. 38, n. 225, 2013, p. 389-410, p. 397). Outro exemplo pode ser visto em DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional. Curitiba: Juruá. 1. ed. 2019. p. 82-84.

134 Apontadas com aprofundamento por GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. Também percebendo a necessidade, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Per un nuovo concetto di giurisdizione. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 18, n. 35, p. 107-128, 30 jul. 2015.

135 Trata-se, pois, de reduzir à tutela jurisdicional à tutela normativa. Vale conferir a crítica de Marinoni, Mitidiero e Arenhart: "O dever de proteção ou de tutela dos direitos, que identifica o Estado constitucional, nada tem a ver com a noção clássica de direito subjetivo. O Estado possui o dever de tutelar determinados direitos, mediante normas e atividades fático-administrativas, em razão da sua relevância social e jurídica. Trata-se do dever de tutelar os direitos fundamentais. Mas não é só. O Estado também tem o dever de tutelar jurisdicionalmente os direitos fundamentais, inclusive suprindo eventuais omissões de tutela normativa, além de ter o dever de dar tutela jurisdicional a toda e qualquer espécie de direito – em razão do direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva (art. 5º, XXXV, da CF)". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. v. 1. São Paulo: Thomson Reuters. 4. ed. 2019. p. 189.

136 A sistematização das teorias sobre jurisdição pode ser conferida em GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 40-90.

autor como marca da jurisdição, passa por intensa relativização, como visto, neste tipo de processo[137].

No caso das teorias finalística-axiológicas, a situação é diversa, mas ainda assim prejudicial aos processos estruturais. É que apesar de não serem internamente refratárias à tutela de reestruturação, as teorias finalística-axiológicas seriam incapazes de assegurar um grau mínimo de segurança jurídica aos processos estruturais, diante dos amplos espectros de complexidade e indeterminação normativa, de recalcitrância decisória e flexibilizações procedimentais características de seu desenvolvimento. Além disso, admitir que a noção subjetiva de (in)justiça poderia englobar a desconformidade ou ilicitude estrutural, de fato, poderia levar a uma indiferenciação funcional entre as instituições de poder estatal.

Nada obstante, o reconhecimento da insuficiência do binômio direito subjetivo - direito objetivo, da não essencialidade da coisa julgada e, principalmente, da arbitrariedade do controle meramente axiológico de justeza não pressupõem a existência ou admissibilidade dos processos estruturais. Trata-se de características que são questionáveis à luz de diversos pontos do sistema jurídico-processual vigente[138]. Por isso, não é a função jurisdicional que é alterada pela admissibilidade de processos estruturais, sendo estes um mero reflexo não causal daquela.

1.3.3 Alteração de percepção sociológica e litígio estrutural

De forma assemelhada, a tese dos autores norte-americanos acerca da alteração de percepção sociológica dos mecanismos de condicionamento estrutural ou organizacional dos arranjos sociais e econômicos, apesar de subjacente a todas as correntes apresentadas, não chegou a ser testada e, assim, traduzida em termos de eventos originantes pela doutrina brasileira em geral.

A razão para isso talvez seja porque no início da década de 2010, quando a doutrina brasileira começou a estudar sistematicamente os processos estruturais, a percepção de que a realidade não é alterada apenas ou principalmente por interações individuais parecia algo óbvio e plenamente aceito.

137 Concluindo que a imutabilidade não é nota essencial da jurisdição, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 296-305.
138 Barbi demonstra o equívoco das teorias apontadas sem aludir aos processos estruturais. GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 40-90.

Para além de estudos sociais e criminológicos[139], que já indicavam desde há muito a estruturalidade dos comportamentos individuais, a doutrina constitucionalista já admitia, com base em Alexy, que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais pressupunha direitos à organização e procedimento, o que, por certo, depende da percepção de que as estruturas condicionam a fruição de situações jurídicas[140]. Ademais, problemas estruturais relacionados ao sistema de saúde e educação públicos já eram bem conhecidos pelo Poder Judiciário e estudados pela literatura especializada[141].

Embora inerente a todas as linhas definitórias sintetizadas acima, a corrente que imprime maior relevância à percepção sociológica de condicionamentos estruturais certamente é a de Edilson Vitorelli, com clara influência do pensamento de Fiss.

Como visto, para o autor, o processo estrutural é uma técnica processual concebida para permitir a tutela jurisdicional de situações jurídicas coletivas relacionadas a um litígio estrutural. Por conseguinte, a ideia de litígio estrutural integraria a própria definição de processo estrutural para o autor.

Ressalte-se que Didier, Zaneti Jr. e Alexandria também aludem a litígio estrutural em sua definição de processo estrutural. Todavia, trata-se do único elemento do conceito elaborado pelos autores que não se encontra descrito em seu artigo sobre o tema[142]. Com efeito, as ideias de "problema estrutural", "estado de desconformidade" e substituição por "estado de coisas ideal" são expressamente descritas pelos autores. Não só descritas, como integram o rol de características essenciais dos processos estruturais, o que também não ocorre com a ideia de litígio estrutural.

Veja-se, ainda, que não é possível colmatar esta lacuna importando o conceito de litígio estrutural de Vitorelli, haja vista que os autores não consideram a coletividade e a reorganização de uma instituição, pública ou privada, características essenciais dos processos estruturais. Assim, como na definição de Didier, Zaneti Jr. e Alexandria, processo estrutural é

139 Pense-se na definição de "controle social" oferecida por ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da Reação Social. Rio de Janeiro: Forense, 1983. Ver também MALAGUTI, Vera Batista. A Juventude na Criminologia. In: BOCAYUVA, Helena; NUNES, Silvia Alexim (Org.). Juventudes, Subjetivações e Violências. 1. ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2009, p. 91-99.

140 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 470-498.

141 BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009.

142 Vale conferir: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81.

aquele em que se veicula um litígio estrutural, caso importássemos a concepção de Vitorelli, o raciocínio favorável à existência de processos estruturais individuais ou de recomposição ambiental se revelaria contrário ao próprio conceito de processo estrutural fixado.

Dessa forma, não parece correto ou, ao menos, intersubjetivamente controlável, considerar que os autores compõem a corrente que integra a noção de litígio estrutural ao conceito ou às características essenciais de processo estrutural.

De outra banda, o litígio multifocal, expressão substitutiva de litígios estruturais, que integra a definição de processo estrutural de Marçal, não parece influenciado significativamente pela percepção sociológica de condicionamento estrutural dos arranjos sociais e econômicos. É que, de fato, nas visões de Fiss e Chayes, a virada sociológica foi descrita por meio da contraposição de interações individuais x interações organizacionais.

Já a multifocalidade em Marçal não se limita, nem se relaciona diretamente com a prevalência de condicionamentos provenientes de interações organizacionais, tendo em vista que o autor admite medidas estruturantes que tenham como objeto mudanças eminentemente fática e pontuais, como no caso de recomposição do meio ambiente.

De modo que, dentre os autores brasileiros analisados, apenas se pode considerar que Vitorelli incluiu um conceito de litígio estrutural influenciado pela percepção sociológica hipotetizada por Fiss e Chayes.

No entanto, para saber se a ideia de litígio estrutural, nos moldes propostos por Vitorelli, integra – ou deveria integrar – as características essenciais de processo estrutural, insta analisar, anteriormente, se a institucionalidade e a coletividade são características do processo estrutural. Se um desses pontos não for característica essencial dos processos estruturais, o conceito de litígio estrutural de Vitorelli perde a essencialidade, razão pela qual se tornaria necessário indagar se algum conceito substitutivo poderia manter a sua integração à categoria estudada.

No próximo subtópico, analisaremos o primeiro desses pontos (institucionalidade), oportunidade que será aproveitada para também analisar a essencialidade de um conceito paralelo (política pública), ambos já presentes nas “visões originárias” norte-americanas que analisamos supra.

A discussão perpassará a indagação do que exatamente qualifica o substantivo "processo", questão que se afigura relevante sobretudo quando as definições apresentadas em tópicos supra parecem partir de perspectivas distintas sobre a adjetivação investigada.

1.3.4 Não essencialidade de um elemento institucional e de políticas públicas

É preciso destacar, desde logo, que institucionalidade não se confunde com política pública. A diferença reside em dois pontos principais. A institucionalidade abarca instituições privadas, como sociedades e grupos empresários, enquanto as políticas públicas somente se relacionariam diretamente com instituições públicas e conexa ou contiguamente com agentes privados[143].

Além – ou apesar – disso, a ideia de política pública não se resume em um enfoque da institucionalidade em si. Embora mecanismos institucionais deficientes possam ser objeto de uma política pública a ser reestruturada, a expressão pode abranger definições macroinstitucionais, cuja conformação não envolve uma reestruturação no sentido ora analisado[144].

A correção de agenda de uma política pública macroinstitucional, como, por exemplo, o impedimento a realização de casamento civil homoafetivo, não necessariamente exige uma reestruturação do funcionamento dos cartórios, conquanto possa ser compreendida como uma espécie de controle de políticas públicas em sentido macro[145].

Um ponto intermediário entre política pública e institucionalidade, no tocante à reformas estruturais, consiste na percepção de que uma política pública pode ser pré-institucional ou até mesmo desinstitucionalizada, quando, por exemplo, dependente de

---

143 Como explica BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29.

144 Como destaca Fonte há quem entenda que uma lei que estabelece a política nacional de determinada área integra o conceito de política pública. FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Edição do Kindle. Posição 523-529. O conceito de política pública, entretanto, é equívoco. Carvalho Filho, por exemplo, prefere identificá-la com seus elementos organizativos, como se pode conferir em CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). Políticas Públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 110-111. Conferir também BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32, nota de fim 12; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas no Brasil. 2004. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Vitória, Vitória, 2004. p. 47. Ressalte-se que o conceito de todos os autores citados abrange aspectos macroinstitucionais.

145 O exemplo integra a crítica de Vitorelli ao conceito de processo civil de interesse público.

iniciativas políticas subjetivas e/ou sujeita a variabilidades despadronizadas ou erráticas. A falta de institucionalização ou a pré-institucionalidade pode – ou não – ser uma falha estrutural de uma política pública e, neste caso, a institucionalidade seria virtual à demanda[146].

Dito isso, vale notar que, dos conceitos analisados, apenas Chayes aponta o funcionamento de uma política pública como característica essencial dos processos civis de interesse público[147]. Já a institucionalidade é defendida por Vitorelli e, em menor extensão, por Fiss, que limita a reforma estrutural às organizações burocráticas de larga escala. Os demais autores admitem que o processo estrutural abranja "mudanças eminentemente fáticas", na expressão por Marçal[148].

No que se refere às políticas públicas, afigura-se claro que não se trata de característica essencial dos processos estruturais, mas meramente incidental ou frequente. Nesta quadra do desenvolvimento dos processos estruturais – diferente do momento inicial em que teorizado – é insustentável negar a possibilidade de processos estruturais envolvendo instituições privadas, como nos casos amplamente legislados de recuperação judicial e falência[149].

---

146 Tratando da necessidade de (re)institucionalização de práticas e arranjos em países em transição democrática, cf.: DAHL, Robert. Sobre a democracia. Brasília: Editora Unb, 2001. p. 98.

147 Defendendo que a tutela estrutural tem aplicabilidade no âmbito de políticas públicas sem, contudo, se restringir a ela, cf.: RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 777-814, 2021.

148 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 27-28. Destacando que a expressão "processo estruturante" é ruim por "reduz[ir] a abrangência do conceito [que] abarca prestações positivas, mas também negativas por parte dos envolvidos, que podem ser particulares", cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 424.

149 No direito norte-americano, o caráter inovador, apontado por Chayes, do instrumento de proteção moldado nos processos civis de interesse público é criticado por Sabel que defende a sua semelhança com o instrumento de proteção conferido em casos falimentares e de direito anticoncorrencial. Cf.: SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. Todavia, a crítica só faz sentido à luz do modelo de experimentalismo democrático que o segundo autor propõe, sendo certo, ainda, que o próprio Chayes alude à proximidade com os processos falimentares. No Brasil, reconhecendo a estruturalidade dos processos de recuperação judicial, veja-se, a título de exemplo, ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. RB-1.4; DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. Em caráter conclusivo, defende Osna que "(…) não parece haver mais sentido em procurar limitar o uso de provimentos estruturantes a qualquer setor social específico, valendo-se da divisão tradicional entre público e privado" (OSNA, Gustavo. Nem "tudo", nem "nada" – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 463-490, 2021. p. 485).

É o mesmo que apontar, na atualidade, que a pretensão de reestruturação só pode ser baseada em "direitos fundamentais", sendo certo que situações jurídicas legisladas ou sistemicamente implicadas também podem compor a pretensão de reestruturação[150].

De forma semelhante, a ideia de "valor público" parece uma tentativa de refrear os efeitos deletérios da concepção *madisoniana* que modelou a constituição norte-americana em torno de princípios estruturantes e não direitos fundamentais. Assim, instituições de poder também deveriam seguir valores públicos em seu papel *"self-reinforcing"*. De outro lado, induz uma prevalência ou hierarquia entre interesses públicos e privados. Ambas as bases de apoio, todavia, não são relevantes em nosso ordenamento jurídico[151].

De outro lado, a essencialidade – ou mesmo tipicidade – das políticas públicas, como característica dos processos estruturais, poderia gerar uma hiperinflação da categoria, bastando notar que se trata apenas de uma "realidade material" que pode ser objeto dos processos estruturais. Portanto, o problema de admitir o elemento analisado como típico, mas não essencial, dos processos estruturais é que, pela mesma lógica, teríamos que adicionar como elemento típico qualquer aspecto da realidade material que fosse em si complexo ou que exigisse um *iter* procedimental complexo para fins de dar solução aos problemas a ele relacionados.

E ao adicionar outros aspectos da realidade material, perceberíamos, com clareza, que o elemento típico do processo estrutural não seria a política pública ou outros aspectos da realidade material nos moldes descritos, mas sim o problema estrutural ou o atingimento instrumental de um estado de coisas futuro, como apontado, respectivamente, por Didier, Zaneti Jr e Alexandria e Galdino. Seria o problema ou a necessidade de atingimento instrumental de um estado de coisas futuro a "nota referencial" e não o aspecto da realidade material considerado em si mesmo.

---

150 A característica apontada por Fiss não prevalece, portanto, na atual quadra de desenvolvimento teórico. A ideia parece dizer respeito a uma dificuldade do direito norte-americano de conceber remédios diferenciados em casos de direito legislado ou de mecanismos de tutela tipicamente legislados. Veja-se a discussão, algo bizarra, que subjazeu ao famoso precedente *Bivens*: NEWMAN, Ryan D.. From Bivens to Malesko and Beyond: implied constitutional remedies and the separation of powers. Texas Law Review, Austin, v. 85, n. 2, p. 471-515, dez. 2006. A crítica da ausência de hierarquia entre interesses públicos e privados pode ser conferida em SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 209-210.

151 Ver concepção de Madison sobre separação de poderes em VAROL, Ozan O.. Structural Rights. The Georgetown Law Journal, v. 105, p. 1001-1054, 2017.

Por isso, as políticas públicas configuram, no máximo, circunstâncias frequentes ou incidentais aos processos estruturais, justificando-se a confusão de Chayes na falta de afastamento histórico e no caráter laboratorial de sua definição preliminar.

No que respeita à essencialidade ou tipicidade do caráter institucional, público ou privado, vale a pena realizar uma digressão teórica anterior. Dependendo do enfoque que seja dado a "processo", como parte substantiva da categoria estudada, é possível reconhecer a relevância ou suficiência do caráter institucional à sua definição. Assim, a ambiguidade do conceito de processo pode ser, em parcela, responsável pelas divergências definitórias existentes entre as correntes doutrinárias analisadas[152].

Conforme frisado em subtópico supra, a estruturalidade, para Vitorelli, qualifica a pretensão veiculada em juízo em determinado processo coletivo. Assim, o processo estrutural é definido em torno do tipo de pretensão veiculada e do tipo de litígio coletivo subjacente. Assim, basta que se pretenda a reorganização de uma "estrutura" pública ou privada que fomente ou viabilize a ocorrência de uma violação a direito pelo modo como funciona para que se tenha um processo estrutural. Trata-se de enfoque que, ao menos sob o ponto de vista histórico, do surgimento da categoria, parece ter alguma acurácia, pelo menos sob o ponto de vista de Fiss.

Quando o enfoque recai sobre a pretensão veiculada, o iter procedimental, os tipos de providências decisórias, participativas ou de supervisão jurisdicional transfiguram-se em meras questões acessórias. Tanto assim que o autor, coerentemente, reconhece que um processo, para ser estrutural, não depende de consensualidade, cooperação dialogada, progressão procedimental cíclica, etc, apesar de descrever todas essas características como úteis para o desenvolvimento de um processo estrutural. Para Vitorelli, essas seriam características de qualquer processo complexo[153].

---

152 Em seu raciocínio conceitual, Galdino demonstra como as marcas essenciais dos processos estruturais podem variar de acordo com qual teoria se adote acerca do que significa processo. Embora não expressamente, parece ser o que tentou fazer, sem o mesmo rigor técnico, Penna, ao discutir o que era essencial ao controle de políticas públicas, para em seguida, indicar qual concepção teórica de processo adaptava-se a visão apresentada. No entanto, parece mais acertada a abordagem de Galdino, no sentido de que embora as diferenciações específicas possam mudar, de concepção teórica para concepção teórica, sendo possível averiguar concepção que não recepcione a diferenciação dos processos estruturais, a sua acomodação teórica parece possível em cada teoria apresentada pelo autor. GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019, p. 125-133; PENNA, Saulo Versiani. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 241-269.

153 Como apontado supra.

Sob um outro ângulo, os demais autores admitem, em geral, que aspectos procedimentais, participativos ou decisórios compõem características essenciais do conceito. Assim, por exemplo, a multifocalidade é essencial ao conceito de Marçal, enquanto flexibilizações procedimentais e consensualidade são essenciais ao conceito de Didier, Zaneti Jr. e Alexandria[154].

Da mesma forma, uma estrutura parcial expansiva e amorfa caracteriza os processos civis de interesse público para Chayes e a postura ativa do juiz para Fiss. Já Galdino prefere perquirir diferenças específicas dos processos estruturais de acordo com três concepções diversas de processos, o que também reflete na insuficiência da caracterização da pretensão veiculada. A título de exemplo, tomado como ato jurídico complexo, o autor identifica como diferença específica a necessidade de "transição entre estados de coisas (…) não realizável de modo imediato e, cujo tempo, modo e grau de realização devem ser definidos processualmente"[155].

Observe-se, antes de prosseguir, que, de toda forma, há algo de internamente inconsistente na definição de Vitorelli dos processos estruturais. É que o autor afirma que o processo estrutural é uma técnica processual concebida para a tutela jurisdicional das situações jurídicas coletivas relacionadas a um litígio estrutural. Ora, como admitir que o processo estrutural é uma "técnica processual" concebida para a tutela jurisdicional de tais espécies de situações jurídicas coletivas e, ao mesmo tempo, desprezar adaptações procedimentais necessárias a tal tutela?[156]

---

154 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81.

155 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 129-130.

156 Marinoni defende, por exemplo, que "Se as tutelas dos direitos (necessidades no plano do direito material) são diversas, as técnicas processuais devem a elas se adaptar. O procedimento, a sentença e os meios executivos, justamente por isso, não são neutros às tutelas (ou ao direito material), e por esse motivo não podem ser pensados a sua distância" MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica processual e tutela dos direitos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. p. 100. Seguindo a posição de Marinoni, Osna, Arenhart e Jobim asseveram que: "A técnica processual, sozinha, é nada. Só adquire valor e importância à medida que se alinha às necessidades do direito material e dos valores fundamentais postos na Constituição. (…) [A] técnica [desempenha] o papel de desenhar as formas como essas tutelas serão perseguidas no processo". ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. RB-1.1. Rememore-se, por outro lado, que Marinoni defende – e, a reboque, também o fazem Osna, Jobim e Arenhart – à luz da instrumentalidade, que há uma relação de prioridade entre direito material e processo. Em nosso sentir, a defesa de um referencial de prioridade ou preferencialidade nessa relação depende, fundamentalmente, de uma certa concepção de distinção funcional entre ambos, em que apenas direito material condiciona comportamentos e regula "relações jurídicas referentes à bens e utilidades da vida" (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p. 46). Entretanto, a regulação comportamental, como

Não parece fazer sentido aludir a uma espécie de técnica processual que sirva ao propósito de entregar uma tutela jurisdicional específica para, em seguida, negar que haja adaptações procedimentais que permitam a referida tutela jurisdicional específica[157]. Assim, parece que a menção à técnica processual, a despeito de abstratamente correto, é equivocada em relação ao conceito apresentado pelo autor.

Seja como for, ainda que retirada a menção à técnica processual, afigura-se inadequado, aos fins desta dissertação, identificar como faceta proeminente de processo, a ser qualificada pela estruturalidade, a mera pretensão veiculada em juízo. É que admitimos, de forma ampla, que o processo condiciona diretamente condutas[158]. De tal forma que não faz sentido concentrar a sua proeminência substantiva a ser qualificada pela pretensão, haja vista que a pretensão em si apresenta um elemento necessário, mas insuficiente ao condicionamento primário de condutas.

Em nossa visão, é a metodologia de condicionamentos recíprocos agregada pelo processo como um todo que detém aptidão para, em conjunto com as normas materiais pertinentes, servir a propósitos regulativos mistos[159]. Dessa forma, o tratamento processual

---

critério de distinção funcional entre direito material e processo é cada vez mais questionável nos dias atuais. Conferir nesse sentido CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. Civil Procedure Review, Salvador, v. 12, n. 2, p. 69-102, ago. 2021. Como decorrência da falibilidade do critério de regulação comportamental, afigura-se possível defender relações não preferenciais entre direito material e processo para concretização de propósitos regulativos mistos, o que suporta a necessidade de desenvolvimento de esquemas argumentativos mais complexos para resolutividade de um eventual desencontro entre direito material e processo do que a mera prioridade daquele em relação a este. Fugiria do escopo do presente trabalho desenvolver a questão, não sendo, ademais, admissível simplesmente sugerir *a latere* e sem maiores digressões alguma alternativa à separação funcional entre direito material e processo. Vale, contudo, o apontamento, eis que se podemos concordar com Marinoni que as técnicas processuais devem ser adaptáveis, à luz das necessidades materiais de tutela, não nos parece adequado inferir, para chegar a essa conclusão, a configuração de uma relação prioritária entre direito material e processo.

157 Veja-se, por exemplo, GAJARDONI, Fernando da Fonseca; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 135-163, dez. 2020.

158 Concordamos, no ponto, com CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. Civil Procedure Review, Salvador, v. 12, n. 2, p. 69-102, ago. 2021.

159 Para nós, a entremistura cognitivo-regulativa que é disciplina pelo experimento jurídico é apenas um sinal da falência do entendimento de que é possível pensar nas relações entre direito material e processo por meio de distinções estruturais e funcionais. O processo inequivocamente é mecanismo que produz condicionamentos típicos de regulações primária de conduta, sobretudo no âmbito do processo de experimentação. O ponto não será aprofundado por limitações de escopo. Mas entendemos que as relações entre direito material e processo são, hoje em dia, melhor descritas como eixos convergentes de normatividade, em um formato descrito pioneiramente por Cabral como coaxial. Para aprofundamento, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. Civil Procedure Review, Salvador, v. 12, n. 2, p. 69-102, ago. 2021.

peculiar trazido ou denominado de estrutural não pode se limitar ao tipo de pretensão veiculada, razão pela qual discorda-se, neste ponto, de Vitorelli. A consistência histórica é secundária para esta análise.

Diante da proeminência da metodologia de condicionamentos recíprocos, não se deve reconhecer o elemento institucional como característica essencial dos processos estruturais. É que o modo de condicionamento agregado pelas demais características do processo estrutural não se limita à presença (ou ausência) de um elemento institucional no problema que lhe subjaz.

Basta pensar na tutela de recomposição do meio ambiente, ou o processo estrutural voltado a reorganizar ressonâncias policêntricas relacionadas à práticas extrainstitucionais. A reorganização de práticas e de determinados estados de coisas deve ter o seu caráter estrutural reconhecido, pois não parece haver distinção relevante, sob a perspectiva da metodologia condicionante[160].

Diz-se mais: o elemento institucional não pode ser considerado uma característica típica dos processos estruturais. Explica-se o afirmado quando se observa que características típicas, no sentido adotado, não correspondem à identificação de uma espécie. Assim, é possível dizer que o caráter institucional, pelos elementos normativos agregados, delineia uma espécie de processo estrutural, sem dizer, ao mesmo tempo, que o caráter institucional é uma característica típica dos processos estruturais[161].

Neste diapasão, o caráter institucional em si – ou seja, o fato de o processo envolver instituições – não indicia, como nota referencial, que estamos diante de um processo estrutural. Trata-se, ao revés, de uma característica frequente ou incidental, mas não propriamente típica.

Em alguma medida, a razão para tanto se assemelha à objeção da adição de aspectos da realidade material como notas referenciais dos processos estruturais, já descrita quando abordada a questão das políticas públicas.

Por outro lado, a presença do elemento institucional em um processo estrutural pode ensejar a identificação de uma espécie de processo estrutural, desde que tal elemento implique

160 Neste ponto, concorda-se com DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81.

161 A questão pode ser compreendida na diferenciação entre tipo e intratipo. Um processo estrutural institucional público pode ser um intratipo (espécie) dos processos estruturais, mas não necessariamente o que lhe diferencia representa uma nota referencial do gênero em comum.

na reconstrução de um condicionamento regulativo distinto de outras situações em que se reconhece a existência de um processo estrutural. Ou seja, o raciocínio de especiação, depende da fragmentação do gênero comum de acordo com um critério de discriminação relevante baseado no condicionamento regulativo diferenciado entabulado por determinado fenômeno normativo, não sendo este o raciocínio por detrás da definição de tipos.

Defendida a não essencialidade do elemento institucional, já é possível questionar a sobrevivência do conceito de litígio estrutural como essencial aos processos estruturais. Antes de prosseguir, todavia, interessa analisar se a coletividade – segundo elemento selecionado do litígios estruturais – é ou não essencial aos processos coletivos. A análise empreendida a seguir permitirá a investigação acerca da essencialidade de diversos outros pontos coligados, que serão segregados para fins organizativos.

1.3.5 Coletividade vs. Individualidade

O segundo elemento prévio para análise da pertinência conceitual ou típica dos litígios estruturais é a coletividade. Em princípio, vários elementos, comumente associados aos processos estruturais, parecem demonstrar a sua proximidade em relação aos processos coletivos.

Veja-se, a título de exemplo, que elementos como a multifocalidade, a multipolaridade, o policentrismo, a legitimação extraordinária de um representante adequado do grupo lesado[162], a ofensa de caráter plurissubjetivo e de intensidades variáveis, a tutela conferida em favor e contra sujeitos não necessariamente idênticos aos ocupantes de cada polo processual, a necessidade de análise de situações jurídicas afetadas dinamicamente pelos meios escolhidos para realização da transição entre estados de coisas, dentre outros, parecem respaldar a adequação do tratamento processual coletivo.

Ressalte-se, todavia, que tais elementos não são necessariamente exclusivos do processo coletivo[163], sendo certo que tantos outros, também comumente relacionados aos

162 Pontue-se, todavia, que a legitimação extraordinária não é elemento conceitual da categoria dos processos coletivos, como bem destaca DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 32-33.

163 É claro que a mera compatibilidade abstrata de cada elemento com o processo individual não necessariamente induz a irrelevância do binômio (coletivo/individual) para a caracterização do processo estrutural. Diante da metodologia dos condicionamentos recíprocos, um dos aspectos centrais para a caracterização essencial de qualquer espécie de processo é a sua adequação ao problema com o qual se busca

processos estruturais, como o estabelecimento de planos de transição, escalonamento de decisões, estabelecimento de um procedimento fásico, retenção de cognição, flexibilização das estabilidades processuais, etc, não parecem incompatíveis com a lógica do processo individual.

Um primeiro passo relevante para saber se o processo estrutural é sempre coletivo consiste em fixar o que se entende como processo coletivo. Embora não seja um tema incontroverso, concorda-se com Vitorelli que define que processo coletivo é um mecanismo de tutela jurisdicional de "direitos afetados por um litígio coletivo"[164]. Os titulares desses direitos são grupos, formados e compreendidos no momento da violação.

O conceito de "litígio coletivo" constitui um elemento que é complementado com diversas exigências que o próprio autor especifica, referentes à forma de participação processual, à garantia de imparcialidade, etc[165]. Ou seja, a espécie de litígio coletivo enseja alterações no regime jurídico dos princípios e regras do processo coletivo que visa a conferir tutela às situações jurídicas por ele afetadas.

Considerando a relação da coletividade do litígio com o mecanismo de tutela jurisdicional adequado, alguns autores começaram a discutir se a existência de um litígio policêntrico não deveria afetar o tratamento processual conferido a demandas individuais. Saber se "ser tratado como se processo estrutural fosse" significa identificar um processo individual estrutural consiste, pois, em uma importante questão a ser analisada para responder se a coletividade é essencial aos processos estruturais. Esse será o assunto abordado no próximo subtópico.

1.3.5.1 Processos individuais inseridos em um "litígio multifocal" não constituem processos estruturais. Mera compensação dos efeitos deletérios oriundos do raciocínio não monótono dos processos individuais

interagir resolutivamente. Assim, dizer, por exemplo, que o processo de inventário exemplifica uma espécie de processo individual que lida com algum grau de policentrismo, não significa dizer que o processo estrutural, por tratar de problemas policêntricos, pode trajar as vestes do processo individual. Em suma, é no conjunto de características que surge a adequação necessária para analisar a caracterização pertinente de certa espécie de processo e não na sua compatibilidade abstrata com cada elemento.

164 VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. v. 284, p. 333-369, out/2018.

165 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. capítulo 6.

Conforme antecipado, alguns autores, como Marçal e Ferraro, entendem que um processo individual inserido no contexto de um litígio multifocal ou policêntrico deveria ser tratado como se processo estrutural fosse. A premissa geral consiste em assumir que também o processo individual deve sofrer os efeitos do tipo de litígio no qual ele se insere, ainda que no bojo da demanda analisada não tenha sido veiculada uma pretensão à efetivação de uma pretensão estruturante[166].

Assim parece ser por um simples motivo: a situação jurídica individual, contextualizada no âmbito do litígio (multifocal) da qual proveio, deve se conformar às demais situações jurídicas identificadas naquele mesmo contexto. A título de exemplo, a situação jurídica individual relacionada à pretensão de obtenção de acesso a leito, indevidamente postergada por demora do agente regulador em um sistema de saúde pública funcional, não é – ou não deveria ser percebida como – idêntica à demora do agente regulador em um sistema de saúde pública disfuncional por superlotação[167]. Tratar a segunda demanda de forma idêntica à primeira produz cenários de iniquidade, em que, por exemplo, a organização de filas de espera, providência temporária enquanto se busca entender o que está provocando a superlotação, é cronologicamente desestruturada pela concessão de uma tutela de urgência para "Mévio" em um processo individual[168].

---

166 TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 211-238, 2021; FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 42-49; 144-148; 195-198.

167 Neste sentido, conferir também Arenhart: "demandas individuais como essas [fornecimento de medicamentos], 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." (ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 1.047-1.069, 2021. p. 1.048).

168 O problema também é percebido por Marco Antônio "Note-se que, ao lado de ações individuais, buscando pretensões de um único sujeito ou de um grupo em litisconsórcio, encontram-se ações coletivas, visando à tutela de direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, que acabam por discutir o próprio mérito de uma política pública globalmente. (...) No caso de demandas individuais que visem à efetivação de um direito fundamental, tal eficácia da sentença ganha uma maior relevância, pois como visto, uma ação de um jurisdicionado pode afetar diretamente toda a política pública a ser implementada (…) O pedido em jogo exige do Judiciário, portanto, que amplie sua atividade cognitiva, pois a cognição limitada a uma análise isolada do processo pode ser suficiente em demandas relativas a direitos privados, mas é insuficiente nas ações que possam impactar de alguma forma políticas públicas.." RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas, in: Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor

Veja-se que a bipolarização tradicional do processo individual provoca cenários de assimetria informacional[169] não compensável acerca do que compõe os demais centros de interesses existentes no contexto de um litígio multifocal[170]. É só observar os efeitos da regra da congruência[171], da limitação à intervenção de terceiros, da estabilização processual pela coisa julgada, dentre outras.

Da mesma forma, as variáveis normativas e fáticas, de natureza interdependente (policentria), externas ao conteúdo deduzido em um processo bipolarizado são consideradas irrelevantes, via de regra, porque o raciocínio normativo que nele impera é de natureza "não monótona"[172].

O raciocínio não monótono é aquele em que "a conclusão que é correta perante determinada informação deixa de estar correta em função de nova informação obtida em processo"[173]. Ocorre que "a aplicação de uma regra jurídica (…) só está dependente da prova dos factos que condicionam a sua aplicação (*probanda*), não da prova dos factos que obstam à

Jessé Torres Pereira Junior. Alexandre Freitas Câmara, Adilson Rodrigues Pires, Thaís Boia Marçal (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 261-262.

169 SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as Catalysts: rethinking the judicial role in new governance. Columbia Journal Of European Law, v. 13, p. 565-591, abr. 2007.

170 "Para ilustrar essa preocupação, basta pensar no exemplo atualíssimo das diferentes medidas propostas em face do Poder Público voltadas ao fornecimento de medicamentos de alta complexidade. Nessas hipóteses, tomando-se como premissa a exigibilidade imediata do direito fundamental à saúde, não parece haver maiores dúvidas de que, diante de cada negativa, surge situação de resistência a uma pretensão individual. Assim, cada cidadão, de maneira pulverizada, poderia aparentemente perseguir em juízo sua própria proteção. Não obstante, caso referida situação fosse enfrentada a partir de sua moldura coletiva, seria plenamente possível que a conclusão a ser alcançada em juízo fosse problemática: de um lado, o fornecimento poderia se mostrar a saída mais óbvia e natural; de outro, porém, seria plenamente viável que o custo ocasionado por essa tutela fosse insuportável – ou, no mínimo, fizesse com que o cobertor se revelasse curto para a proteção de outros elementos afetos à saúde. As respostas dicotômicas dificilmente bastariam, sendo preciso se pensar em um novo modelo de atuação jurisdicional." Cf.: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. RB-1.3.

171 "Pode-se até imaginar que esse tipo de decisão conviva com um sistema baseado no princípio da congruência – entre pedido e sentença – já que também a parte autora pode fazer o juízo necessário para a obtenção da adequada proteção ao direito discutido. Todavia, observada a realidade, vê-se que dificilmente será assim, já que o campo de atuação de sentenças estruturais implica conflitos cujas condições são altamente mutáveis e fluidas" (ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, p. 1-15, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 5).

172 SOUZA, Miguel Teixeira de. Análise lógico-normativa da decisão de improcedência: uma reflexão sobre a evidentiary defeasibility e a dupla ordem jurídica. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; SARAIVA, Rodrigo. Grandes temas do novo CPC: improcedência. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. 4. p. 73-92.

173 SOUZA, Miguel Teixeira de. Análise lógico-normativa da decisão de improcedência: uma reflexão sobre a evidentiary defeasibility e a dupla ordem jurídica. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; SARAIVA, Rodrigo. Grandes temas do novo CPC: improcedência. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. 4. p. 73-92.

sua aplicação (*non-refutanda*)", razão pela qual "a decisão de um tribunal é considerada correta sem que exista qualquer informação sobre o que a pode infirmar"[174].

Neste tocante, é preciso rememorar que Marçal caracteriza as medidas estruturantes como capazes de ensejar um tratamento global do litígio[175]. Por esta razão, a pontualidade da tutela requerida (ex: fornecimento de medicamento) não retiraria o seu caráter estruturante, desde que o contexto no qual ela se insira seja de um litígio multifocal.

Em outras palavras, a existência de um "problema materialmente estruturante"[176], subjacente ao pedido de tutela individual, deveria ensejar o reconhecimento da insuficiência do raciocínio não monótono do processo individual[177], sob pena de se admitir a interferência "desestrutural"[178], na expressão de Vitorelli, no tratamento (necessário) global do litígio multifocal.

A este raciocínio não cabe objetar que o tipo de litígio não torna inexorável o modelo de processo. Com efeito, como bem lembra Vitorelli, litígios coletivos existem em qualquer lugar, mas nem sempre o ordenamento providencia um modelo de processo coletivo. Todavia, a questão não se põe, no contexto analisado, pois o nosso sistema prevê processos coletivos e o faz com a abertura providenciada tanto pelo art. 83, do CDC, como por uma interpretação histórica do art. 5º, XXXV, da CRFB/88[179].

---

174 SOUZA, Miguel Teixeira de. Análise lógico-normativa da decisão de improcedência: uma reflexão sobre a evidentiary defeasibility e a dupla ordem jurídica. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; SARAIVA, Rodrigo. Grandes temas do novo CPC: improcedência. Salvador: Juspodivm, 2015. Cap. 4. p. 73-92.

175 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 51-52.

176 A expressão é utilizada por TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 211-238, 2021.

177 A noção de raciocínio não monótono e os seus reflexos processuais não é explorada por Marçal. Trata-se de argumento nosso para analisar a dificuldade processual de tratar individualmente questões inseridas em um "litígio estrutural".

178 Sobre a desestruturação provocada pelo tratamento de litígios estruturais a partir de processos individuais, cf.: VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 111-112; PORFIRO, Camila. Litígios Estruturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 14-22.

179 Em outras palavras, a tutela jurisdicional global do litígio, desde que adequada ou necessária, pode ser modelada pela abertura dos artigos mencionados. No que se refere à interpretação histórica referida, é bom lembrar que o artigo respectivo da Constituição de 1967 limitava a inafastabilidade da jurisdição a direitos individuais. A Constituição vigente, por outro lado, retirou o vocábulo "individuais", abrindo espaço para a inafastabilidade da jurisdição em relação a situações jurídicas coletivas, as quais foram recepcionadas pela Constituição em diversos outros artigos.

Para conferir o referido tratamento global, Marçal sugere duas vias possíveis. Em primeiro lugar, o estabelecimento de protocolos institucionais com os órgãos competentes para, em havendo uma profusão de causas individuais versando sobre problema materialmente estruturante, garantir que os legitimados coletivos pudessem "ingressar em demandas individuais que tenham subjacentes reformas estruturais" ou para permitir que ajuízem demanda estruturante para buscar a resolução racionalizada do litígio multifocal. Em segundo lugar, sugere a utilização de mecanismos de cooperação judiciária, como a reunião de demandas e a centralização de processos repetitivos, de modo que fosse dado processamento e julgamento conjunto às demandas individuais[180].

As duas soluções são interessantes e, potencialmente, detêm aptidão para reduzir as externalidades negativas sistêmicas do ajuizamento de demandas individuais que conferem tratamento não global a litígios multifocais.

Nada obstante, tais considerações não aproximam o processo individual do processo estrutural, que, sob este ângulo, permanece sendo essencialmente coletivo. O raciocínio desvela a pontualidade aparente de pedidos individuais em contextos de litígios multifocais e destaca o caráter de gerenciamento decisório inerente ao tratamento global do problema. Ou seja, esclarece que existe uma inter-relação prejudicial entre as demandas (individual e estrutural) que deve ser objeto de cognição diferenciada[181].

---

180 TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 211-238, 2021. Defendendo também a utilidade da centralização de processos repetitivos no âmbito dos processos estruturais, cf.: DIDIER Jr., Fredie. Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 95-96.

181 A relação entre processos individuais e coletivos é objeto de estudo por diversos autores, normalmente sob o prisma da litispendência (existência de processos individuais e coletivos versando sob situações jurídicas relacionadas ao mesmo conjunto de fatos), ou sob o prisma dos efeitos positivo e negativo das estabilidades processuais. Cf.: NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual do Processo Coletivo. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 257-268; DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 174-187. No âmbito dos processos coletivos e estruturais, Vitorelli sugere outras soluções, como a suspensão da tramitação de processos individuais. cf.: VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 310-318. Já Ferraro sugere aplicar algo semelhante à regra 23(B)(1)(b) das *Federal Rules of Civil Procedure* dos Estados Unidos, a qual proscreve o direito de *opt out* de integrantes do grupo demandante, "em razão da imprestabilidade da via individual para preservar o direito dos demais (supostos) titulares". A solução não foi, contudo, teorizada em termos do que justificaria a sua introdução no nosso sistema normativo. Seja como for, a solução parece ser menos protetiva do que a utilização de mecanismos de cooperação judiciária – esta sim, prevista em nosso sistema. Cf.: FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 145-148; 196-197.

A intervenção dos legitimados coletivos em demandas individuais, não associada ao ajuizamento de demanda estruturante, pode servir, no máximo, como mecanismo de compensação do déficit informativo típico da bipolarização processual, neutralizando, ao menos em parte, o caráter não monótono do processo individual. Não parece, todavia, servir ao propósito de, a partir da demanda individual, garantir uma ampliação da tutela para uma abrangência global. É que a regra da congruência permanece hígida. O que acontecerá será uma alteração do parâmetro de aplicação da regra jurídica relativa à pretensão autoral, à luz de fatos de caráter *refutanda.*

De modo semelhante, porém potencialmente mais eficiente, os mecanismos de cooperação judiciária de reunião de demandas ou centralização de processos repetitivos parecem, novamente, se prestar ao papel de compensação do deficit informativo dos processos individuais, ao mesmo tempo em que permite um gerenciamento do conjunto de demandas ajuizadas[182].

Não substitui, todavia, o ajuizamento de processo estrutural, porque, ainda assim, inexiste pretensão de reestruturação, razão pela qual apenas amplia-se, em relação ao mecanismo anterior, o âmbito de refutação recíproca e de participação processual dos autores individuais – e eventualmente dos legitimados coletivos – acerca de como aquelas demandas devem ser decididas à luz das externalidades policêntricas que o seu acolhimento provocaria.

Há outros autores, contudo, que defendem a existência de um processo individual efetivamente estrutural, ou seja, fora da perspectiva gerencial ora analisada. Com efeito, para analisar a essencialidade da coletividade aos processos estrutural, impende-se compulsar a posição de Didier, Zaneti Jr. e Alexandria. A partir da análise proposta, será possível, ainda, analisar a essencialidade do policentrismo, da multipolaridade e da multifocalidade no âmbito dos processos estruturais.

1.3.5.2 Rejeição à identificação de processos individuais estruturais. Essencialidade do policentrismo e da multifocalidade

Fora de uma perspectiva exclusivamente gerencial, Didier, Zaneti Jr e Alexandria entendem que medidas estruturantes podem ser deferidas em um processo individual. Parte-se

182 Também reconhecendo mecanismos de cooperação judiciária em sede de processos estruturais, DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 17-18 (versão eletrônica).

de uma premissa semelhante à da perspectiva gerencial de Marçal, no sentido de que uma demanda individual pode estar inserida no contexto de um problema estrutural "e tenha que, por isso, ser tratado como processo estrutural"[183].

Todavia, os exemplos dos autores deixam claro que sua visão admite que uma demanda individual veicule uma pretensão estrutural, a qual, de acordo com o seu pensamento, consistiria na reestruturação de um estado consolidado de desconformidade. O exemplo do portador de deficiência que postula a efetivação do direito de acessibilidade à edifício público ou privado, de uso coletivo, por meio de reformas em suas bases construtivas confirma esse entendimento.

Apesar de individual, a demanda teria "inequívoca natureza estruturante", uma vez que sua causa de pedir baseia-se na afirmação do estado de desconformidade "por uma permanente inobservância da legislação que impõe se promova a acessibilidade desses lugares". A pretensão perpassaria uma transição para um estado de coisas ideal do qual "depende a satisfação do direito do indivíduo autor"[184].

Vale lembrar que os autores não consideram a multipolaridade ou a complexidade características essenciais dos processos estruturais, haja vista ser possível, aos seus olhos, um processo estrutural bipolar e um processo estrutural simples. Provavelmente, o exemplo do portador de deficiências explicita um caso de processo estrutural bipolar e simples.

De fato, a multipolaridade não é essencial aos processos estruturais, mas não pelo motivo indicado pelos autores, mas sim pelo motivo indicado por Marçal e reforçado, no ponto, por Vitorelli. Como percebe Marçal, o resultado da existência de múltiplos centros de interesse é a necessidade de uma estrutura subjetiva processual despolarizada e não

183 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 7 (versão eletrônica).

184 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 7 (versão eletrônica).

multipolarizada[185]. Por isso, Marçal prefere à expressão "multifocalidade", ainda que não para designar o mesmo conteúdo de "multipolaridade"[186].

A despolarização, com aproveitamento do conceito de "zonas de interesse" formulado por Cabral, pode ser justificada pela existência, nos litígios de difusão irradiada, de interesses parcialmente coincidentes e parcialmente descoincidentes, produto de afetações diferenciadas de situações jurídicas, conforme reconhece Vitorelli[187].

Se a multipolaridade não é essencial, o mesmo não pode ser dito da multifocalidade. Embora a transição de estados de coisas e o problema estrutural também pareçam ser elementos importantes, como se destacará adiante, sem a multifocalidade o processo estrutural perde sua identidade. Cuida-se, a toda evidência, de um suporte hipotético plúrimo, cuja suficiência depende da presença de todos os elementos, pelo menos a nível de caracterização.

A despolarização da demanda estrutural, em decorrência da multifocalidade, aperfeiçoa o arquétipo morfológico subjetivo, intuído por Chayes há mais de 50 anos (estrutura subjetiva "expansiva e amorfa"), substituindo a alusão a um aspecto externo pelo fundamento normativo da estrutura subjetiva diferenciada dos processos estruturais. Também supera os defeitos do arquétipo funcional subjetivo, apresentado por Fiss, destacando-se que a multifocalidade responde às críticas bem formuladas por Galdino[188] a essa parcela do conceito do autor norte-americano.

---

185 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 34-35**.** Sobre o ponto, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009. Arenhart destaca diversas problemáticas, ligadas à participação processual (direta ou por representação), que são trazidas a lume no âmbito do processo estrutural em virtude da existência de múltiplos centros de interesse. Cf.: ARENHART, Sérgio Cruz. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 1.071-1.096, 2021.

186 Vale notar que apesar de Ferraro aludir à multipolaridade, a autora entende que a multipolaridade nos processos estruturais seria marcada por uma fluidez ínsita por ela denominada de transpolaridade. Segundo a autora, a transpolaridade significaria "a potencialidade de alteração do polo processual pelos participantes", ou, em outras palavras, a "ausência de vinculação infalível às posições da demanda (…) possibilitando a troca por alguma das partes, quando isso se mostrar apropriado". A noção de "zonas de interesse" é abordada expressamente, razão pela qual, ao menos no que se refere ao pensamento de Ferraro, a crítica acima exposta à multipolaridade é superável. FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 163-165.

187 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 57.

188 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 34-37.

Da mesma forma, conquanto não tenha sido especificamente abordado pelos autores, a ideia de policentrismo também parece essencial ao conceito de processo estrutural e talvez também explique a insuficiência da concepção de relação exógena entre ação e estado de coisas, pensada por Galdino e acolhida por Didier, Zaneti Jr. e Alexandria.

Sobre o tema, discorda-se parcialmente da compreensão de Galdino acerca do que é policentrismo. Embora concorde-se que o policentrismo se distingue de multipolaridade – e, no ponto, de multifocalidade – e que diz respeito, em alguma medida, "ao objeto de discussão", prefere-se o conceito apresentado por Robert Bone, e repercutido na doutrina brasileira por Violin, de que "tarefas policêntricas [são] aquelas que requerem a coordenação de variáveis interativas". Com efeito, numa ambiência policêntrica "nenhuma das variáveis críticas pode ser determinada exogenamente", pois "a escolha de um valor para uma variável afeta o valor das demais", razão pela qual "é impossível fixar um valor para uma variável (X) e, então, buscar os valores ótimos para (Y) e (Z), pois a escolha de valores para (Y) e (Z) pode alterar o valor inicial de (X)"[189].

Com espeque em Ostrom, Violin destaca, ainda, que arranjos institucionais policêntricos, formados por unidades pequenas, médias e grandes, podem ser baseados em redundâncias de competências sem necessariamente configurar uma "situação patológica", tendo em vista o aprimoramento da coordenação das variáveis interativas[190]. Donde se deduz que, enquanto o policentrismo pode ser caracterizado como uma ordem específica de variáveis interativas e interdependentes, a coordenação de centros cognitivos e decisórios redundantes pode se revelar um arranjo institucional policêntrico saudável.

Por outro lado, Violin ressalta que o policentrismo peculiar dos processos estruturais é aquele de natureza extrajurídica, pois o policentrismo jurídico é questão afeta ao direito material, notadamente ao grau maior ou menor "(a) da permeabilidade do ordenamento jurídico a valores morais conflitantes; (b) a crescente utilização de cláusulas abertas e

189 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 47-48. Conferir também, BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. Boston University Law Review, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1314.

190 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 51.

conceitos jurídicos indeterminados pelo legislador; e (c) a dispersão da função normativa entre legislador e julgador"[191].

Assim, propõe um teste dúplice para identificação da predominância de policentrismo em determinado problema analisado. Com efeito, insta perquirir "se a solução ótima depende[] (a) da opção por um dentre diversos critérios igualmente válidos e (b) da criação de um único regime para regulação de interesses interdependentes"[192].

No caso de Brown II, o autor indica que "a dispersão geográfica das escolas e a expectativa de forte resistência social ao cumprimento da decisão" faziam do caso um litígio estrutural. Além disso, os critérios disponíveis para definição de medidas concretas e com um grau mínimo de dessegregação "eram todos extrajurídicos". Dessa forma, a solução ótima em Brown II satisfazia positivamente o teste dúplice de Violin[193].

Veja-se, por fim, que a impugnação de Galdino ao policentrismo merece reserva. Se de fato o policentrismo não se restringe aos processos estruturais, o exemplo de processo estrutural não policêntrico por ele formulado não procede. É que o "relato causal", descrito pelo autor, exclui todas as evidentes variáveis interativas interdependentes que estiveram em testilha em todos os processos estruturais versando sobre presídios. Daí porque não procede a extrapolação do exemplo simplificado fornecido pelo autor em relação aos casos concretos tratados pela literatura nacional e estrangeira[194].

Feita essa digressão, compreende-se o problema da descrição de exogenia entre ação e estado de coisas pensado por Galdino e ilustrada pelo exemplo da abertura da janela[195]. A

191 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 73.

192 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 74-75.

193 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 74-76. Discorda-se parcialmente do afirmado, conforme se pontuará mais adiante.

194 Confira o exemplo em GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 41-42.

195 "Um exemplo pode auxiliar na compreensão. O ato de abrir uma janela altera um estado de coisas, de um mundo em que a janela está fechada para um mundo no qual a janela está aberta. A abertura da janela é o resultado da ação. Há uma relação direta e intrínseca entre ato de abrir a janela e o resultado: uma janela aberta. Ocorre que, como efeito desse resultado (uma janela aberta), pode ocorrer de o cômodo no qual se encontra a janela ter um aumento de temperatura. Referido efeito não depende apenas da transição entre os estados de coisas (de janela fechada para janela aberta) e, portanto, não decorre somente da ação que provocou a transição entre os estados de coisas. O efeito decorrente do resultado da ação depende de outras características do mundo." GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019.

relação entre estado de coisas e outras características contextuais não é assimilada a partir da característica central do conceito de policentrismo, qual seja, a da existência de uma ordem específica de variáveis interativas e interdependentes. Frise-se para que fique claro: não é qualquer alteração contextual diretamente decorrente da transição de estados de coisas, mas exogenamente decorrente da ação adotada que caracteriza a ideia de policentrismo.

Em outras palavras, não é qualquer exogenia – entre ação e estado de coisas – que capta o problema estrutural. Apenas uma exogenia qualificada pela existência de uma ordem específica de variáveis interativas e interdependentes é que é capaz de encapsular o problema posto em um processo estrutural.

Como uma faceta complementar da multifocalidade, o policentrismo também é essencial ao conceito de processo estrutural. E isso porque a sua assimilação conduz a condicionamentos processuais e materiais marcados pela especificidade que lhe distingue de outras espécies de processo.

Em nosso sentir, o exemplo do portador de deficiências[196], se não existem outros centros de interesse (multifocalidade) – não narrados pelos autores – e se a transição entre estados de coisas postulada não for descritível por uma exogenia qualificada, não detém natureza estrutural, razão pela qual não se presta ao objetivo de comprovar a existência de um processo estrutural individual.

Caso haja multifocalidade e policentrismo, o problema remete à solução concebida por Marçal, a qual, como já explicado, muito antes de prenunciar a natureza individual dos processos estruturais, é capaz de revelar o caráter de gerenciamento decisório inerente ao necessário tratamento global do problema estrutural.

Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 67.

196 “Imagine que um sujeito, portador de deficiência ou com mobilidade reduzida, ingresse com ação individual para, com base nos direitos que lhe são assegurados pela Lei 10.098/2000 (LGL\2000\228), exigir que determinados edifícios públicos ou privados, de uso coletivo, aos quais precisa ele recorrentemente ter acesso (como sua faculdade, o hospital do seu bairro, o banco no qual possui conta corrente etc.), sejam obrigados a promover reformas para garantir a acessibilidade prevista em lei. Essa é tipicamente uma ação individual, mas que tem inequívoca natureza estruturante. Sua causa de pedir consiste na afirmação de uma situação de desconformidade, por uma permanente inobservância da legislação que impõe se promova a acessibilidade desses lugares. Há um ambiente de ilicitude que precisa de intervenção (re)estruturante, porque desse novo e ideal estado de coisas depende a satisfação do direito do indivíduo autor”. Em DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 7 (versão eletrônica).

De outra banda, as peculiaridades normativas trazidas pela multifocalidade e policentrismo demarcam a insuficiência da alusão à já criticável categoria das demandas pseudoindividuais[197], também referenciada pelos autores e da qual não trataremos.

Superada a questão, ainda é preciso compulsar os intratipos individuais de Galdino, os quais, novamente, poderiam revelar a não essencialidade da coletividade aos processos estruturais.

1.3.5.3 Crítica aos intratipos individuais de Galdino. A coletividade é essencial aos processos estruturais

Ainda no que toca aos processos individuais, é preciso revisitar os intratipos de Galdino que prenunciam a existência de graus de estruturalidade em processos estruturais individuais com multipolaridade e sem multipolaridade.

Para além da impugnação ao caráter multipolar e não multifocal, a identificação de processos estruturais individuais com e sem multipolaridade é um reflexo da indiferenciação do critério de transição entre estados de coisas escolhido pelo autor para conceituar processo estrutural. Se qualquer transição entre estado de coisas prenuncia um grau de estruturalidade, é logicamente coerente que um processo estrutural possa ser individual.

Se há alguma incoerência lógica no pensamento do autor, ela advém do exemplo dado de processo estrutural individual sem multipolaridade, o qual revela que o autor se contenta com um suposto grau de estruturalidade, suficiente para tipicizar um intratipo, inclusive, numa mera pretensão de correção de comportamento prevista pelo ordenamento jurídico.

É o caso das medidas socioeducativas[198]. O processo infracional é um claro exemplo de processo não estrutural sancionatório, marcado por uma instrução retrospectiva, pelo não controle do policentrismo extrajurídico e descompromissado com a própria transição entre estados de coisas.

A ausência de duração – na verdade, de tempo mínimo – não é indicativo de nenhum grau de estruturalidade, sob pena de se admitir que as medidas de segurança, aplicadas no

197 Como dizem DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 6-8 (versão eletrônica).

198 Dado pelo autor em GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 148-150.

processo penal, ou que as revisões de penas perpétuas nos EUA também seriam indicativos. A mera reavaliação de sanções com prazo indeterminado não revela estruturalidade, sendo novamente ilustrativo o regime de progressão de penas, que exige avaliações comportamentais e aptidão para realização de trabalho, por exemplo, ou as medidas impostas para fins de livramento condicional. É apenas um critério diferenciado para analisar a manutenção da sanção socioeducativa, com possibilidade de imposição de outras sanções mais leves de acordo com periodicidades específicas.

Veja-se, ainda, que a socialização, inserção comunitária e educação do infante também não são estados ideais de coisas que devem ser alcançados para alcançar o fim da fase de implementação de um processo infracional. São meras funções da sanção socioeducativa, assim como a ressocialização é função da pena aplicada a quem cometeu um crime.

Da mesma forma, o parâmetro interpretativo de proteção integral e prioritária dos direitos da criança e adolescente não tem nada a ver com processo estrutural. Trata-se de um princípio constitucional, convencional e legal que orienta o intérprete à buscar interpretações favoráveis aos fins que traça. Só isso. A interpretação normativa não é estrutural no sentido ora analisado[199].

Por fim, a preocupação com as necessidades pedagógicas têm relação com a perspectiva do ECA de que o adolescente infrator não deve ser propriamente punido, mas reeducado. Nada, contudo, que indique estruturalidade. Seria a pena restritiva de direitos, consistente em participar de palestras contra violência doméstica, uma medida com estruturalidade porque visa desincentivar atos futuros? Parece razoável que não.

Conforme já adiantado a identificação de graus de estruturalidade formulada por Galdino, apesar de interessante, é muito alargada, considerando desde meras pretensões de correção prospectiva e externa ao comportamento de agentes (exemplo do efeito estrutural mínimo dos processos não estruturais), até o mero condicionamento eventual de benefícios penais à obtenção de resultados processuais (exemplo da colaboração premiada)[200].

---

199 Confira-se como exemplo de interpretação estrutural – assunto totalmente diverso do ora estudado – o artigo de DORF, Michael. Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. The Georgetown Law Journal, v. 92, p. 833-857, 2004.

200 Os exemplos podem ser conferidos em GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 142-143. Em nosso sentir, os exemplos extrapolam largamente os limites do raciocínio tipológico empregado pelo autor.

Não é, todavia, inaproveitável. Pelo contrário, em uma ambiência sistêmica, os sinais normativos transmitidos por técnicas estruturais típicas permitem a identificação de implicações normativas recíprocas. E, veja-se, que o raciocínio tipológico permite que uma técnica processual seja, ao mesmo tempo, típica dos processos estruturais e típica de cooperação judiciária. Garante-se ao intérprete, dessa forma, a possibilidade de reconstruir iteres sistêmicos mais consistentes.

Parece ser o caso dos processos coletivos relacionados a litígios globais sujeitos a definição de modo, tempo e grau de reparação diante de múltiplas soluções disponíveis. A técnica processual relativa à definição de modo, tempo e grau de reestruturação, ao nosso ver, é característica essencial dos processos estruturais e se relaciona a um ponto que será comentado em tópico infra. Nada impede que em um processo não estrutural a utilização dessa técnica de reestruturação possa ter os seus parâmetros normativos aproveitados.

Da mesma forma, parece ser o caso do exemplo das medidas de proteção de crianças e adolescentes, retratadas, pelo autor, como descritivas do intratipo de processo estrutural individual com multipolaridade. Apesar de entendermos que a multifocalidade ou multipolaridade nestes casos é meramente eventual, sendo ainda certo que não necessariamente haverá policentrismo, o processo concernente às medidas de proteção de crianças e adolescentes é repleto de técnicas de reestruturação, as quais poderão ser percepcionadas nestes processos individuais – para nós, não estrutural – através do raciocínio tipológico proposto.

Diante de tudo isso, a coletividade parece ser ínsita aos processos estruturais, o que posiciona a categoria estudada como espécie de processo coletivo[201]. Não é qualquer transição

201 É bom lembrar que, consoante explica Arenhart, nem todo processo coletivo detém caráter estrutural: "Isso porque, substancialmente, a tutela coletiva brasileira, grosso modo, pode ser resumida em um processo 'individual', no qual o autor da demanda se legitima à proteção de interesses de terceiros ou de toda coletividade. Em verdade, a tutela coletiva nacional não é, a rigor, uma técnica que permite à coletividade expressar sua vontade ou seus interesses. Ao contrário, o que ela faz é autorizar alguns entes a, dizendo-se porta-voz de uma coletividade, defender os interesses desta. Essa proteção, porém, faz-se exatamente do mesmo modo como se realiza a proteção de interesses individuais. Os instrumentos processuais são os mesmos, as técnicas são as mesmas e mesmo o procedimento desenhado é, substancialmente, o mesmo que é empregado para a tutela de interesses individuais em sentido estrito. (…) tudo isso segundo a mesma lógica da tutela individual ou seja, segundo um processo bipolarizado, onde necessariamente se veem posições antagônicas em que uma deve prevalecer sobre a outra." ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 1.047-1.069, 2021. p. 1.048-1.050. O ponto também é percebido por FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 42-43.

entre estados de coisas que qualifica o processo estrutural, mas apenas aquele marcado pela multifocalidade e policentrismo. Devido a sua perspectiva globalizante, e principalmente por lidar com o policentrismo, a múltipla incidência de situações jurídicas induz o reconhecimento da inter-relação prejudicial entre demandas individuais e coletivas, sendo certo que receber "tratamento estruturante" não significa transformar o processo individual em estrutural.

Uma vez definida a essencialidade da coletividade e a não essencialidade do elemento institucional, cumpre retornar ao questionamento posto em tópico supra: o litígio estrutural é essencial ao processo estrutural? É o que analisaremos a seguir.

1.3.6 Litígio estrutural vs. Estado de desconformidade estruturada

Superadas estas questões, volta-se à análise dos litígios estruturais. Conquanto a multifocalidade, o policentrismo e a coletividade indiciem o acerto de Vitorelli ao aduzir que o litígio estrutural é uma espécie de litígio de difusão irradiada, a rejeição à essencialidade do elemento institucional nos deixa duas opções: repensar a definição de litígio estrutural ou postular a sua irrelevância à categoria dos processos estruturais.

A segunda opção poderia ser justificada à luz da suficiência das ideias de multifocalidade, policentrismo e coletividade. Os delineamentos do devido processo coletivo, defendidos por Vitorelli para cada espécie de litígio coletivo, poderiam ser extrapolados a partir destas características ora reputadas essenciais. É o que, de alguma forma, faz Marçal, ao reduzir o conceito de litígio estrutural à ideia de multifocalidade, mantendo, contudo, a sua essencialidade para o estudo da conformação dos processos estruturais.

Veja-se, de outro lado, que a supressão da análise do litígio não parece satisfatória por, ao menos, duas razões. Em primeiro lugar, porque, devido ao elemento coletivo dos processos estruturais, permanece hígida a conclusão de Vitorelli no sentido de que apenas a partir da análise do litígio é que se torna possível conhecer a concepção de sociedade que compõe a titularidade dos direitos afetados, o grau de afetação diferenciado de cada subgrupo lesado, a relação concêntrica de proximidade e distanciamento dos afetados, dentre várias outras utilidades[202].

202 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 74-

Em segundo lugar, porque incorporar as necessidades materiais de tutela exigidas pelo litígio em relação à conformação das situações jurídicas materiais e processuais representa expediente não só compatível, como necessário à nossa compreensão da inter-relação entre direito material e processo[203].

Dessa forma, sobra-nos a remodelagem do conceito de litígio estrutural ou de alguma outra ideia que permita a sua substituição. Uma possibilidade seria reduzir o conceito de litígio estrutural ao conceito de litígio de difusão irradiada, de modo a simplesmente eliminar o problema da institucionalidade.

Para analisar se a redução conceitual proposta seria adequada, precisamos analisar a essencialidade da elevada complexidade aos processos estruturais, sobretudo considerando a opinião contrária manifestada por Didier, Zaneti Jr. e Alexandria.

1.3.6.1 O problema da complexidade

Como adiantado, um primeiro contraponto a esta possibilidade seria a não essencialidade ao conceito de processo estrutural da "elevada complexidade", característica dos processos que versam sobre litígios de difusão irradiada, conforme argumentado por Didier, Zaneti Jr. e Alexandria. Segundo os autores, a ausência de múltiplas possibilidades de tutela não descaracterizaria o processo estrutural, pois a questão poderia ser simples do ponto de vista jurídico e complexa do ponto de vista extrajurídico[204].

Para Violin, essa costuma ser a regra: a complexidade preponderante, inerente ao policentrismo, típica dos processos estruturais deveria ser a de natureza extrajurídica. Todavia, como visto, o autor somente defende que a complexidade jurídica é resultante de outros fatores e não propriamente do litígio dito estrutural, embora sustente que quanto mais consenso houver acerca do caráter desconforme ou ilícito do estado de coisas, maior a

78.

203 Adota-se a posição teórica de Cabral que descreve a existência de uma relação coaxial entre direito material e processo. CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. Civil Procedure Review, Salvador, v. 12, n. 2, p. 69-102, ago. 2021.

204 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 8 (versão eletrônica).

tendência de admissibilidade dos processos estruturais[205]. No entanto, tendência de consenso ou de ausência de policentrismo jurídico não é necessidade de consenso ou de ausência de policentrismo jurídico.

Note-se, em complemento, que ainda que a complexidade seja extrajurídica, a escolha entre as opções disponíveis e a regulação de um regime único a todas as variáveis interativas e interdependentes perpassa o enfrentamento de inferências normativas. Dito de outro modo, a declaração da situação jurídica material prevalente, ainda que simples, sob o ponto de vista material, não esgota a cognição de aspectos jurídicos associados às complexidades extrajurídicas.

Embora o programa normativo não seja em si suficiente para solucionar as complexidades extrajurídicas, é evidente que a escolha do regime global que será aplicado se baseará em uma projeção de base normativa.

O "paradoxo da conformidade", exposto por Violin, demonstra bem o quanto as complexidades extrajurídicas e jurídicas se aproximam, notadamente em momentos em que violações mais intensas ou evidentes são eliminadas. Por certo, a justificação da proscrição da tortura e punições corporais nos casos *Holt v. Sarver* partia de um cenário de complexidade jurídica e fática bem menor do que a escolha de critérios de adequação de tamanho das celas ou de cardápio das penitenciárias. No entanto, a resolução da complexidade fática em casos mais próximos da conformidade – em que violações mais evidentes eram de simples identificação – exigiam racionais intersetoriais complexos, mas também jurídicos, em outros níveis[206] [207].

Por essas razões, o primeiro contraponto não parece vingar. A complexidade extrajurídica carrega uma carga jurídica ineludível que marcará o embate dialógico-argumentativo em torno de sua resolução[208].

---

205 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 74-77; 81-85.

206 VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 637-686, 2021.

207 Por esta razão, discorda-se que seja possível falar em "policentrismo extrajurídico". Como será destacado a seguir, são as diversas perspectivas eficaciais sem consistência prática jungidas a um regime de interdependência interativa que caracterizam a questão tratada nos processos estruturais. A interdependência sistêmica entre os aspectos jurídico e extrajurídico é ineludível.

208 Os parâmetros do "ônus do regulador" (SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014. p. 228-229) ou da decisão "como se legislador fosse" (CABRAL, Antonio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 216-218) não significam liberação dos parâmetros discursivos de

Destaque-se, entretanto, que diante do conceito de policentrismo e multifocalidade perde a relevância afirmar a essencialidade da complexidade. É que, neste caso, a complexidade é reflexo daquelas características e não característica autônoma.

Para prosseguir, é necessário analisar um segundo questionamento, este apresentado pelo próprio Vitorelli, que se baseia na insubsistência da categoria analisada a partir da redução conceitual proposta.

1.3.6.2 Especiação baseada no problema estrutural: rejeição à tese de absorção conceitual do processo estrutural ao processo coletivo. Adaptação do conceito de estado de desconformidade estruturada

Um segundo questionamento que poderia ser aventado à redução conceitual proposta é aquela apresentada pelo próprio Vitorelli acerca da relevância da categoria (processo estrutural) em relação ao gênero comum (processo coletivo). A insubsistência da categoria decorreria do fato de que os litígios irradiados poderiam ser tidos como multifocais e policêntricos, no sentido ora analisado, razão pela qual as particularidades dos processos estruturais seriam absorvidas pelos processos coletivos que versassem sobre litígios de difusão irradiada[209].

Para responder a este questionamento e não cair em conceitualismos excessivos, impende-se fixar o que se busca no elemento substitutivo do conceito (rejeitado) de litígio estrutural. Trata-se de descrever o que é pautado pelos processos estruturais. Em nosso sentir, o conceito-chave de problema estrutural de Didier, Zaneti Jr e Alexandria, desde que pontualmente modificado, atende a este papel de maneira satisfatória.

Com efeito, a ideia de problema estrutural remete a um "estado de desconformidade estruturada" que é caracterizado pelos autores como uma situação de ilicitude ou desconformidade contínua e permanente[210]. Veja-se que ao aludir a um estado de desconformidade estruturada dissocia-se a causa das violações estruturais de mera(s)

---

natureza jurídica. Pelo contrário, demonstram que em áreas de carência regulativa ou baixa densidade normativa, deve-se pensar em parâmetros de controle normativo.

209 VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. v. 284, p. 333-369, out/2018.

210 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 3-4; 19 (versão eletrônica).

conduta(s) individual(is), posicionando a não fruição de posições jurídicas de vantagem no estado de coisas atual.

O conceito comunica-se perfeitamente com a tese de Galdino, acerca da relação entre ação, transição entre estados de coisas e avaliação de consequências secundárias e fins adicionais, aperfeiçoando, contudo, a descrição do problema ou situação em si.

Vale notar que a ideia de estado de coisas, descritas como "continuidades estáticas"[211], é ampla o suficiente para abarcar estados de disfuncionalidade institucional, descritos por Fiss, sem, contudo, incorrer na falha de se resumir a eles. Abrange, por exemplo, estados de desconformidade eminentemente fáticos ou ressonâncias provocadas por um ou outro. Permite também compreender o porquê a pontualidade de pedidos individuais inseridos, no contexto de um problema estrutural, deve receber tratamento global.

Todavia, diante do evidente paradoxo semântico da expressão ("continuidades estáticas"), que, por força disso, só faz sentido no esquema filosófico importado pelo autor, prefere-se descrever os estados de coisa como uma ordem inercial de elementos compositivos de uma dada realidade material. Com isso, destaca-se a proeminência da perspectiva interativa e da tendência de permanência (estado inercial) que entendemos descrever a categoria dos estados de coisas[212].

---

211 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 64-66.

212 Veja-se que a ideia de um "estado de coisas" é sobremaneira genérica e equívoca, não evocando uma substantivação específica, razão pela qual a expressão "continuidade estática" visa a descrever elementos mínimos que permitam entender a categoria. Conquanto a sua abrangência seja interessante, parece que a descrição de estados de coisas pode ser aperfeiçoada. Com efeito, embora a expressão "continuidade estática" faça sentido de acordo com o esquema filosófico importado pelo autor, ela é marcada por um paradoxo semântico: algo que continua não pode ser estático. No esquema filosófico utilizado pelo autor, o elemento estático refere-se ao momento de percepção de uma "continuidade", a qual, por sua vez, seria descritiva de uma realidade que não é composta por um simples elemento, mas um conjunto de elementos. Um estado de coisas seria um conjunto de elementos retratado em um momento determinado (estático). Para aperfeiçoá-lo, a primeira pergunta que deve ser posta é: "continuidade" de quê? O que continua? Na verdade, a continuidade encapsulada por um estado de coisas é melhor descrita pelo enfoque interativo da categoria analítica ora abordada. Com efeito, quando se alude a um estado de coisas não são os elementos compositivos de uma determinada realidade que caracterizam a perspectiva retratada. A análise enfoca a interação entre os elementos compositivos de determinada realidade. Por outro lado, a relevância da categoria para o estudo dos processos estruturais certamente não guarda relação com a percepção descritiva da interação entre elementos compositivos de uma dada realidade material em um momento específico. Não é o retrato interativo de uma dada realidade material que nos interessa. A "continuidade" que caracteriza um estado de coisas não é estática (percebida em um momento), mas inercial, ou seja, tendencialmente permanente. A interação própria de um estado de coisas, portanto, é aquela que não é perturbada por qualquer ação, mas aquela que conduz a uma perpetuidade relacional. O elemento A interage da forma Y com os elementos C, D e E, por várias implicações entre cada elemento. Assim, não basta qualquer conduta F sobre o elemento C para alterar a interação Y. A interação Y é caracterizada não pelo momento de sua percepção descritiva, mas por sua tendência de permanência, a qual demanda uma intervenção disruptiva, ou seja, que seja capaz de forçar a descontinuação ou quebra do estado

O estado de desconformidade, no entanto, deve ser recepcionado com as adaptações defendidas acima. Assim, o estado de desconformidade estruturada deve produzir a multifocalidade e a transição necessária entre estados de coisas deve ser caracterizada por uma exogenia qualificada pelo policentrismo.

Em complemento, vale realizar uma reflexão ulterior sobre a expressão "desconformidade" empregada pelos autores. O recurso à expressão, que visa a solucionar os problemas teóricos de reduzir a categoria à ilicitude, pode ter sido uma tradução de expressões recorrentes na literatura norte-americana, em que se costuma aludir ao "*non compliance*", "*non compliant*", "*non accountable*", ou afins, para descrever resistências, sobretudo, institucionais à introjeção, em suas práticas, de "valores públicos" ou da observância de fins prescritos em normas de direitos fundamentais.

Realmente, é preciso afastar a noção do problema estrutural da noção de ilicitude, comumente associada à teoria do ato ilícito, a qual indicaria a necessidade da perquirição de um ato culpável como produtor do estado de coisas atual, o que é rejeitado por todos os autores que tratam do tema.

O exemplo dado pelos autores é perfeito: a desmobilização empresarial, conquanto lícita, pode provocar um estado de desconformidade estruturada em uma cidade na qual a sociedade empresária emprega a maior parte dos cidadãos ou movimenta a economia como um todo[213]. Veja que não há ilicitude no ato empresarial e, da mesma forma, não há abuso de direito, porque as repercussões reputadas abusivas são aquelas que tomam como situação jurídica de referência o próprio direito exercido[214].

---

inercial. Considerando a proeminência da perspectiva interativa e do estado inercial, cumpre analisar se o estado de coisas pode ser descrito como uma ordem inercial ou como um sistema de interação inercial. Prefere-se a ideia de ordem em detrimento da ideia de sistema, porque a causalidade entre a disposição interativa dos elementos de um estado de coisas real é obscurecida pelos vários vetores relevantes (axiológico, físico, químico, subjetivo ou idiossincrático, objetivo, axiomático, etc). Em outras palavras, embora os elementos compositivos da realidade material interajam de um modo ordenante, essa ordenação não é nucleada por uma unidade coerente e compreensível. A ordenação é justificada por vetorizações, muitas vezes, incoerentes e dissonantes, bem como por variadas camadas de fixação que, aos poucos, reduzem a plasticidade da realidade e, conforme se aprofundam, rotineirizam-se de uma forma imperceptível. Em conclusão, um estado de coisas pode ser descrito como uma ordem inercial de elementos compositivos de uma dada realidade material. Continuidade é substituída por ordem e estática por inercial. Elementos compositivos são a descrição objetiva "do que" continua.

213 Exemplo de DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 3 (versão eletrônica).

214 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 392-393.

À falta de melhor termo, os autores optam por "desconformidade", deixando claro desconforme é a "situação de desorganização estrutural, de rompimento com a normalidade ou com o estado ideal de coisas"[215]. Segundo afirmam, a situação de desconformidade pode resultar de um encadeamento de comportamentos ilícitos, de uma série de comportamento lícitos, com repercussões desconformes, ou até mesmo por uma série composta por comportamentos lícitos ou ilícitos. Em suma, o estado de desconformidade prescinde da ilicitude ou abusividade. Neste sentido, os autores distinguem a sua concepção daquela defendida por Vitorelli, pois a configuração do estado de desconformidade prescindiria de "violação à norma"[216].

Apenas para que fique claro, a ideia de violação à norma não se confunde com a ideia de ilicitude. Com efeito, "no juízo de ilicitude, encontra-se sempre um componente subjetivo que advém da própria definição usualmente codificada de ato ilícito"[217]. De outro lado, a mera violação de direito ou dever jurídico corresponde à noção de antijuridicidade[218], contrariedade ao direito, a qual prescinde da configuração do elemento subjetivo do ato ilícito e pode ser analisada à luz das repercussões da conduta alheia, notadamente se a norma violada depender do alcance de um estado de coisas ou de algum resultado específico.

Nada obstante, a ideia de antijuridicidade, conquanto prescinda do elemento subjetivo culposo e possa ser aferida à luz das repercussões anormais de condutas praticadas, ainda está ligada a um elemento subjetivo "conduta" ou "comportamento". E parece que o que os autores pretendiam destacar com a ideia de desconformidade (em vez de antijuridicidade) era justamente que a sua configuração não estava vinculada ou não deveria ser analisada necessariamente à luz de um conjunto de condutas. A arguta percepção de Chayes acerca da alteração de percepção filosófica da realidade se confirma: o estado de desconformidade é, em termos não jurídicos, uma condição social que modifica os arranjos econômicos e sociais[219].

215 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 3 (versão eletrônica). Ressalte-se que o que ora se discute não é a adequação do termo "desconformidade", mas apenas o que ele significa. Os próprios autores deixam claro que a terminologia adotada não precisa ser definitiva ao pensamento.

216 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 24, nota de rodapé 15 (versão eletrônica).

217 SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 156.

218 SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 157-159.

219 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976. p. 1285.

Pense-se no exemplo da leniência sistêmica de órgãos de corregedoria de polícia com graves violações a direitos humanos em áreas conflagradas ou favelizadas. Não são as condutas dos servidores X, Y e Z, lenientes com as condutas dos servidores A, B e C, consideradas individualmente, que ensejam, como repercussão anormal, a violação normativa que será tratada no processo estrutural. Será o estado de leniência, cujo padrão de comportamento pode ser extrapolado a partir das condutas dos servidores X, Y, Z, A, B e C, que provoca o tipo de violação que se pretende eliminar em um processo estrutural.

Veja-se, contudo, que apesar da desvinculação do elemento subjetivo tanto das concepções clássicas de ilicitude, como de antijuridicidade, permanece o elemento objetivo de violação à norma jurídica. Pensar diferente seria admitir ingerência do Poder Judiciário sobre situações de mera desorganização ou "anormalidade"[220].

Portanto, ao aludir à desconformidade, descreve-se uma espécie de violação à norma jurídica diferente das concepções clássicas de antijuridicidade e de ilicitude, na qual dois elementos objetivos são aglutinados para sua configuração: um estado de coisas (elemento objetivo) que deveria servir de plataforma (relação estrutural) para a fruição regular de situações jurídicas de vantagem (consistência prática dos direitos) se presta ao papel inverso de impossibilitar ou reduzir a sua fruição (violação à norma). Há uma relação interativa e interdependente (policentrismo) de vários centros de interesse (multifocalidade) que devem ser cotejados para modelagem de um novo estado de coisas em que a frustração não ocorra.

Na verdade, conforme se destacará mais adiante, a noção de estado de desconformidade, em nosso entender, não se dessubjetiva completamente. Conquanto o enfoque seja na condição social (objetiva), na inconsistência prática de situações jurídicas de vantagem (objetiva) e na sua inter-relação causal-teleológica (objetiva), a subjetivação é temporalizada. A questão será melhor explicada em subtópico infra.

O próximo aspecto dos processos estruturais que deve ser analisado são as características peculiares das decisões estruturais. É que o método de condicionamento estruturante de condutas, peculiar aos processos estruturais, não se caracteriza apenas por aspectos do litígio envolvido. O modo como o Judiciário interage decisoriamente com os

220 Pense-se no caso da falência empresarial. Mesmo que o estado de desconformidade não seja oriundo da prática seriada ou pontual de atos ilícitos, a insolvência prejudica diversos centros de interesse e pode colocar, inclusive, em xeque a sustentabilidade do sistema financeiro. Sobre este último ponto, veja-se KAUFMAN, George G. Too big to fail in banking: what does it mean?. Journal of Financial Stability. v. 13. Amsterdam: Elsevier, 214-223, 2014. p. 215.

demais sujeitos processuais e não processuais é fundamental para entender a categoria dos processos estruturais.

E o primeiro ponto que deve ser analisado consiste em diferenciar medida estruturante de decisão estrutural. Além disso, será que toda decisão proferida no âmbito de um processo estrutural pode ser qualificada como estrutural? É o que se passa a analisar.

1.3.7 Decisões estruturais: distinções preliminares

1.3.7.1 Medida estruturante x decisão estrutural

No que se refere à modelagem decisória da "condição social" para fruição dos direitos afetados pelo estado de desconformidade estruturada, interessa analisar quais são as suas características principais.

Ressalte-se, antes disso, que alguns autores se referem à medidas estruturantes ou estruturais, enquanto outros se referem à decisão estrutural e alguns se referem a ambas expressões. Para diferenciá-las, podem ser elencados dois critérios. O primeiro diz respeito ao aspecto subjetivo: a decisão estrutural é um pronunciamento judicial, enquanto a medida estruturante pode ou não ser oriunda de um pronunciamento judicial. Ou seja: o aspecto subjetivo das medidas estruturantes abarca a sua definição extrajudicial pelos sujeitos interessados.

Como exemplo, veja-se o caso em que o juízo prolata uma decisão estrutural que, além de reconhecer a existência de um estado de desconformidade estruturada, fixa índices de incremento performático e, ao mesmo tempo, proceduraliza um comitê ou entidade a quem competirá conhecer e decidir como serão solucionadas as questões relacionadas ao problema estrutural[221]. Em caso de dúvida ou discordância de algum dos centros de interesse, garante-se

221 Trata-se de uma técnica comumente empregada nos processos estruturais e que pode servir para diversas finalidades. Como já destacava Arenhart, "o provimento estrutural, de fato, muitas vezes deverá assumir a forma de uma 'nova instituição', criada para acompanhar, implementar e pensar sobre a realização do escopo da tutela judicial oferecida." ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, p. 1-15, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 6.

uma via impugnatória judicial, momento em que o juízo exercerá cognição secundária sobre a questão e a resolução proposta pelo comitê/entidade[222].

No exemplo dado, as providências escolhidas pelo comitê/entidade são medidas estruturantes, a despeito de não constituírem decisões estruturais. A decisão estrutural, no exemplo dado, assumiu um caráter flexível e, em vez de projetar o regime jurídico comum, modelou um regime de catalisação[223] das condições de interação entre os sujeitos interessados. Impugnada a medida estruturante por um dos centros de interesse e confirmada a sua adequação pelo Poder Judiciário, a decisão, de cunho predominantemente declaratório, não mudará o aspecto subjetivo da medida estruturante questionada.

Observe-se que a classificação pelo aspecto subjetivo não necessariamente distingue decisão e medida estruturante quando proferidas pelo juízo: o pronunciamento poderia ser denominado de decisão ou de medida estruturante.

O que nos leva à segunda diferenciação que diz respeito ao aspecto material (conteúdo) do pronunciamento ou providência judicial. A decisão estrutural teria como conteúdo precípuo o reconhecimento ou negação da configuração do estado de desconformidade estruturada e, para Didier, Zaneti Jr. e Alexandria, "(i) o tempo, o modo e o grau da reestruturação a ser implementada; (ii) o regime de transição, conforme art. 23, da LINDB; (iii) a forma de avaliação/fiscalização permanente das medidas estruturantes"[224]. Já as medidas estruturantes seriam as providências executivas ou implementativas necessárias ao atingimento do estado de coisas futuro ou da resolução do problema estrutural.

A segunda distinção espelha, em alguma medida, as designações legais pertinentes (v.g. art. 139, IV e 203, do CPC/15). A diferença parece guardar, todavia, um resquício da distinção estanque entre cognição e execução, conquanto não seja essa a intenção dos autores citados.

---

222 Sobre a delegabilidade de competência e a divisão de cognição primária e secundária, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 371-399; 407-418.

223 SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as Catalysts: rethinking the judicial role in new governance. Columbia Journal Of European Law, v. 13, p. 565-591, abr. 2007. Entender a diferença entre projetar um regime de catalisação e projetar um regime jurídico comum será relevante para análises desenvolvidas no próximo capítulo.

224 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 10-11. (versão eletrônica).

Diante da carga cognitiva elevada inerente aos processos estruturais, tanto em fase de certificação do problema estrutural, como em fase de implementação dos meios necessários à sua superação, além da possibilidade de resgates cognitivos[225] e revisões de conteúdo decisório em determinadas condições, apresenta-se mais interessante qualificar a decisão por meio da contraposição fásica (certificação/implementação) do que por meio da contraposição ora analisada.

Destaque-se, entretanto, que o critério de contraposição fásica não pressupõe a sua linearidade temporal. Com efeito, as fases não apenas se sobrepõem em casos de antecipação implementativa e revisão de aspectos de certificação, como podem transcorrer concomitantemente em casos em que o juízo provoque cisões cognitivas objetivas[226].

Têm-se, assim, a decisão estrutural de certificação e a decisão estrutural de implementação, ambas potencialmente com conteúdo cognitivo elevado, no entanto, referentes a conteúdos próprios de cada fase qualificativa.

No que se refere ao pronunciamento ou providência extrajudicial, o critério material não pode ser defendido. Com efeito, a princípio, a certificação do problema estrutural depende de decisão jurisdicional, razão pela qual a medida estruturante (não judicial) sempre será conteudisticamente assemelhada à decisão estrutural de implementação.

No entanto, devido à sua amplitude subjetiva descoincidente, vale preservar a expressão medida estruturante, de modo a deixar claro a possibilidade de definição extrajudicial dos contornos do instrumento de proteção necessário[227] à resolução do problema estrutural ou de questões delegadas em especial pelo juízo.

---

225 Conforme defende Vogt, a cognição não reflete um processo mental linear. Por isso é possível pensar em cisões cognitivas objetivas e subjetivas. Talvez o ápice da não linearidade cognitiva esteja em exemplos de cognição não seguida de decisão, em que o ato de conhecer visa a influenciar outros centros cognitivos e/ou decisórios. VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 175-178; 231-235. É interessante pensar que a cognição não linearizada é, apesar da possibilidade de seu parcelamento, mais interconectada (também por influência recíproca) do que aquela que não admite ruptura (*ad processum*). Isso porque a inadmissibilidade de rupturas ensejava a desnecessidade de interconexão, cujo signo vinculativo era dependente da prolação de uma decisão. Após a decisão, eventuais interconexões conteudísticas passavam a ser orientadas por seu objeto, o que revelava portanto a absorção de resgates cognitivos diferenciados.

226 Sobre as cisões cognitivas objetivas, cf.: VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 178-180; p. 192-197.

227 Não se trata de uma mera descrição de "meios necessários". O "remédio" estrutural não é, pois, uma mera medida executória atípica, senão algo que, em nossa tradição, congregaria aspectos materiais e processuais. A questão será brevemente abordada infra.

De acordo com esta intelecção, e de modo a evitar incompreensões, a expressão medida estruturante continuará sendo adotada, no entanto, não será empregada para designar uma medida determinada pelo Poder Judiciário, hipótese em que se preferirá a expressão decisão estrutural de implementação. Caso se pretenda dar ênfase à providência implementativa em si (e não à projeção de um instrumento de proteção específico), determinada pelo Poder Judiciário ou extrajudicialmente, faremos referência à medida executiva, a qual provavelmente será atípica, sem o "qualificativo estrutural" ou simplesmente à providência executiva ou implementativa.

Por fim, ressalte-se que nem todas as decisões proferidas em um processo estrutural detém natureza estrutural. Como afirma Vitorelli, uma decisão parcial de mérito que reconheça a responsabilidade de determinada instituição pela inabilidade de debelar um estado de desconformidade pode se revelar uma forma adequada de gerir a resolutividade do problema estrutural, porque elimina, já no início do processo, a discussão acerca da responsabilidade de determinada instituição[228]. Não se tratará, contudo, de decisão estrutural de certificação, nem de decisão estrutural de implementação.

O próximo passo para entender as decisões estruturais consiste em diferenciá-la da cognição exercida nos processos estruturais. Segundo entendemos, a ausência de uma diferenciação entre cognição e decisão levou a doutrina a aludir a supostas características das decisões estruturais que, na verdade, descrevem a cognição exercida nestes processos.

1.3.7.2 Decisão estrutural x cognição nos processos estruturais

Segundo a acurada percepção de Vogt, não deve haver correspondência biunívoca ou correlação necessária entre cognição e decisão judicial. Dessa forma, é possível, por exemplo, reconhecer o exercício de cognição não relacionado ao momento decisório[229].

Em nosso sentir, diferentemente da decisão estrutural de certificação em si, a cognição relacionada à certificação do problema estrutural pode ser delegada aos sujeitos interessados e capacitados[230]. Por isso, enquanto a medida estruturante corresponde necessariamente ao

228 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 362-365.
229 VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. P. 82-94.
230 Trata-se de uma consequência da cisão entre interpretar e aplicar, sustentada, em tempos recentes, por Vogt. A partir de sua descoincidência fenomênica, é possível defender que "o aplicador é o sujeito investido de poder de império para aplicar a norma criada pela atividade de interpretação. Essa investidura, contudo, não é

conteúdo de uma decisão estrutural de implementação, a cognição extrajudicial pode corresponder também à cognição relacionada à certificação do problema estrutural, à supervisão da fase implementativa ou à averiguação de meios disponíveis e necessários ao alcance da resolução do problema estrutural.

Embora tenha se aludido à cognição relacionada à fase de certificação ou de implementação, vale notar que a cognição nos processos estruturais, devido à possibilidade de resgates, inversões e outros tipos de expedientes cognitivos, não parece plenamente qualificável de modo fásico. Afinal de contas, a cognição pode recair sobre aspectos inerentes à fase de certificação na fase de implementação, para fins revisionais ou em decorrência de postergação ou reserva cognitiva[231], por exemplo. Assim, no que se refere ao aspecto fásico, afigura-se mais apropriado falar em caráter preponderantemente certificativo ou implementativo, sem adotar, contudo, separações absolutas.

Adota-se, em princípio, a divisão entre cognição primária e secundária, proposta por Cabral[232], associada ao seu caráter judicial ou extrajudicial e preponderantemente certificativo ou implementativo. Assim, a cognição pode ser primária judicial preponderantemente certificativa, primária extrajudicial preponderantemente certificativa, secundária judicial e preponderantemente implementativa e assim por diante.

Retomando as diferenciações fixadas, opta-se, nesta sede, por diferenciar decisão estrutural de medidas estruturantes, sob o ângulo subjetivo, de modo a respectivamente denominar o pronunciamento judicial e não judicial. Subdivide-se a decisão estrutural sob o binômio certificação/implementação e mantém-se a pertinência do aspecto distintivo material (entre decisão e medida) apenas no que se refere à identificação das medidas estruturantes com o conteúdo das decisões estruturais de implementação. Ademais, separa-se a cognição da decisão estrutural e utiliza-se, para qualificá-la, os parâmetros primária/secundária, judicial/extrajudicial e preponderantemente certificativa/preponderantemente implementativa.

---

necessária à atividade de Interpretação, que, como visto, pode ser exercida por qualquer sujeito". VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 94.

231 VOGT, Fernanda Costa, PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 385-409, 2021.

232 CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. 407-418.

Com isso em mente, cumpre analisar as características essenciais das decisões estruturais à luz dos qualificativos adotados pela doutrina selecionada. Como ficará claro no tópico a seguir, a distinção entre cognição e decisão estrutural permite compreender mais adequadamente as diversas qualificações existentes.

1.3.8 Análise das características essenciais da decisão estrutural

1.3.8.1 Um cenário de caracterizações profusas: eliminação geral de características inadequadas

Há uma profusão de adjetivações empregadas pelos autores citados, as quais variam ainda mais em uma amostra acadêmica ampliada. Diz-se, por exemplo, que as medidas ou decisões estruturais caracterizam-se pelo objetivo de transformação da realidade social, de superação de resistências institucionais, de reestruturação de matrizes organizativas de instituições de larga escala não responsivas a valores públicos e pela realização de alterações em práticas ou condutas para reformar a estrutura de um ente, organização ou instituição.

Além disso, fala-se em projeção de um programa viável e justo entre modelos alternativos disponíveis, pela estipulação de um regime complexo e contínuo de performance, baseado na acomodação de interesses contrapostos no caso concreto, que são orientadas a ampliar benefícios e minimizar externalidades negativas, que visa a estabelecer um regime de transição adequado em direção a um estado de coisas ideal futuro, de acordo com a definição de um tempo, modo e grau de reestruturação específicos e dos meios necessários para o seu alcance.

Outras adjetivações consistem, ainda, na identificação de uma perspectiva preponderantemente prospectiva e global, pela sua gradualidade, progressividade, flexibilidade, caráter experimental ou preferencialmente experimental, que se submetem a uma implementação contínua e supervisionada, que se sujeita a ciclos de reestruturação suplementar, que se afigura complexa, contínua, cascateada, escalonada, factível, pragmática, criativa, não se submetem à lógica do binômio procedente/improcedente no que se refere à sua totalidade e instantaneidade, estão sujeitas a reavaliações e fiscalização permanente, etc.

Nem sempre os autores esclarecem exatamente o que pretendem dizer com as adjetivações inventariadas. É possível que diversas expressões sejam usadas de maneira

sinonímica. Contudo, diante da ausência de precisão de alguns dos termos empregados, buscar-se-á analisá-los em uma perspectiva conteudística estipulatória.

Neste sentido, rejeita-se a identificação de objetivos extrajurídicos e de caráter institucional. Não deve integrar a caracterização das decisões estruturais tampouco a busca pela ampliação de benefícios e minimização de externalidades negativas, tanto porque descreve o método ponderativo predominante – o qual é aplicável a diversas outras situações não estruturais – como porque, no que toca às externalidades negativas, é melhor descrita pela perspectiva preponderantemente global necessária à resolução do problema estrutural.

De outro lado, as adjetivações "complexo", "criativo", "pragmática" e "factível" não agregam um sentido específico que permita compreender o formato das decisões estruturais, razão pela qual também não devem ser empregados.

Por outro lado, como já adiantado supra, percebe-se uma mistura de aspectos qualificativos que melhor descrevem a cognição em um processo estrutural do que propriamente a decisão estrutural. É preciso, pois, separar as qualidades cognitivas e decisórias dos processos estruturais.

1.3.8.2 Confusões decorrentes da ausência de separação analítica entre cognição e decisão estrutural: encadeamento entre decisões estruturais, fragmentariedade, perspectivas preponderantemente global e prospectiva

A ausência de separação analítica entre cognição e decisão produziu espólios que se refletiram nos esforços doutrinários na caracterização das decisões estruturais. Separar as qualidades cognitivas e decisórias permite uma descrição mais acurada de como exatamente se decide e se conhece em um processo estrutural.

O encadeamento entre decisões estruturais é comumente associado como característico das próprias decisões estruturais. Contudo, a inter-relação entre decisões estruturais é, a toda evidência, externa a cada decisão em si, de modo que não se presta a caracterizá-la. A inter-relação entre decisões estruturais diz respeito à cognição nos processos estruturais, revelando, no que se refere à decisão, apenas que o seu mérito é altamente fragmentável. Trata-se de característica essencial do objeto dos processos estruturais, que se reflete na fracionabilidade decisória, na medida em que se faz necessária para lidar com uma perspectiva preponderantemente global e prospectiva.

Sobre este ponto, veja-se que as perspectivas preponderantemente global e prospectiva também dizem respeito à cognição nos processos estruturais. Reside o caráter "preponderante", por outro lado, na necessidade de lidar com as diversas perspectivas eficaciais em projeções temporais descontinuadas pela inconsistência prática das situações jurídicas de vantagem[233]. Assim, a cognição em um processo estrutural abrange questões residualmente retrospectivas ou presentes, o que não desfigura a categoria estudada, notadamente diante de sua perspectiva preponderantemente global do problema estrutural.

Em adição, veja-se que, conquanto denotem características cognitivas dos processos estruturais, as perspectivas analisadas produzem reflexos em diversos institutos normativos ligados aos processos estruturais.

Nesta toada, no que se refere à decisão estrutural, as perspectivas global e prospectiva se relacionam ao julgamento da pretensão de reestruturação do estado de desconformidade, criando a necessidade de um instrumento de proteção de interesses diferenciado e bem descrito por Chayes como uma espécie de regime jurídico programático[234]. Note-se que o que é elemento característico da decisão estrutural é este mecanismo atípico de proteção de interesses e não a perspectiva global e prospectiva.

Além disso, vale notar que a cognição prospectiva marca a decisão estrutural com o signo da preditividade, o qual reforça não apenas reforça a sua falibilidade potencial[235], como denota que a decisão estrutural baseia-se em juízos de prognose, prenunciando, ademais, outras características que serão ainda descritas.

Veja-se, por exemplo, que no que se refere à estrutura subjetiva das partes, a prospectividade exige à admissibilidade de formas de participação atípicas, não lineares[236] e

---

233 Parece reconhecer a questão DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81.

234 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316. 1976.

235 Os efeitos da mutabilidade fática são discutidas à luz de sua revisibilidade em VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 318-322.

236 Os centros de interesses podem ser parcialmente coincidentes e parcialmente descoincidentes e podem exigir, por exemplo, recursos de pluralização representativa, como ensina VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 584-586. Sobre a não linearidade da participação processual, sobretudo, em casos de litígios estruturais, cf.: TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. 211-232.

dinamizáveis, outrora descritas, também por Chayes, como expansiva e amorfa[237]. No que se refere à fase de instrução probatória, como destacaremos infra, liberta-se, parcialmente, de um juízo de causalidade e adiciona-se, de outro lado, uma pertinência teleológica, como argutamente percebeu Galdino[238].

Por conseguinte, a análise das características das decisões estruturais, a partir da revisão crítica da doutrina especialização, depende de sua análise concomitante às características da cognição exercida nos processos estruturais. Prosseguiremos, neste intento, com a averiguação da gradualidade, da progressividade, da não submissão à lógica binomial procedente/improcedente e da continuidade.

1.3.8.3 Características analisadas: gradualidade, da progressividade, da não submissão à lógica binomial procedente/improcedente e da continuidade. Ruptura do raciocínio não monótono: a inoponibilidade do "evento" em contrário

Outros aspectos que devem ser analisados são a gradualidade, a progressividade, a não submissão à lógica binomial procedente/improcedente e a continuidade. Segundo pensamos, a progressividade induz a necessidade da existência de uma recalcitrância decisória que solucione o problema estrutural, sob um vetor progressivo. Por esta razão, diz respeito ao encadeamento decisório e, como consequência, intenciona descrever a cognição existente nos processos estruturais.

No entanto, a cognição nos processos estruturais não pode ser descrita como progressiva, haja vista que o termo se opõe à regressividade, sendo certo que o vetor regressivo é inescapável em processos que visam a reestruturar ordens inerciais policêntricas, sujeitas necessariamente a juízos meramente prognósticos. O regime modelado pela decisão estrutural exige ajustes, tanto no momento de sua prolação, como no momento da aferição de seus efeitos concretos.

Assim, a possibilidade de regressar é importante para garantir que o processo possa condicionar os sujeitos interessados de modo adequado. A adequação cognitiva nos processos

237 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316. 1976.
238 GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão tipológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 901-953, 2021.

estruturais se sujeita a uma dinamicidade não linear e, por isso, a cognição não pode ser orientada por um vetor exclusiva ou preponderantemente progressivo.

A continuidade, em sentido semelhante, é a expressão descritiva da necessidade de retenção cognitiva[239] para garantir a resolução do problema estrutural. A continuidade se opõe a interruptividade, a qual se afigura, via de regra, incompatível com a perspectiva preponderantemente global dos processos estruturais[240].

A continuidade está intimamente ligada, ainda, com a função de supervisão jurisdicional[241], cumprindo ressaltar que a cognição permanece contínua com a eventual delegação da monitoração ou do controle do contexto de reestruturação para outros sujeitos.

Observe-se que a continuidade cognitiva se entrelaça com a preditividade decorrente da prospectividade preponderante rompendo o raciocínio não monótono dos processos individuais – e bipolares, em geral – o que muda a forma como o conteúdo da decisão estrutural deve ser compreendido. É que a lógica geral é que uma decisão sobre o mérito,

---

239 Retenção cognitiva parece ser uma tradução adequada do instituto da *retainment of jurisdiction*, termo empregado, por exemplo, em ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?. South African Law Journal, v. 122, n. 2, p. 325-351, 2005. Traduzindo como "retenção de jurisdição", cf.: VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 410-413; CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 208.

240 É preciso destacar que a oposição entre continuidade e interruptividade não deve significar que uma vez iniciada a cognição, o processo estrutural não poderá ser interrompido – por suspensão ou extinção – anomalamente. Quando se defende a continuidade, o que se quer dizer é bem mais singelo: a resolutividade do estado de desconformidade, preconizada pelo processo estrutural, depende de uma cognição continuada acerca dos fatos relevantes. Assim, a continuidade caracteriza o arranjo cognitivo que precisará ser projetado para a resolução estrutural do estado de desconformidade, o que não implica a impossibilidade de interrupção do processo por razões eventualmente reputadas idôneas para tanto.

241 Tamanha a ausência de correspondência instrumental entre a cognição e o ato decisório no processo estrutural que é interessante notar a possibilidade de se certificar o alcance dos indicadores performáticos e de resultados, fixados para aferir à resolutividade do estado de desconformidade, e, ao mesmo tempo, em razão da necessidade de se garantir a durabilidade da disrupção da ordem inercial, anteriormente estabelecida, de se determinar a manutenção da supervisão jurisdicional sobre os agentes e fatos relevantes. Isso revela que a continuidade cognitiva não é necessariamente limitada ao logro dos resultados fáticos e normativos, associados à resolução do estado de desconformidade, podendo, para além disso, desempenhar funções autônomas de monitoração – para garantia de durabilidade – e de controle – para garantia de durabilidade *e* responsividade dos "atores" relevantes. Enquanto a durabilidade pode ser referível à resolução integral do mérito da demanda estrutural (art. 4º, do CPC/15) – na medida em que se busca resolver um estado de desconformidade –, o reforço ou indução de responsividade oferece à "medida" de continuidade cognitiva um *quid* próprio, que se insere como um verdadeiro *posterius* à resolução do problema estrutural. Sobre a necessidade de garantir a durabilidade das decisões estruturais, cf.: PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation Litigation. Vanderbilt Law Review, v. 70, n. 1, p. 167-220, 2017. Interessante notar, por fim, que o art. 61, da Lei 11.101/05, recentemente alterado pela Lei 14.112/2020, traz uma técnica processual especial que cumpre, no âmbito do processo de recuperação judicial, uma função semelhante a ora descrita, embora de escopo mais restrito, haja vista que permite a manutenção do *status* de sociedade recuperanda por um prazo de até 2 anos, mesmo após a aprovação do plano de recuperação judicial, como uma forma de supervisionar o atendimento de seus objetivos.

ainda que parcial, não está sujeita a nova decisão após o transcurso do prazo recursal. Por correspondência, a cognição, via de regra, não se direciona às questões já decididas, mas apenas às questões pendentes de decisão.

O rompimento da lógica não monótona, com retenção cognitiva, permite a cognoscibilidade daquilo que compôs o substrato fático-normativo do que já foi decidido e do que ainda está pendente de decisão.

A necessidade da inoponibilidade do "evento em contrário" respalda a conclusão de que a decisão estrutural somente é eficaz enquanto este evento não for objeto da cognição continuada. Trata-se de ineficácia, pois a decisão não deixa de ser válida, requisito que deve ser analisado à luz de seu suporte fático-normativo, tendo produzido, inclusive, efeitos que podem exigir o estabelecimento de regras de transição.

Assevere-se que o termo "evento" foi empregado apenas pela sua generalidade. Deve-se entender como evento oponível à eficácia da decisão tanto um novo fato, uma nova interação policêntrica, o redimensionamento da afetação ou importância de interesses merecedores de tutela, a afetação de um novo centro de interesses, o surgimento de uma ressonância nodular[242] inesperada ou com repercussões imprevisíveis, o não atingimento dos indicadores de performance e de resultado, a resistência dos sujeitos passivos da decisão estrutural, uma alteração normativa relevante, etc.

Como se nota, a continuidade cognitiva, a preditividade prospectante, os centros de interesse múltiplos e o caráter policêntrico permitem caracterizar a decisão estrutural como condicional e incidental. A decisão é condicionada a oponibilidade do evento em contrário e é incidental porque diante da continuidade cognitiva, ela é sempre uma decisão de "certos argumentos ou questões"[243].

Noutro giro, a gradualidade e a superação da lógica binomial procedente/improcedente também são características que descrevem a decisão estrutural. A modelação de graus diferenciados de consistência prática das perspectivas eficaciais dos sujeitos afetados por um problema estrutural é essencial ao instrumento de seleção de interesses remedial dos processos estruturais. A decisão gradual trata o problema estrutural na medida do possível,

242 O problema de focos de interesse ressonantes será brevemente analisado, à luz do princípio da segurança jurídica, no capítulo 3.

243 Cabral descreve dessa forma as sentenças incidentais em CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 349-350.

admite desníveis eficaciais, o que garante, enfim, a acomodação dos diversos interesses conflitantes em um processo estrutural[244].

Reconhecer a gradualidade da decisão estrutural também se afigura melhor do que dizer que ela não se submete à lógica binomial de improcedência/procedência, porque abrange, em caráter positivo e a um só tempo, a não instantaneidade e a não totalidade indicadas por Osna[245]. Todavia, a superação da lógica binomial, apontada por Osna, é proposição sobremaneira importante que exige que se pense em um regime tipológico de resultados decisórios mais consistentes[246].

Superados estes pontos, cumpre analisar outras duas características comumente associadas às decisões estruturais: o escalonamento e o "cascateamento decisório".

1.3.8.4 Cascateamento decisório e escalonamento

Em complemento, a cognição nos processos estruturais produz um fenômeno descrito por Arenhart como "cascateamento decisório"[247]. Com efeito, segundo o autor, o

244 Por conseguinte, nesta dissertação, distingue-se gradualidade de cascateamento decisório, como ficará claro em seguida.

245 OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020. Veja-se que o próprio autor, em coautoria com Jobim e Arenhart, parece deixar claro essa proximidade entre a superação da lógica decisória binomial e a gradualidade dos "provimentos estruturais", como se observa, por exemplo, em "Dessa forma, assim como ocorreu em Brown, há uma mudança ideológica bastante clara intrínseca ao provimento. São deixados de lado o tudo e o nada, tentando chegar a alguma forma de solução gradual que se mostre mais proporcional". Por outro lado, os autores parecem aproximar a gradualidade decisória do cascateamento, como se nota em "De fato, em razão das próprias características do problema estrutural, é muito provável que a reforma institucional seja realizada através de várias decisões em cascata, que se sucederão na identificação do problema e na apresentação de possíveis respostas. (…) Possivelmente, isso se sucederá em uma ampla cadeia de decisões, que implicarão avanços e retrocessos no âmbito de proteção inicialmente afirmado, de forma a adequar, da melhor forma viável, a tutela judicial àquilo que seja efetivamente possível de se lograr no caso concreto. Não raras vezes, esses provimentos implicarão técnicas semelhantes à negociação e à mediação. Como afirma Owen Fiss, essa gradual implementação da decisão judicial é própria dos problemas estruturais. Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer" (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. RB-1.7; 6.1). Conforme será tratado em seguida, entendemos que o cascateamento é uma expressão da gradualidade, apesar de com ela não se confundir.

246 No âmbito do processo de experimentação, por exemplo, os resultados possíveis certamente exortam essa lógica binomial, como será brevemente analisado no capítulo 2.

247 A expressão de Arenhart é bem difundida na doutrina brasileira dos processos estruturais. A título de exemplo, cf.: DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 13-14 (versão eletrônica); COTA, Samuel Paiva. Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. 2019. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019. p. 80; 142-144; FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) -

cascateamento decisório diz respeito à possibilidade de resolução de problemas decorrentes da efetivação das decisões anteriores, como modo de garantir a concretização do resultado estabelecido por uma decisão principal ou decisão-núcleo[248].

Dessa forma, admite-se a recalcitrância decisória necessária para lidar com evoluções e desenvolvimentos não previsíveis que afetam à fase de implementação da decisão estrutural de certificação. Com isso, a cognição nos processos estruturais deve percepcionar variações contextuais significativas, o que possibilita a projeção de "ciclos de reestruturação suplementar"[249].

Sem embargo, o cascateamento decisório consiste em uma descrição morfológica do que realmente caracteriza a cognição nos processos estruturais. Por descrever a inter-relação entre decisões estruturais, o cascateamento não caracteriza as decisões em si e por se tratar de uma mera descrição morfológica, o cascateamento não caracteriza a cognição nos processos estruturais. De tal forma que é preciso entender quais são as características essenciais ou típicas subjacentes à arguta descrição de Arenhart.

Devido às características já descritas até esse momento, é possível entender que o que caracteriza a cognição existente no cascateamento decisório é a sua resgatabilidade e continuidade. É a possibilidade de resgatar a cognição acumulada anteriormente, acrescer a conteúdos novos e assim infirmar as conclusões decisórias ou microdecisórias anteriores que marca a cognição inerente ao fenômeno do cascateamento.

No que toca à decisão estrutural, o cascateamento não revela mera fragmentariedade ou parcialidade, já que o cascateamento é voltado à resolução de problemas criados ou não

---

Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 136-137; 184-185; VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 362-365; VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 206; MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 173-176; 165-171.

248 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, p. 1-15, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

249 FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979. Arenhart, ao tratar dos "provimentos em cascata" já dizia que "como afirma Owen Fiss, essa gradual implementação da decisão judicial é própria dos litígios estruturais. Somente à medida que a decisão judicial vai sendo implementada é que se terá a exata noção de eventuais problemas surgidos e, assim, de outras imposições que o caso requer". ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, p. 1-15, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

resolvidos a partir do decidido anteriormente. Na verdade, o cascateamento, além de ser uma expressão da gradualidade, revela a necessidade do emprego de uma técnica decisória baseada em condicionalidade e incidentalidade, por força da oponibilidade do evento em contrário, conforme já explicado.

De outro lado, a escalonabilidade não se confunde com o cascateamento. Escalonável é a resposta judicial, representando o grau de "intrusão judicial"[250], e não o modo de lidar com a resolução de problemas criados ou não resolvidos a partir do decidido anteriormente. A escalonabilidade não é essencial a todas as espécies de processo estrutural. Pense-se, por exemplo, em um processo estrutural que verse sobre um estado de desconformidade ambiental, em que a alta perecibilidade prenuncia a adequação de uma resposta judicial intrusiva desde o início do processo.

A escalonabilidade é questão típica dos processos estruturais institucionais públicos, por razões que decorrem de princípios constitucionais relacionados à inter-relação das instituições de poder. Diz-se "típica", porque mesmo nos processos estruturais institucionais públicos é possível conceber uma resposta processual não escalonada[251].

1.3.8.5 Controle performático, flexibilidade e revisibilidade ampliada

O controle performático diz respeito a um padrão decisório que, em vez de prescrever condutas, estabelece parâmetros de performance institucional, cuja observância costuma ser objeto de supervisão[252]. Dito de outra forma, o controle performático nada mais é do que um modo de interação com os destinatários da decisão estrutural[253], por meio do qual se determina, já de início, espaços de conformação ou margens de apreciação para os diversos atores envolvidos na reestruturação do estado de desconformidade.

---

250 Sobre os graus de intrusão escalonável, conferir, por exemplo, VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 207-209; 220.

251 Pense nas situações de urgência que, por força disso, exigem interferência forte e imediata do Poder Judiciário, ainda que eventualmente pontual.

252 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

253 Talvez seja mais adequado falar em padrão de interação com os envolvidos no processo estrutural, eis que o espaço de conformação não precisa necessariamente ser atribuído ao destinatário da decisão estrutural, podendo, ainda, abranger outros participantes.

Conquanto seja importante, sobretudo no âmbito dos processos estruturais institucionais, sugerir a sua essencialidade implicaria na pressuposição de que o controle performático seria um modo de interação necessário ou excludente[254] dos processos estruturais. Nem mesmo aqueles que defendem o padrão decisório, ora abordado, chegam tão longe[255]. Dessa forma, afigura-se melhor tratar de modos de interação ou padrões decisórios como questões de regime processual, a serem definidos em cada caso concreto, segundo critérios próprios, cuja análise exortaria o escopo da presente dissertação.

Já a adjetivação "flexível", malgrado a sua evidente polissemia, pode ser compreendida, no âmbito das caracterizações decisórias, também como um padrão que introjeta, no conteúdo decisório, margens de adaptabilidade específicas. A adoção de um modo de interação baseado em controle performático pode ser qualificado como flexível, da mesma forma que a modelagem de regimes normativos optativos[256], por exemplo.

Como se sabe, historicamente, nos processos estruturais, as condições de interação entre o Judiciário e os centros de interesses envolvidos no problema estrutural nem sempre foram objeto de prolação de decisões flexíveis[257]. E isso porque o grau de flexibilidade conferido pelo remédio estrutural varia de acordo com outros parâmetros, que podem envolver desde análises de comportamento processual, até a aferição das aptidões cognitivo-decisórias de cada parte interessada, sem descurar de aspectos substantivos garantísticos e de urgência que pressionam a adoção de outros tipos de padrões[258]. Por essas razões, a flexibilidade, nessa acepção, é tendencial e deve ser estimulada, contudo, também não é essencial.

A revisibilidade ampliada, por sua vez, evoca a possibilidade de (re)decidir algo que já foi decidido, de acordo com algum critério mais abrangente do que o adotado pelo sistema processual para a generalidade dos casos. Neste sentido, costuma-se sustentar que a

254 No sentido de que nenhum outro modo de interação estaria disponível ou seria possível.
255 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.
256 CABRAL, Antonio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 235-238.
257 Como também destaca SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.
258 Não é de se estranhar a possibilidade de a sociedade civil, com base em estudos interdisciplinares, ser capaz de projetar o seu próprio plano de reestruturação, cuja adequação respalde a adoção de um padrão decisório menos flexível em prol de sua adoção integral. Ressalte-se, entretanto, que a flexibilidade, no sentido ora analisado, não se confunde com a condicionalidade, a qual, em nossa opinião, continua caracterizando a decisão estrutural, mesmo diante de uma decisão que não possa ser qualificada como flexível.

revisibilidade ampliada encontrou-se respaldada por inúmeros julgados[259] e que, por força do policentrismo, que induz intensa mutabilidade fática aos problemas estruturais, seria característica dos processos estruturais.

Antes de mais nada, esclareça-se que a flexibilidade não necessariamente implica revisibilidade. É só pensar na fixação de regimes normativos optativos, os quais não precisam ser revisáveis, apesar de revelarem uma flexibilidade decisória atípica. De outro lado, a possibilidade de reestruturações suplementares, em face de novos problemas, embora tipicamente envolva a revisão de aspectos anteriormente decididos, também pode abranger novos aspectos autônomos a serem decididos.

Veja-se que, conforme ensina Vitorelli, "a mera existência do processo é suficiente para alterar a realidade", sendo certo que devido ao caráter eminentemente prognóstico do raciocínio cognitivo que subjaz à decisão estrutural seria "inviável que a sociedade suport[asse] consequências imprevistas"[260].

Dessa forma, a decisão estrutural foi descrita pelo autor como exigente de um "constante refazer", orientado por relevantes modificações das circunstâncias de fato ou de direito. Segundo Vitorelli, devido à regulação de comportamentos futuros e da imponderabilidade apriorística ou estática das variáveis de um problema estrutural, dever-se-ia aplicar, inclusive, aos processos estruturais o interessante regime do art. 10, da Lei do Mandado de Injunção[261].

A despeito do acerto da tese do "constante refazer", em nossa opinião, não há vantagem analítica, tampouco pertinência descritiva em defender a essencialidade da revisibilidade ampliada nesta sede.

Em primeiro lugar, o espectro de revisibilidade parece estar diretamente relacionado com aspectos normativos, ao mesmo tempo, de maior e de menor grau de abstração do que aquele relacionado à categoria normativa dos processos estruturais. Com efeito, a maior ou menor transitividade dos elementos que compuseram a posição com pretensão de estabilidade, o comportamento das partes, a (im)previsibilidade das evoluções posicionam a discussão acerca da concreção dos contornos de revisibilidade no cerne de cada caso concreto.

---

259 Para inúmeros exemplos, cf.: SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.
260 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 318-322.
261 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 321.

Em complemento, as estruturas normativas que informam essa discussão não são dedutíveis, propriamente, da categoria dos processos estruturais, senão do sistema de estabilidades processuais, o qual se encontra fulcrado no princípio da segurança jurídica.

Dessa forma, erigir a abrangência do espectro da revisibilidade à característica essencial da decisão estrutural termina por obnubilar os referenciais sistêmicos – de maior e menor abstração – que realmente lhe determinam, prefigurando a sua clara impertinência descritiva.

Em segundo lugar, no que se refere à categoria dos processos estruturais em si, o espectro de revisibilidade parece ser mero reflexo do policentrismo e da resgatabilidade, caráter preponderantemente global e prospectivo que caracterizam a sua cognição. Veja-se que enquanto o policentrismo afasta a revisibilidade da caracterização das decisões estruturais, aproximando-lhe do próprio problema estrutural, as características cognitivas respaldam a aparente inexorabilidade da possibilidade de redecisão à luz de derivações fático-normativas cognoscíveis[262].

Por essa razão, para além de sua impertinência descritiva, a revisibilidade ampliada insere na caracterização da decisão estrutural uma também clara margem de redundância descritiva, a qual, num cenário de profusão de caracterizações disponíveis, termina por conjurar equivocidade e imprecisões ao expediente crítico-descritivo que nos propusemos a realizar.

Em terceiro lugar, não se pode olvidar que já se reconheceu que a decisão estrutural deve ser compreendida como condicionada à oponibilidade do evento em contrário. Assim, reposiciona-se a discussão acerca da durabilidade das decisões estruturais para a averiguação do que dimensiona a sua condicionalidade intrínseca. Diante disso, não parece haver vantagem analítica na diversificação teórica do que enseja uma recalcitrância decisória no processo estrutural.

Em suma, defende-se que não há que se falar em essencialidade da revisibilidade ampliada no âmbito da caracterização das decisões estruturais, sob pena de introduzir no raciocínio desenvolvido uma margem de impertinência e redundância descritivas, sem vislumbrar, ao mesmo tempo, nenhuma vantagem analítica.

---

262 Acrescente-se que o método cognitivo adotado, em cada processo estrutural, por certo, influencia o espectro de revisibilidade decisória que pode ser reconhecido, o que, para além de reforçar a impertinência descritiva da qualificação analisada, ainda revela o quão conteudisticamente vazia ela é. É dizer: aludir à revisibilidade ampliada não informa nada acerca das hipóteses de revisão em si.

1.3.8.6 Supervisão permanente e caráter experimental

A necessidade de supervisão ou fiscalização permanente são características que dizem respeito a uma função cognitiva que, no entanto, precisa vir regulada nas decisões estruturais[263]. Explica-se o afirmado quando se observa que a função de supervisão não se limita à verificação do cumprimento de determinada decisão. A supervisão, nos processos estruturais, pode englobar outras modalidades de controle, dependendo do método cognitivo empregado[264].

Concorda-se, no ponto, com Didier, Zaneti Jr e Alexandria que, de preferência, os parâmetros de supervisão devem ser estabelecidos já na decisão estrutural de certificação[265]. Isso porque os mecanismos de supervisão não são unívocos, sendo certo que sua variância garante a sua adequação contextual[266].

Interessante notar, em complemento, que a necessidade de regulação de mecanismos de supervisão respalda a proposição, anteriormente defendida, de ausência de correspondência instrumental entre cognição e decisão judicial[267]. Conforme asseveram Arenhart, Osna e Jobim, é possível "cri[ar] instrumentos externos de fiscalização e acompanhamento, que

263 CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 208-210.

264 Vide capítulo 2. A supervisão abarca os eventos normativos de monitoramento e controle, sendo certo que a verificação do cumprimento ou não das regras, impostas por meio do regime jurídico comum, refere-se apenas a uma pequena parte do evento normativo de controle.

265 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 10-11 (versão eletrônica).

266 Ressalte-se que, de forma mais ou menos ampla, a necessidade de fiscalização e acompanhamento é apontada por grande parcela da doutrina nacional: VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 268-273; FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 122-127; 174-175; ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, p. 1-15, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 6-8; ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 1.047-1.069, 2021. p. 1.061-1.063; MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 47-48; 107-116; 165-166.

267 Vide nota 241.

possam perenizar-se independentemente da atuação judicial e (…) do processo de onde nasceram"[268].

De outra banda, os autores que destacam o caráter experimental ou preferencialmente experimental do processo estrutural costumeiramente aludem a um método de "tentativa e erro"[269], o qual certamente abarca a ideia de recalcitrâncias cognitivas e revisibilidade ampliada. Vale ressaltar, contudo, que a recalcitrância cognitiva – reflexo da continuidade – e a revisibilidade ampliada podem existir sem necessariamente partir de um método de "tentativa e erro".

Como será esclarecido no próximo capítulo, a descrição de experimentalidade nos processos estruturais é insuficiente. Não é possível entender, com precisão mínima, ao que exatamente se referem os autores ao aludir ao caráter experimental dos processos estruturais.

Conforme ficará claro no capítulo 2, nem todo processo estrutural pode ser qualificado como experimental, principalmente porque a experimentalidade não se reduz ao problema do frustro de prognóstico, o qual é inerente à perspectiva preponderantemente prospectiva dos processos estruturais.

Além disso, nem sempre é justificável projetar um experimento de reestruturação em termos de necessidade, considerando que podem existir outras soluções menos onerosas e também adequadas para lidar com o estado de desconformidade estruturada. Outrossim, o experimento pode não ser proporcional, considerando a equação ponderativa do caso concreto, sem que, com isso, o processo estrutural seja descaracterizado.

---

268 ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. RB-7.5.

269 Por exemplo, OSNA, Gustavo. Acertando problemas complexos: o "praticalismo" e os "processos estruturais". Revista de Direito Administrativo, v. 279, n. 2, p. 251-278, 2020; MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 167-173; ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. RB-7.2. Na nota 8 dessa mesma página, Arenhart, Osna e Jobim discorrem sobre o que entendem sobre a metodologia de tentativa e erro: "Problemas complexos impõem alta dose de uso do método científico (tentativa-e-erro) e da possibilidade de regresso (backtracking). Por regresso, aqui, tome-se a famosa imagem do 'fio de Ariadne' – Ariadne, filha de Minos, soberano de Creta, segundo a mitologia grega, teria se apaixonado por Teseu e, no intuito de auxiliá-lo a sair do labirinto onde este deveria matar o Minotauro, oferece a ele um novelo de fio que poderia servir para marcar o caminho correto para a saída – e a ideia a ela inerente da possibilidade de retornar passos para tentar outras soluções para um problema. O método de tentativa-e-erro, a sua vez, implica a possibilidade de tentar por várias vezes solucionar um problema, de modo que, a cada tentativa, agrega-se conhecimento que pode servir para o maior sucesso da nova tentativa. Não é objetivo deste trabalho tratar das eventuais diferenças entre as metodologias. Importa para cá, apenas, observar que problemas complexos exigem soluções que busquem a solução de problemas de forma experimental (…)".

Por outro lado, vale recorrer ao conceito de graus de estruturalidade de Galdino para explicitar que há processos estruturais que apresentam amplitudes de reestruturação diferenciadas. Assim, é possível que haja processos estruturais, com menor grau de estruturalidade, que não exijam a adoção de um método de "tentativa e erro", nos quais, contudo, todas as demais características discutidas neste capítulo estejam presentes. Dessa forma, a cognição ou a decisão estrutural não devem ser caracterizadas como essencialmente experimentais, nem tampouco preferencialmente experimental, considerando que é possível enxergar adequação em outros modelos disponíveis.

1.3.8.7 O "remédio" estrutural

Dentre as características sumarizadas no subtópico 1.2.3.8.1, interessa averiguar se a decisão estrutural determina um programa viável e justo entre modelo alternativos disponíveis, se estipula um plano ou ciclo de reestruturação revisável, um regime comum baseado na acomodação de interesses contrapostos no caso concreto, ou ainda se visa a estabelecer um regime de transição adequado em direção a um estado de coisas ideal futuro, de acordo com a definição de um tempo, modo e grau de reestruturação específicos e dos meios necessários para o seu alcance.

Na verdade, todas as descrições se encontram em inúmeros aspectos, razão pela qual podem ser combinadas para uma melhor compreensão do tema. O que se estabelece por meio da decisão estrutural é melhor descrito como um regime jurídico programático, comum e revisável (contexto-dependente) que visa a conferir tratamento adequado e global às perspectivas eficaciais manifestadas por cada centro de interesse do problema estrutural, de acordo com as suas expectativas de incidência normativa.

O regime jurídico programático reestrutura um estado de desconformidade, de modo a que seja possível garantir consistência prática aos interesses selecionados e acomodados. A transição entre estados de coisas é a expressão descritiva externa do que se afigura necessário (meio) para garantir a consistência prática dos interesses tutelados (fim) e depende de uma fórmula preditiva sujeita a ampla revisibilidade. Já a conformação de um plano de reestruturação é a descrição instrumental do regime jurídico programático fixado.

Ao desenhar o regime jurídico programático, a decisão estrutural deve operar de forma diferenciada a diversas projeções temporais descontinuadas, bem como estabelecer o modo e o grau de reestruturação que serão adotados[270]. Por fim, a consistência prática das situações jurídica de vantagem acomodadas – e eventualmente incidentes sobre a acomodação – no regime jurídico programático conformam o escopo de controlabilidade dos meios que serão selecionados para o seu alcance.

O reconhecimento de que o regime jurídico comum, desenhado pela decisão estrutural, opera projeções temporais descontinuadas entre as diversas perspectivas eficaciais dotadas de inconsistência prática exige que analisemos como o processo estrutural lida com o tempo no direito. Entender como o tempo é percebido é fundamental para fins de lidar com as variações procedimentais que costumam ser defendidas, em caráter geral, no âmbito dos processos estruturais.

1.3.8.7.1 O tempo no processo estrutural e a natureza jurídica do regime jurídico comum

Não é possível estudar o processo estrutural sem ao menos refletir perfunctoriamente sobre como o tempo é diferencialmente percebido nesta seara. Se o tempo no processo, em geral, é essencialmente intersubjetivo[271], somente é possível compreender o tempo no processo estrutural a partir de sua intertemporalidade.

O tratamento global, por meio de um regime jurídico comum, de múltiplas perspectivas eficaciais, dotadas de inconsistência prática, oriundas de centros de interesse diversos, sujeitas a coincidências e descoincidências parciais, afetadas em graus diferenciados, integradas não linearmente ao contraditório processual, em uma ambiência de mutabilidade, bem descrita pelo policentrismo, produz uma verdadeira sobreposição de temporalidades intersubjetivas.

Ademais, cada expressão de temporalidade é marcada por fatores que introduzem complexidades. Com efeito, adota-se a classificação tripartite do tempo no direito formulada

270 Destacando a necessidade de estabelecer tempo, modo e grau de reestruturação, cf.: GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 55-59; 128-129; 153-154.

271 O tempo no fenômeno normativo não é o meramente cronológico, senão essencialmente intersubjetivo, ou seja, um tempo apreendido como resultado de uma interação dialógica intersubjetiva. Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 583-584.

por Cabral. Neste sentido, no que se refere ao tempo de referência[272], a resistência temporal dos esquemas de agir, provenientes de determinada cadeia de vínculos, é sobremaneira arrefecida pela alta transitividade dos elementos que compuseram a posição com pretensão de estabilidade, não apenas por evoluções não previsíveis, mas também pela instabilidade do regime jurídico comum. Delimita-se a estabilidade porque "não há projeção transitiva do debate na linha temporal"[273].

No que se refere ao tempo de eficácia, não estamos diante de cadeias regulativas sujeitas apenas a "ocorrências sucessivas de esquemas de mesmo gênero", mas verdadeiras regulações prospectivas, cujo equacionamento, para fins de análise dos limites da estabilização, precisa ser melhor analisado[274].

O tempo de vigência, por sua vez, também está sujeito a instabilidades, tanto por força de eventuais alterações normativas sobre cada perspectiva eficacial acomodada no regime jurídico comum, como porque a própria compreensão da vigência do regime jurídico comum precisa ser reconstruída pelo intérprete[275].

O desencontro das temporalidades de cada perspectiva eficacial precisa ser compreendido e solucionado prognosticamente pelo regime jurídico comum em cada marco cronológico prospectado.

---

272 O "(…) tempo de referência [] diz respeito ao intervalo factual que era conteúdo dos esquemas argumentativos, ou seja, a delimitação temporal do debate formador da cadeia. No processo, estes esquemas abrangem o conjunto de fatos compreendidos na causa de pedir e os fatos novos trazidos pelo réu, um complexo que, somado aos atos processuais praticados na própria cadeia (e ressalvados os fatos supervenientes), normalmente é anterior ao processo e à estabilidade que se forma durante a litigância. (…) Sem embargo, o vínculo refere-se a um contexto e uma discussão específica (com certas características próprias, como os meios de prova disponíveis, o grau de cognição possível, dentre outras) e remete ao conflito tal como desenvolvido naquele cenário. É la, portanto, que deve ser buscado o referencial circunstancial ao qual o debate diz respeito: o conjunto de fatos alegados e discutidos, o contraditório exercido, sua manutenção no tempo etc" CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 579-580; 585.

273 Para aprofundamento da análise do tempo de referência, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 584-589.

274 "(…) o tempo de eficácia [] indica a restrição temporal dos espaços de estabilidade. Toda vez que a cadeia de vínculos não previr expressamente seu tempo de eficácia, este variará conforme novas ocorrências de conteúdos constantes dos esquemas argumentativos em cadeia. Com efeito, como afirma Sassani, formada a estabilidade, esta poderá atingir, no futuro, uma série de posições jurídicas não identificáveis *a priori."* cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 581.

275 "O tempo de vigência é o período previsto para incidência da posição estável, precisando em qual intervalo temporal esta poderá ser aplicada. As regras que não determinam seu próprio tempo de vigência estão abertas à interpretação e definição deste elemento, o que, no campo das leis, pode ser verificado pelo próprio aplicador ao analisar, na sucessão de diplomas normativos, qual norma é aquela que incide no caso (…). Em função da durabilidade tendencial ínsita às leis, comprovada até mesmo por sua forma de ab-rogação (são vigentes até que outra em sentido contrário as revogue), o seu tempo de vigência tende ao infinito." cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 580.

Em complemento, a interdependência dos interesses conflitantes torna possível falar em inviabilizações recíprocas em cada marco cronológico (promoção de X inviabiliza promoção de Y, ambos interesses lícitos e marcados pela inconsistência prática), em exigibilidade e inexigibilidade de uma mesma perspectiva eficacial em marcos cronológicos distintos, dentre várias outras possibilidades.

Neste ínterim, é preciso transicionar de um estado de coisas em que as diversas perspectivas eficaciais não convivem ou se inviabilizam reciprocamente para um estado de coisas em que o mesmo mosaico de inconsistências sofra uma ordenação axiológica e temporal concordante, a qual, vale dizer, não necessariamente recepciona todas e cada perspectiva em sua inteireza[276].

276 Um aspecto teórico que exige reflexões ulteriores é saber se o regime jurídico comum deve objetivar, a partir de "ajustes mútuos e sucessivos", a obtenção de um ponto de equilíbrio, ou se, ao revés, deve-se "manter viva" uma "cadeia de desequilíbrios", a qual não seria vista como uma "imperfeição", mas sim um "processo de desequilibração e reajustamentos iterativos que, na verdade, revelam um processo de aprendizagem que não pode ser suprimido". A primeira opinião é defendida por Polanyi (POLANYI, Michael. The logic of liberty: reflections and rejoinders. Londres: Routledge, 1998, p. 154-200) e, na doutrina dos processos estruturais, explicitamente adotada por Violin (VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 163 e ss.). Em sentido semelhante, Arenhart, Osna e Jobim rememoram que a recuperação de empresas, que, segundo eles, abrange "desafios que podem ser comparados àqueles que compõem o ambiente dos processos estruturais", opinião semelhante àquela defendida por Sabel, pretende "viabilizar a retomada de equilíbrio econômico-financeiro de determinada sociedade que, embora enfrente momentos de crise, possui condição de preservar suas atividades" (ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. RB-1.4. (versão e-book)). Não encontramos, todavia, suporte textual à adesão dos autores à tese do equilíbrio de Polanyi. A segunda opinião, por sua vez, é defendida por Hirschman (Hirschman, Albert O. Strategy of economic development. New Haven: Yale University Press, 1958) e, na doutrina dos processos estruturais, por Sabel e Simon (SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1.080-1.082; SIMON, William H. Critical theory and institutional design: David Trubek's path to new governance. Columbia Public Law Research Paper, n. 12-319, 2012. p. 13 (versão eletrônica)). Fugiria ao escopo da presente dissertação apontar uma solução definitiva à referida celeuma. Daremos, apenas, quatro impressões gerais. Primeira: ambas as correntes defendem que lidar com realidades complexas exige a adoção de um método de ajustes mútuos e sucessivos, razão pela qual o que está em discussão é apenas qual deve ser o "ponto final": equilíbrio – uma "nova" ordem inercial de elementos compositivos de uma dada realidade material – ou desequilíbrio – estabelecimento de condições disruptivas refratárias a ordenações inerciais resistentes. Nesse sentido, malgrado não se possa antecipar uma resposta ao problema do "ponto final", cabe manifestar concordância com o meio para alcançá-lo. Segunda: é possível que a resposta seja contingente do problema discutido, da natureza das perspectivas eficaciais implicadas e da transitividade de sua relação interdependente. Faz-se necessário, dessa forma, ao menos cogitar que juridicamente a resposta pode ser variada de acordo com cada contexto. Terceira: não seria de se estranhar que a tutela jurisdicional objetive projetar um ponto de equilíbrio, mas se contente, diante das dificuldades implacáveis do policentrismo, com um ponto de desequilíbrio axiologicamente sustentável. Uma vez atingida uma durabilidade razoável de um ponto de desequilíbrio sustentável, o padrão de resposta jurisdicional pode ser reduzido à reatividade diante de disrupções disfuncionais. Quarta: cabe investigar se a presente discussão é realmente relevante sob a perspectiva do Direito, em geral, e do processo estrutural, em particular, ou se se trata de uma "distorção" provocada pela importação de referenciais teóricos econômicos que, a toda evidência, buscam lidar com outros problemas não necessariamente reconduzíveis ou traduzíveis à linguagem jurídica, problemática já descrita, em termos não específicos por Ost e Van Hoecke (OST, François;

A ordenação axiológica e (inter)temporal concordante revela que o regime jurídico comum consiste em um instrumento de proteção de interesses[277] em ambiências policêntricas e não propriamente de um direito de Caio, Mévio ou Tício. Dito de outro modo, o estado de desconformidade estruturada não é solucionado por uma técnica de formalização *ex ante* de interesses tuteláveis, que "outorga [] posição de primazia em relação a outros interesses"[278], senão por um método de qualificação processual das situações jurídicas tuteláveis[279] que percepciona necessidades materiais de tutela produtoras de expectativas de incidência normativa cambiantes e interativas[280].

Com efeito, é preciso identificar o processo como um "*locus* de juridicização", capaz de fornecer um "plano móvel de instrumentos dispostos (…) à satisfação de necessidades de tutela em processo de juridicização"[281], o qual é prejudicado (o processo de juridicização) pela interposição do estado de desconformidade estruturada e da interdependência das perspectivas eficaciais de cada centro de interesse e das demais variáveis contextuais.

Trata-se, neste sentido, de um verdadeiro instrumento de proteção de interesses atípico, cuja acolhida pelo direito brasileiro não precisa recorrer aos artificialismos referenciais à violação da garantia de independência judiciária[282], uma vez que a Constituição

---

VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998.). Dito de outro modo, impende-se averiguar se a contenda não se qualifica como uma verdadeira dependência de caminho, trazida a reboque pela noção de policentrismo, a qual surge nas ciências econômicas (MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 31, nota de rodapé 58 e 59).

277 É a tradução de Barbi do termo "remedy". Sobre a técnica remedial, ver GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 378. Em sentido semelhante, cf.: ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-5.8.

278 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 384.

279 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 380.

280 De outro ângulo, defende Zaneti Jr que "nesses casos [normas implícitas, novos direitos], a incidência não coincide com a aplicação da norma em abstrato, mas sim com a decisão judicial, que constitui essa incidência, reconstrói o direito. Portanto, não existe ação de direito material anterior a ser exercida concomitantemente à 'ação' processual. Para além dessas constatações, podemos reafirmar que, frente à incerteza substancial do direito in status assertionis (afirmado), posto em uma ação judicial, não faz nenhum sentido, principalmente em sociedades complexas, exigir-se uma 'ação material' anterior." ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-5.4.

281 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 379-380.

282 Veja-se a discussão em NEWMAN, Ryan D.. From Bivens to Malesko and Beyond: implied constitutional remedies and the separation of powers. Texas Law Review, Austin, v. 85, n. 2, p. 471-515, dez. 2006.

Federal prevê o direito fundamental de inafastabilidade da proteção jurisdicional de interesses dignos de tutela[283].

Em outras palavras, a mera interposição de um estado de coisas desconforme não detém, nem em tese, a aptidão para refrear a proteção do mosaico de perspectivas eficaciais interdependentes, cujo processo de juridicização foi obstado justamente pela interdependência inconsistente provocada pelo estado de coisas desconforme.

O ponto é complexo e exige reflexões ulteriores e – talvez – um trabalho de maior fôlego dedicado à sua resolução.

Nesta sede, contenta-se com a rejeição à descrição de um "direito a um estado de coisas" – conforme defendido por Galdino – na medida em que a *inovatio* termina por obscurecer o que realmente está por detrás do objeto da decisão estrutural. Com efeito, a ideia do direito a um estado de coisas (em que ele detenha "eficácia"), como resultado da conformação ponderativa realizada em juízo, termina por negar – implicitamente – sua formalização *ex ante* (típica da categoria dos direitos subjetivos), ao mesmo tempo em que deixa de descrever a alteração metodológica do esquema de juridicização subjacente ao regime jurídico comum[284].

Em complemento, a categoria utilizada por Galdino adota uma natureza principiológica baseada nos estudos de Ávila. Contudo, por certo, depende de um desvirtuamento semântico da conceituação de princípio criada pelo tributarista[285].

---

283 O ponto será melhor tratado no capítulo 3. Destaque-se que, segundo Zaneti Jr., a tradição brasileira era afeita ao reconhecimento jurisdicional de necessidades materiais de tutela. Segundo o autor, o CPC/15 representou um retorno à tradição não racionalista ("que propugna[va] a lei como fonte primária do direito") de nosso país: "Observe-se, entre outras, a distinção entre os artigos 113 (vedação do non liquet) e 114 (decisão por equidade) do Código de Processo Civil de 1939 e os artigos 126 (vinculação forte do juiz à lei, 'no julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais') e 127 (decisão por equidade apenas nos casos previstos em lei) do Código de Processo Civil de 1973. Aprofunda-se a vinculação do juiz à lei. Importante, ainda, não perder de vista que o Código de Processo Civil de 2015 não utilizou a mesma fórmula, referiu expressamente aos casos não previstos no ordenamento jurídico (art. 140, CPC), seguindo a tradição constitucional brasileira dos freios e contrapesos e da revisão judicial dos atos dos demais poderes, ao afirmar que o 'juiz não se exime de decidir sob a alegação de lacuna ou obscuridade do ordenamento jurídico', mudando o paradigma para a juridicidade ou legalidade ampla". ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-6.2, nota 56.

284 Vale a pena conferir a ideia de Galdino: GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 104-110.

285 Comparar com ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 85-91; 104-130, dentre outros.

Estabelecidas as características gerais da cognição e das decisões nos processos estruturais, cumpre analisar os elementos procedimentais que costumam ser destacados pela doutrina para caracterizá-los. E o primeiro elemento que será analisado consiste em investigar se o processo estrutural depende, para sua caracterização, de uma postura ativa do juiz.

1.3.9 Características procedimentais dos processos estruturais

1.3.9.1 Postura ativa do juiz

Desde logo, impende-se destacar que a postura ativa do juiz, no sentido de amplo controle processual da participação de interessados, da fase de instrução probatória, etc, não é característica essencial dos processos estruturais. Fiss e Chayes assim entendiam porque partiam do paradigma passivo de postura judiciária que predominava no ordenamento norte-americano[286]. No entanto, a divisão de trabalho entre as partes e o juiz no Brasil não é assemelhada ao que se observa no modelo norte-americano[287].

Além disso, sendo o processo estrutural uma espécie de processo coletivo, seria possível dizer que o princípio da predominância de aspectos inquisitoriais advém do *genus,* não sendo uma diferença específica dos processos estruturais. Em função do referido princípio, "permite-se uma conduta mais incisiva, participativa, dirigente e decisiva do juiz em matéria processual coletiva do que nos processos individuais". Trata-se de princípio de conteúdo gradual e que depende da aferição de determinados parâmetros, como vulnerabilidade do titular do direito, disponibilidade da situação jurídica discutida, complexidade do litígio, etc[288].

Observe-se, ainda, que, como destaca Cabral, o processo se desenvolve segundo condicionamentos recíprocos, de modo que também no processo estrutural as partes

---

286 Como destaca Sturm, apesar de Fiss postular uma série de modificações ao tradicional modelo adversarial de processo, em grande medida, ainda se manteve "preso" às suas amarras ao analisar a fase remedial dos processos estruturais. Cf.: STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. The Georgetown Law Journal, v. 79, p. 1355-1446, 1991.

287 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 102-107. O autor também ressalta que a posição de Fiss e Chayes foram criticadas pela própria doutrina norte-americana neste tocante.

288 Neste sentido, DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 125-128.

condicionam o juízo – não só por meio de atos estimulantes – e o juízo condiciona as partes[289]. Regula-se, pois, uma "comunidade de trabalho"[290], a qual se desenvolve sem protagonismo[291], congregando "sujeitos diversos, cada um dos quais tem uma colocação particular e desenvolve um papel específico"[292].Assim, conforme pontua Marçal, "a distribuição de poderes no processo não é um 'jogo de soma-zero', sendo perfeitamente possível que, juntamente com 'empoderamento' do juiz, ocorra uma igual ou maior atribuição de poderes a outros sujeitos – inclusive às partes (…)"[293].

Seja como for, como bem destaca Galdino, nos casos de falência e recuperação judicial, exemplos de processos estruturais institucionais privados, a atividade predominante seria das partes e não do juiz[294]. Da mesma forma, o experimentalismo democrático de Sabel também garante um protagonismo considerável aos grupos interessados, por meio dos processos deliberativos contínuos de sua proposta[295].

Soma-se a isso, a existência de diversos dispositivos legais que admitem negócios processuais típicos e atípicos, o que demonstra que a postura mais ativa do juiz é uma

289 E não só isso: o autor ensina que outros sujeitos processuais também se influenciam, como por exemplo, um juiz que influencia outro juiz na cadeia recursal ou em julgamentos colegiados, por exemplo. CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 122-130; 132-138.

290 CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018, 108-109.

291 A divisão de trabalho entre os sujeitos processuais, com a rejeição de uma postura dominante do magistrado, também é suportada pelas modificações pelas quais passou o princípio do contraditório. Sobre o tema, cf.:RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014, p. 155-168. Para uma opinião contrária à postura dominante do magistrado no âmbito dos processos civis de interesse público, cf.: THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução comparticipada de políticas públicas. Revista de processo, v. 38, n. 224. p. 121-152, out/2013.

292 CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018, 108-109.

293 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 104.

294 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 30; 109-110. Seja como for, cabe a advertência de Arenhart, Osna e Jobim: "Essa questão se torna evidente ao observarmos que, por mais que as fases acima descritas componham o percurso geral a que a recuperação deve se submeter, existe em nosso atual sistema jurídico a possibilidade de que, em dados momentos, o juízo adote um papel mais ativo para a manutenção da recuperação. Como exemplo mais cabal, percebe-se que há hoje a admissão de que, embora o plano não seja aprovado pelo quórum de credores necessário, o órgão jurisdicional proceda ao *cram down* e determine o seu processamento. Obviamente, trata-se de tentativa de chancelar o papel social da empresa". ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. RB-1.4.

295 Como será descrito no capítulo 2. Para a descrição original, cf.: SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

característica contingente, a qual, na verdade, depende de outros elementos que não exatamente a existência de um processo estrutural.

Embora Fiss estivesse correto ao perceber, já nas décadas de 60 e 70, que a jurisdição não se limitava a um modelo de resolução de disputas ou controvérsias, uma visão constitucionalizada dos processos estruturais não pressupõe uma perspectiva hipertrofiada e desequilibrada da posição do juiz.

Diversamente, a superação indicia a não homogeneidade da jurisdição[296], a qual, no âmbito dos processos complexos, em geral, e dos processos estruturais, em particular, revela a configuração de um "espaço privilegiado de exercício de poder"[297], verdadeiro "espaço de aparição"[298], vocacionado a vivificar a participação, como expressão da cidadania e do pluralismo[299].

A jurisdição, nesta perspectiva, "devolve a matéria jurídica para os espaços públicos não processuais de atualização do direito (…) reterritorializa[ndo] []o mundo-da-vida por meio do discurso jurídico"[300]. Reconhece-se, dessa forma, um método de qualificação processual das situações jurídicas tuteláveis, garantindo que as necessidades materiais de tutela em processo de jurisdicização não dependam exclusivamente da editalização do interesse na forma clássica de direito subjetivo[301].

Não há espaço, neste diapasão, para alinhavar o protagonismo judiciário ou a majoração de uma assimétrica distribuição de poderes processuais. Num cenário em que a legitimação democrática é resultante do processo[302], o jurisdicionado, antes de manter uma relação externa, acessória ou secundária com o exercício da função jurisdicional, é elevado à

---

296 YARSHELL, Flávio Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 141-145.

297 MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 47.

298 ROLO, Rafael Felgueiras. Processo coletivo e o papel da coletividade ausente: a afirmação de um contraditório transcendente. 2015. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 17-22; 68-76.

299 TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 92-101.

300 ROLO, Rafael Felgueiras. Processo coletivo e o papel da coletividade ausente: a afirmação de um contraditório transcendente. 2015. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 74.

301 Sobre a importância de se adotar uma técnica remedial em caráter complementar à técnica do direito subjetivo, cf.: GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 376-394.

302 FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. Revista de Processo, v. 269, p. 421-432, jun. 2017.

posição de coautor da elaboração normativa[303] e o juiz empoderado na (estrita) medida em que garante uma arena de discussão adequada[304].

Sem embargo, a intervenção judicial, como afirmam Didier, Zaneti Jr e Alexandria, "na atividade dos sujeitos envolvidos no processo, sejam eles particulares ou públicos" é acentuada[305]. Embora a proposição não se confunda com a anterior e seja, em grande medida, acertada, a intervenção judicial acentuada não é elemento essencial dos processos estruturais, senão mero efeito das características essenciais da decisão estrutural.

Se, por exemplo, a intervenção judicial consistente na reestruturação de uma política pública pode ser sim considerada acentuada – leia-se: não se limita a condenar o ente em dever de indenizar, mas se imiscui em sua atividade para corrigi-la – ela nada mais é do que uma consequência do estabelecimento de um regime jurídico programático pela decisão estrutural.

Superado este ponto, insta analisar se outra característica, associada aos processos estruturais desde suas "visões originárias", efetivamente configura característica essencial do procedimento desenvolvido nos processos estruturais: a consensualidade.

1.3.9.2 Consensualidade

303 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 106-112.

304 Talvez o "fantasma" do protagonismo judicial – bastante criticado na doutrina norte-americana, em crítica depois replicada em outros países – advenha dos "escombros teóricos" da divisão entre *courts of law* e *courts of equity.* Apesar de concentradas num mesmo Judiciário (segunda seção, primeira parte, do artigo III, da Constituição dos EUA), cada uma "desenha" uma atividade jurisdicional especialmente caracterizada. Neste sentido, o jurisdicionado, para obter o "remédio estrutural", deve submeter a sua demanda às *courts of equity*, cuja função, entretanto, "coleciona" predicados de excepcionalidade. Conquanto descaiba realizar, nesta sede, um estudo comparado sobre tais predicações e sua relação com a percepção doutrinária "pessimista", referente ao protagonismo judicial, parece suficiente trazer a lume que o juiz, em sua "jurisdição equitativa", assume reconhecida margem de discricionariedade, o que, inclusive, afeta a recorribilidade de suas decisões. A jurisdição de equidade conferia proteção a interesses merecedores de tutela que não seriam passíveis de discussão perante o sistema das *forms of action*. Isso em um sistema que "cultua", em maior ou menor medida, um modelo adversarial de processo – e, portanto, um modelo passivo de juiz. Se há algo de acertado nesse esforço hipotético, parece contraproducente "importar", ao menos com a mesma relevância normativa, a discussão norte-americana do protagonismo judicial ao nosso ordenamento. Para uma análise comparada do processo estrutural, cf.: VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

305 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 11 (versão eletrônica).

Entendemos que a consensualidade não é marca essencial dos processos estruturais[306], sendo concebível assumir um padrão de interação impositivo e baseado em "comando e controle"[307]. E veja-se que a adoção de um padrão de interação impositivo e baseado em "comando e controle" não necessariamente será inadequado, considerando o comportamento dos centros de interesse responsáveis pelo cumprimento das providências executivas determinadas[308].

Além disso, considerando a legislação processual vigente, a existência de uma ampla margem de consensualidade pode ser compreendida como uma marca do nosso atual sistema processual.

Em nosso ordenamento, o legislador processual positivou um amplo dever de estímulo à consensualidade (art. 3º, §§2º e 3º, do CPC/15), sendo possível, como já dito, pactuar convenções processuais atípicas, tidas como atos determinantes[309] – e não meramente estimulantes – sobre situações jurídicas processuais e atos do procedimento em geral. Por esta razão, a ampla margem de consensualidade não caracteriza o processo estrutural em especial, mas o processo civil em geral.

Impende-se destacar, ainda, que não se deve incorrer no equívoco de postular a essencialidade da consensualidade, como característica diferencial dos processos estruturais, apenas como decorrência do problema da legitimidade democrática. É que, para além de se tratar de problemática mais pungente nos processos estruturais institucionais públicos, a

306 Em sentido contrário, Gismondi e Rodrigues, parecem defender a essencialidade da consensualidade. Confira-se: "O panorama de democratização do processo e de valorização da vontade das partes acima narrado alcança o direito processual como um todo e, se nas demandas em geral possui grande relevância, em demandas de natureza complexa, como as que envolvem a efetivação de políticas públicas, alcança notas de essencialidade". Contudo, em outra passagem, a posição dos autores parece ser mais voltada para a maior adequação da consensualidade: "A execução judicial de políticas públicas exige técnica processual compatível com a complexidade da matéria envolvida e com o modelo cooperativo e democrático de processo civil. Muitas vezes as técnicas executivas tradicionais se mostram incapazes de dar real efetividade à satisfação das políticas públicas em jogo, impondo-se ao magistrado, ao autor e ao réu posturas corajosas para garantir de maneira adequada o direito em jogo. Dentre os instrumentos postos à disposição do legislador e dos sujeitos processuais que podem conferir maior efetividade à tutela jurisdicional relativa a políticas públicas, destacam-se os negócios jurídicos processuais, prestigiando a consensualidade e o princípio democrático." RODRIGUES, Marco Antonio; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 777-814, 2021.

307 Como descrito, em termos de insuficiência da determinação de que a instituição ré elaborasse um plano de reestruturação, FISS, Owen. The civil rights injunction. Bloomington: Indiana University Press, 1978. p. 13-14.

308 Pense-se em um sujeito que adote um comportamento não cooperativo, ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?. South African Law Journal, v. 122, n. 2, p. 325-351. 2005.

309 CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 63-65.

legitimação democrática depende de mecanismos de ampliação do contraditório e não propriamente do consenso[310].

Por outro lado, vale comentar a aparente incoerência do raciocínio de Didier, Zaneti Jr e Alexandria ao postular que a ampla margem de consensualidade é característica essencial dos processos estruturais "em razão das usuais complexidade e multipolaridade envolvidas na sua tramitação", sendo certo que os próprios autores entendem que a complexidade e a multipolaridade são apenas características típicas[311]. Ora, se são apenas típicas e a consensualidade é delas derivada, não é possível dizer que a consensualidade é essencial.

Todavia, em nossa posição, como o policentrismo e a multifocalidade são essenciais ao processo estrutural, vale revisitar o argumento sem a incoerência apontada. De fato, ambas as características pressionam por uma maior adequação em abstrato da consensualidade[312]. No entanto, como já destacado, a margem de consensualidade depende de outros fatores. Pense-se na premência de determinada medida executiva, na resistência dos centros de interesses

310 O ponto é defendido, difusamente, por exemplo, por MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 68; 76; 88; 92; 95. Em nossa opinião, a observância do princípio do contraditório, em consonância com as posições jurídicas justicializáveis envolvidas em determinado litígio, é fator de legitimação democrática da função jurisdicional (art. 1º, p.ú c/c 5º, LIV e LV, da CRFB/88). Assim, não é o consenso, mas sim a participação, direta ou por representação, em seu espaço público deliberativo, que atende ao padrão exigido pela legitimidade democrática no âmbito do processo estrutural. Sobre a medida de participação processual, cf.: TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 323-335.

311 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 9 (versão eletrônica).

312 Destacando a importância da consensualidade na fase de execução do controle de políticas públicas: RODRIGUES, Marco Antonio dos Santos. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas, in: Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé Torres Pereira Junior. Alexandre Freitas Câmara, Adilson Rodrigues Pires, Thaís Boia Marçal (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 266-270. De forma mais ampla, cf. também: PEPE, Rafael Gaia Edais. Acordos processuais em processos estruturantes: controle consensual de políticas públicas como instrumento de efetividade processual. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 46; 58-63; 129-151; ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 1.047-1.069, 2021. p. 1.060-1.061; VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 193-204; FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 114-116; 121-122; 133-135; 180-185; 194. Inclusive, vale destacar, ainda, a aprovação dos Enunciados nº 178, 211 e 224 da II Jornada de Prevenção e solução extrajudicial de litígios da Justiça Federal que reforçam a importância do desenvolvimento de técnicas processuais que viabilizem a consensualidade no bojo dos processos estruturais. O Enunciado nº 178 chega a mencionar expressamente, em sua justificativa, a inspiração no experimentalismo democrático norte-americano.

responsáveis pela implementação das decisões estruturais, ou na indisponibilidade de determinados interesses afetados pelo problema estrutural.

Não se pode esquecer, ainda, que a essencialidade da consensualidade poderia ensejar dilações temporais indevidas, bem como estados protetivos deficitários, sobretudo em casos de disparidades de influência e recursos entre os focos de interesse[313]. Ademais, vale lembrar que o nosso ordenamento é mais adaptado aos processos estruturais se comparado com a sua matriz estadunidense[314], razão pela qual a relevância da colmatação consensual de lacunas protetivas é menos intensa em nosso país[315].

O próximo ponto que deve ser analisado diz respeito à instrução probatória nos processos estruturais, a qual, assim como a consensualidade e a postura ativa do juiz, tem diferenciais apontados desde o início das discussões norte-americanas sobre os processos estruturais.

1.3.9.3 Fase instrutória contínua e seus três momentos

Além da consensualidade, costuma-se aludir às diferenças entre o que caracteriza a fase de instrução probatória nos processos estruturais. Na descrição inicial de Chayes, a instrução probatória não é histórica e nem estritamente direcionada para identificar consequências normativamente prescritas por determinada série alegada de eventos, assumindo caráter preditivo e assemelhado à atividade legislativa, uma vez que direcionada a regular condutas relacionadas à controvérsia durante um futuro indeterminado e vinculatividade expandida[316].

---

313 Em caráter mais amplo, cf.: SUPER, David. Laboratories of destitution: democratic experimentalism and the failure of antipoverty law. University Of Pennsylvania Law Review, v. 157, p. 541-616, 2008.

314 O ponto será retomado infra.

315 Entenda-se: nos Estados Unidos, a consensualidade responde não apenas à resolução de impasses concretos relativos à viabilização da reestruturação pretendida, como também a dificuldades referentes à escassez protetiva substancial oferecida pela sua Constituição, eminentemente composta de garantias institucionais (*structural protections*). A nossa Constituição, influenciada pelo paradigma do pós-segunda guerra mundial e pela descontinuação do regime ditatorial, iniciado em 1964, não padece da mesma patologia. Não se quer dizer com isso que basta um raciocínio jurídico de concreção para solucionar um problema estrutural. Entretanto, os substratos normativos e a dinâmica institucional, incorporados à nossa Constituição e às nossas leis, parecem debelar, ao menos parcialmente, a dificuldade de escassez protetiva substancial e, assim, a consensualidade deixa de poder ser enxergada como resposta a determinadas dificuldades que são apresentadas pela doutrina daquele país.

316 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316. 1976.

Deve-se criticar a descrição da atividade probatória dos processos estruturais como "legislativa". Trata-se de um resquício de associação da atividade probatória em um processo jurisdicional como retrospectiva[317], em aparente reminiscência do modelo tradicional de resolução de controvérsia, criticado pelo próprio autor. Da mesma forma, a não historicidade do modelo de instrução probatória consiste em uma descrição menos acurada do que a de autores contemporâneos.

Neste sentido, em contraste histórico, Galdino, buscando aperfeiçoar a ideia de causalidade estrutural de Puga, descreve a instrução probatória dos processos estruturais como teleológica, na medida em que "(…) aponta para o futuro e verte-se, entre outras possibilidades, sobre a previsão da ocorrência de eventos e resultados (fatos futuros) (…) se apresenta[ndo] como uma relação entre meio e fim". Não seria causal, pois não teria como objetivo comprovar a interligação entre um conjunto de fatos jurídicos e uma eficácia jurídica pretendida[318].

Por sua vez, Vitorelli assevera que a instrução probatória nos processos estruturais é tanto retrospectiva como prospectiva. Não se pode esquecer, neste sentido, que "a comprovação da existência do litígio, de suas características estruturais e da responsabilidade do réu" continuam sendo retrospectivas, o que, portanto, ainda é melhor descrito como expressão de causalidade, mesmo que se admita a dupla diferenciação proposta por Puga[319].

Uma vez comprovado o dever do réu de tomar providências para a remediação do problema estrutural, diz Vitorelli que o processo estrutural ingressa em um segundo tipo de instrução probatória, esta sim, melhor caracterizada pela noção de relação teleológica.

Neste segundo momento, a instrução probatória assume uma perspectiva eminentemente prospectiva – e virtualmente sem fim, como aponta Marçal[320] – por meio da qual se pretende "produzir elementos que possam ajudar a definir as providências futuras do plano (…) [que] deve ser construído paulatinamente, na medida em que essas informações

317 Veja-se críticas a essa associação da atividade jurisdicional como retrospectiva em PEIXOTO, Ravi. Superação de precedente e segurança jurídica. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 217-227; 232-237.
318 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 51; 50-59.
319 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 349-353. A dupla diferenciação de Puga pode ser lida em PUGA. Mariela. Litígio Estructural. Tesis Doctoral. Faculdade de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013. p. 29-31.
320 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 170-171.

deixam as suas necessidades mais claras"[321]. Neste tocante, a instrução probatória prospectiva visa a demonstrar a viabilidade das providências do plano de reestruturação, bem como analisar a sua interação com as outras variáveis do problema estrutural.

Há, ainda, um terceiro momento, que é reconhecido por todos os autores citados: "a colheita de elementos relacionados aos efeitos da implementação do plano"[322]. Trata-se de momento relevante ao modelo de progressão procedimental cíclica proposto por Vitorelli, o qual é retroalimentado a partir de uma nova fase de revisão e implementação do plano revisado.

Em complemento, Vitorelli propõe o que denomina de modelo "lata de lixo". Devido a incerteza e complexidade que marcam o contexto fático-normativo e o juízo prognóstico necessário às decisões estruturais, Vitorelli, com base em Olsen, defende a inexistência de "ordenação lógica e temporal entre problemas, soluções, decisões e oportunidades de escolhas"[323].

De acordo com Olsen, cada um destes elementos segue uma "corrente[] independente[] e exógena[]", sendo certo que "a percepção de uma solução altera a própria percepção acerca dos contornos do problema". No modelo lata de lixo, defende-se que "podem surgir soluções ou oportunidades de escolha não vinculadas a problemas previamente estabelecidos". Ademais, devido ao desvio de enfoque à questões menos importantes, porém controvertidas, entende-se que "escolhas importantes são menos propensas a solucionar o problema do que escolhas não importantes", as quais são objeto de maiores discussões, razão pela qual é possível que o problema venha a ser solucionado por escolhas não logicamente ordenada à sua solução[324].

Também devido a não ordenação lógica entre problema e solução, defende-se que o "foco inicial do problema" não deve ser estabilizado de antemão, permitindo que os participantes processuais possam ampliar ou reduzir o escopo do problema analisado. De forma semelhante, o foco cognitivo não deve se limitar a questões controvertidas, as quais podem desviar a atenção "daquilo que [os tomadores de decisão] deveriam, efetivamente,

321 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 353.
322 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 353.
323 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 358; 358-362.
324 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 359-361.

solucionar (…) afasta[ndo-se] de discussões paralelas, à primeira vista, menos importantes, mas que poderiam resolver o problema"[325].

A posição adotada nesta dissertação acerca das características da instrução instrutória é que ela não é fásica, mas sim contínua, como expressão das características da cognição exercida nos processos estruturais. Concorda-se, ademais, com Vitorelli no que se refere aos três momentos em que se subdivide a instrução probatória. Com efeito, o primeiro é marcado por um raciocínio causal retrospectivo, o segundo é marcado por um raciocínio teleológico e o terceiro por um hibridismo causal-teleológico.

O raciocínio do terceiro momento é híbrido, pois não se pode perder de vista que a avaliação dos indicadores de resultado e performance terá natureza causal e poderá ensejar um novo raciocínio teleológico para fins de atualizar o plano de reestruturação.

Por fim, o modelo lata de lixo afigura-se interessante para explicar a ausência de ordenação lógica e temporal entre os elementos compositivos da resolução de problemas complexos. Pode servir, ainda, para ampliar o enfoque cognitivo dos processos estruturais, na medida em que de discussões paralelas pode surgir a resolução dos problemas previamente estabelecidos. Já a possibilidade de modificação do enfoque do problema parece melhor descrita pelo policentrismo e multifocalidade, característicos dos processos estruturais.

1.3.9.4 Simultaneidade da cognição e da execução

Outra característica que se costuma associar aos processos estruturais é "imbricação entre cognição e cumprimento das decisões (execução), de forma constante, o que o difere do (sincretismo do) processo tradicional"[326]. Por força disso, "cumprimento e cognição ocorrem simultaneamente"[327]. Segundo Vitorelli, "exigir que um litígio seja integralmente julgado, para depois ser implementado, significa exigir que a decisão seja aplicada em um mundo que não mais existe", tendo em vista que "a alteração de um fio na teia policêntrica do litigio reconfigura toda a realidade"[328].

325 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 361.
326 MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 169.
327 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 211.
328 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 321; 320.

Em decorrência da entremistura entre cognição e execução, Vitorelli descreve o procedimento a partir de uma progressão cíclica[329] em seis fases, enquanto Didier, Zaneti Jr e Alexandria defendem um procedimento bifásico com aproveitamento do *standard* do processo falimentar.

Galdino também destaca as vantagens de um procedimento bifásico. A primeira fase seria destinada ao diagnóstico do estado de coisas atual e "as diferentes ameaças, ilícitos e danos por ele provocadas", de modo a definir o "estado de coisas pretendido em seus diferentes aspectos". Numa segunda fase, deveriam ser "defini[dos] os meios proporcionais ao alcance do estado de coisas definido (...) e executá-los", modificando a decisão "conforme os meios definidos se revelem desproporcionais ao alcance do estado de coisas ou o próprio estado de coisas definido na primeira fase se revele desproporcional ao alcance dos direitos que busca efetivar"[330].

Ressalte-se que a estrutura bifásica proposta por Galdino, Didier, Zaneti Jr e Alexandria não parece incompatível com o modelo de progressão procedimental cíclica de Vitorelli. É que a estrutura bifásica proposta não nega, senão recepciona a necessidade de diagnóstico do estado de desconformidade, elaboração de um plano de reestruturação, sua implementação, avaliação de resultados, revisão do plano e implementação do plano revisado.

A diferença – para além do elemento institucional em Vitorelli – parece consistir somente no enfoque adotado pelos autores: Didier, Zaneti Jr e Alexandria enfocam as fases do procedimento, enquanto Vitorelli enfoca a formação, avaliação e revisão do plano (instrumento de exteriorização do regime jurídico comum e programática desenhado como norma dos processos estruturais).

Veja-se, por outro lado, que o aproveitamento do *standard* do processo falimentar pode ser interessante tanto pelo fato de se tratar de um modelo procedimental legislado e de ampla aplicação e discussão na prática forense, como por receber as normas procedimentais

---

329 Também indicando o caráter cíclico do processo estrutural, cf.: ARENHART, Sérgio Cruz; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021. RB-6.5; 7.2; 7.4; 7.5. Parecem sugerir, entretanto, quatro fases: "Se a abordagem dessas questões envolve um 'procedimento cíclico' – de diagnóstico dos problemas, eleição de soluções, implementação das medidas e avaliação dos resultados –, evidencia-se a impossibilidade de que isso se sujeite ao modelo padrão de solução de controvérsias utilizado pelo processo civil convencional" (RB-7.2). Contudo, a toda evidência, o caráter cíclico da proposta, engloba a revisão e implementação do plano revisado, razão pela qual a divergência – quatro x seis fases – é menos conteudística e mais estipulativa: onde termina um ciclo e começa outro.

330 GALDINO, Matheus Souza. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019. p. 130.

como *standards* de controle transportáveis em consonância com adaptações procedimentais congêneres às necessidades materiais de tutela[331].

Todavia, o aproveitamento deste ou daquele *standard* diz respeito ao regime jurídico do processo estrutural e, portanto, não deve ser incluído em suas características essenciais. O que se afigura essencial ao procedimento parece ser o seu caráter bifásico (certificação/implementação), consoante defendido pelos autores discutidos.

1.3.9.5 Inviabilidade da estipulação prévia de circuitos procedimentais adequados

Adota-se a conclusão de Didier, Zaneti Jr e Alexandria acerca da inviabilidade de estipulação prévia de circuitos procedimentais adequados ao desenvolvimento de qualquer processo estrutural. Para atender a necessidades de tutela de situações jurídicas díspares, exige-se um "arco procedimental flexível", no qual deve haver a prevalência de formas processuais atípicas no que se refere à participação processual, cognição exercida, possibilidade de alteração do objeto litigioso, estabilidade processual, técnicas decisórias, medidas executivas, cooperação judiciária, etc[332].

A relação das normas processuais com os processos estruturais revela a insuficiência apriorística da *interventio legislatoris*[333], tanto no que se refere aos instrumentos de proteção e seleção de interesses merecedores de tutela, como em relação à definição de circuitos procedimentais adequados, donde ressurge extremamente importante pensar em mecanismos atípicos.

É claro que a necessidade de atipias generalizadas exige que se pense em signos operativos de aproveitamento de sinais normativos provenientes do sistema jurídico para

331 Sobre o tema, cf.: DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 88-113.

332 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 9 (versão eletrônica).

333 Conforme ficará mais claro no capítulo 3, a insuficiência apriorística da intervenção legiferante demarca um problema de padrão regulativo. É o padrão regulativo com pretensão de descritividade exauriente ou predominante que não se revela compatível com os processos estruturais. Essa, inclusive, parece ser a razão que faz Didier, Zaneti e Alexandria sustentarem que o CPC/15 ofereceria uma via procedimental adequada aos processos estruturais, porquanto não baseado no mesmo padrão regulativo. Os autores, vale ressaltar, não adotam a expressão "padrão regulativo", no entanto, a ideia parece compatível ao defendido infra.

garantir algum grau de controlabilidade argumentativa aos mecanismos processuais empregáveis[334]. O tema, embora instigante, foge ao escopo dessa dissertação.

Subjacente à inviabilidade de estipulação prévia dos circuitos procedimentais adequados está aquela que consideramos a última característica dos processos estruturais: a necessidade de se pensar em esquemas metodológicos de adequação combinatória fluida. Esse é o tema do subtópico a seguir.

---

334 É o que, em alguma medida, propõe Temer no âmbito dos regimes de atuação processual atípicos, sob a alcunha de "diálogo entre o típico e o atípico". TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 352-360. Discordamos, no entanto, da identificação, propugnada pela autora, entre o referido diálogo e o livre trânsito de técnicas processuais especiais. Entendemos que embora o livre trânsito de técnicas processuais especiais institua um inequívoco diálogo entre o típico e o atípico, não há como resumi-lo a isso atualmente. Com efeito, embora a previsão do procedimento metamórfico redimensione o diálogo entre o típico e o atípico, compreendemos que o aproveitamento de sinais normativos oriundos de figuras típicas é essencial à controlabilidade de qualquer mecanismo atípico, sendo certo que procedimento metamórfico e mecanismos atípicos constituem duas fórmulas dinamizadoras não necessariamente coincidentes trazidas pelo CPC/15. E veja-se que perceber a não correspondência entre as fórmulas dinamizadoras é importante. A título de exemplo, a atipicidade das medidas executivas (art. 139, IV c/c 536, do CPC/15) não depende, para sua concreção ou determinação, da identificação correspondente de uma técnica processual especial (típica) que poderia ser importada a um caso concreto. Não há, portanto, um iter sistêmico que vincule a aplicabilidade do art. 139, IV c/c 536, do CPC/15 aos art. 327, §2º, 318, p.ú. e 1.046, §2º, do mesmo código. Tratam-se de duas fórmulas dinamizadoras diversas que podem ou não estar combinadas em um caso concreto. Em outras palavras, o raciocínio de determinação conteudística das normas processuais atípicas não depende da identificação correspondente de uma técnica processual especial transportável. De forma mais ampla, o diálogo entre o típico e o atípico remete à necessidade de aproveitamento de implicações normativas oriundas de outras partes do sistema, como parte indissociável de um pensamento sistemático. Trata-se, portanto, de uma simples decorrência da unidade e adequação valorativa desenhadas por cada sistema. Cf.: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 66-99. Por certo, cada sistema comporta diferentes interações normativas. A previsão do livre trânsito de técnicas processuais, de cláusulas gerais e de mecanismos processuais atípicos são exemplos de interações normativas entre o típico e o atípico expressamente admitidas por lei e que, portanto, inequivocamente podem ser empregadas em nosso sistema. Observe-se, ademais, que esse diálogo pode ser criterizado por critérios variados – e ainda não completamente teorizados – dependendo do mecanismo dinamizador utilizado. Para alguns exemplos cf.: MINAMI, Marcos Youji. Da vedação ao *non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 258-264; DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 88-113; MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coordenadores). Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19-35, 2020. CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. cap. 7. Em nosso sentir, o nosso sistema ainda permite o aproveitamento de sinais normativos oriundos de implicações simbióticas não preferenciais entre direito material e processual, o que parece sobremaneira relevante em processos estruturais – diante das características que discutimos neste capítulo. Admitir esse formato de relação entre direito material e processo é interessante no âmbito dos processos estruturais sobretudo porque amplia o espectro de sinais normativos aproveitáveis. Para a defesa de mudanças sistêmicas que secundam a existência de implicações simbióticas não preferenciais, num formato de relação coaxial entre direito material e processo, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas

1.3.10 Necessidade de métodos de trabalho diferenciados e plúrimos: inviabilidade de estipulação prévia e o apelo a esquemas metodológicos de adequação combinatória fluida

Em caráter derradeiro, entendemos que o processo estrutural é marcado pela necessidade de se pensar em "métodos de trabalho" diferenciados para servir de vetores ao seu regular desenvolvimento. Tamanha é a revolução que o processo estrutural proporciona que ela não se expressa apenas na arquitetura do procedimento, senão também no que orienta a compreensão e desenvolvimento de cada instituto processual[335].

Trata-se de uma característica que ora resulta da conjugação do policentrismo com a multifocalidade, ora resulta de peculiaridades das situações jurídico-materiais discutidas e, em outros casos, pode decorrer de complexidades oriundas do remédio estrutural.

Apenas a título de exemplo, a fase de instrução probatória do processo estrutural, conforme descrito acima, em muito se difere daquela havida em outras modalidades processuais. Além de sua divisão tripartite, o raciocínio teleológico, empregado nos primeiro e terceiro momentos, é uma clara demonstração de uma diferenciação a nível de método de trabalho.

Outro exemplo que poderia ser mencionado diz respeito ao controle processual das condições de interação internas a cada foco de interesse[336], o qual, novamente, revela uma forma de pensar na participação processual que também não se assemelha ao método tradicionalmente empregado de representação, substituição ou participação direta[337].

---

entre direito material e direito processual. Civil Procedure Review, Salvador, v. 12, n. 2, p. 69-102, ago. 2021.

335 Essa é uma percepção geral da doutrina dos processos estruturais, costumeiramente lida a partir da contraposição de processo bipolar x processo multipolar. Cf.: FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 6-31. Ou ainda a partir das características contrapostas por Fiss e Chayes desde a origem da categoria. O que propomos aqui é, todavia, mais amplo do que isso: o processo estrutural precisa ser pensado a partir de um esquema metodológico fluido, não propriamente anárquico, mas plural e orientado por critérios comparativos de adequação a cada contexto regulado. Sobre o anarquismo metodológico, cf.: FEYERABEND, Paul Karl. Contra o método. Cezar Augusto Mortari (Trad.). São Paulo: UNESP, 2007. p. 42.

336 O ponto será brevemente retomado no capítulo 2.

337 A reconfiguração provocada pela necessidade de controlar as condições de interação entre as partes ou dentro de cada foco de interesse pode ser exemplificada pela adaptação da finalidade da audiência de conciliação, prevista pelo art. 334, do CPC/15, requerida nos autos da ação civil pública 5012843-56.2021.4.04.7200, para definição da composição de infraestrutura específica – ou microinstitucionalidades – consistente em câmara judicial para discussão e assessoramento judicial relativo à decisão estrutural de implementação. Sobre a necessidade de constituição de microinstitucionalidades ou infraestruturas específicas, cf.: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, p. 1-15, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. p. 6. CABRAL, Antonio do passo; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims

Neste mesmo sentido, a continuidade e resgatabilidade cognitivas, bem como a ruptura do raciocínio não monótono, por exemplo, podem ser percebidas como partes de um método cognitivo diferenciado, um modo de pensar a cognição acerca do estado de desconformidade que não se confunde com a lógica subjacente, por exemplo, aos processos individuais e coletivos de caráter bipolar.

As modificações, nestes casos, sobejam a mera reconfiguração procedimental, representando alterações profundas acerca do próprio modo de se interpretar cada norma e momento processual[338]. Dito de outro modo, nos exemplos dados, as necessidades metodológicas diferenciadas podem se expressar pela reconfiguração procedimental sem a ela, contudo, se resumirem[339].

É preciso, no entanto, perceber que, muito além de sobejante, não há correspondência biunívoca entre reconfiguração ou adaptação procedimental e adoção de um método de trabalho diferenciado[340]. A título de exemplo, a ampliação ou redução de prazos, inversão de fases processuais, imposição de restrições à reconvenção, embora representem adaptações procedimentais, não necessariamente prenunciam a adoção de um método processual diverso do tradicional.

Em confirmação, é só pensar, dentre esses casos, que a inversão das fases postulatória e instrutória não necessariamente agregará nada de metodologicamente diverso à postulação e à instrução, que poderão continuar desempenhando os mesmos papéis ou se submetendo ao mesmo tipo de raciocínio ou lógica subjacente.

---

resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo, São paulo. v. 297, p. 445-483, jan/2019.

338 Vitorelli, por exemplo, diz que, no âmbito dos litígios complexos, as modalidades típicas de intervenção de terceiros poderiam ser admitidas sem a necessidade de verificação de interesse jurídico, eis que a participatividade de terceiros teria sido restringida pela legislação com o objetivo de "evitar que se perca o foco da discussão", o que não faria sentido neste tipo de litígios. A ampliação do debate, como exigência metodológica processual dos processos estruturais, faz com que o autor, por exemplo, sugira a importação, ao processo judicial, de uma metodologia de *town meeting.* Cf.: VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 329-383, 2021. p. 358-359. Ferraro também entende que a lógica da coisa julgada é alterada no âmbito dos processos estruturais, em sentido semelhante aos demais exemplos ora fornecidos. Cf.: FERRARO, Marcela Pereira. Do processo bipolar ao processo coletivo-estrutural. Universidade Federal do Paraná, 2015, Dissertação de Mestrado em Direito das Relações Sociais, p. 187.

339 Justamente por não se resumir a mera reconfiguração procedimental que faz sentido tratar autonomamente da característica ora destacada.

340 Por isso, a necessidade de se pensar em métodos de trabalho diferenciados não é mero reflexo da inviabilidade de estipulação prévia de circuitos procedimentais adequados aos processos estruturais, característica tratada no subtópico anterior.

Em última análise, entende-se que, diante da inexistência de correspondência biunívoca, a interação normativa entre necessidades metodológicas diferenciadas e reconfiguração procedimental poderia ser descrita por, ao menos, quatro proposições.

Em primeiro lugar, a aplicação de um esquema metódico diferenciado não se expressa apenas em reconfigurações procedimentais, alterando profundamente o próprio modo de se interpretar cada norma e momento processual. Em segundo lugar, nem toda reconfiguração procedimental expressa um método diferenciado, ou seja, há outras razões que provocam adaptações procedimentais que não se explicam no esquema metódico aplicado. Em terceiro lugar, uma mesma reconfiguração procedimental pode ser produto de diferentes razões (metodológicas e não metodológicas). Por fim, uma mesma morfologia procedimental pode expressar métodos diversos, exibindo, portanto, sentido, lógica ou função diversas.

Por outro lado, destaca-se que, devido à sua maior abstração e caráter conceptivo, a reconstrução de "métodos de trabalho" diferenciados tende a representar um expediente analítico mais profícuo do que o desenvolvimento de circuitos procedimentais específicos, cuja pertinência está intrinsecamente ligada a uma aderência contextual que não pode ser antecipada[341]. Diversamente, os métodos de trabalho podem ser esboçados a partir das características que marcam a interação entre o processo e o litígio a ser resolvido, sem descurar, é claro, da complementação e aprimoramento diante dos casos concretos[342].

Com efeito, a proficuidade do estudo dos métodos de trabalho diferenciados, necessários à condução adequada dos processos estruturais, não dispensa a perscrutação do contexto regulado, o qual oferecerá elementos que complementarão à sua aplicação e abrirão a oportunidade para o seu eventual aprimoramento. O que é objeto de estudo são os aspectos normativos centrais de cada método diferenciado, sendo certo que, em um nível de concretude mais elevado, o problema de aderência contextual também será posto em evidência. No entanto, por força da análise de seus aspectos normativos centrais, o estudo dos métodos de

341 Em nível conceptivo e abstrato, parece difícil sustentar, a nível de circuitos procedimentais, muito mais do que a inviabilidade de sua estipulação prévia, o que decorre da dificuldade contextual e epistêmica, da diversidade de situações jurídicas e necessidades de tutela, do comportamento dos sujeitos interessados e afetados, etc. Observe-se que falar em progressão cíclica e aproveitamento de *standards* procedimentais específicos aproxima-se mais de uma discussão sobre método de trabalho do que de circuitos procedimentais. Para variações processuais baseadas no comportamento dos sujeitos processuais, cf.: ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?. South African Law Journal, v. 122, n. 2, p. 325-351. 2005.

342 E, a partir daí, torna-se possível conjecturar estruturas procedimentais mínimas. Veja-se que a configuração procedimental é projetada a partir dos esquemas metodológicos desenvolvidos, sendo certo que fazê-lo de outra forma exige o aporte das características difusas do contexto regulado.

trabalho entrega um substrato hermenêutico interessante para resolução de eventuais problemas concretos[343].

Conforme já deve ter ficado claro a esta altura, rejeita-se, em princípio, muito mais do que a submissão do processo estrutural aos métodos individualistas tradicionalmente empregados no âmbito do processo civil. Muito além disso, rejeita-se que haja – ou possa haver – um único método de trabalho estrutural, simplesmente porque "nunca poderá existir um método que abrace todas as possibilidades de conhecimento"[344] e o processo estrutural, como vimos, não busca interagir com o contexto subjacente por meio do emprego de esquemas jurídicos abstratos[345], senão a partir do tratamento da realidade sem descurar de sua "caótica complexidade"[346].

Assim, o esforço do jurista que estuda a temática ora analisada não deve estar direcionado ao desenvolvimento de um "supermétodo", que promova a "procedência exógena"[347] e antecipada de prescrições epistêmicas específicas, tendentes a pré-excluir outras opções metodológicas fragmentárias.

Justamente por não esconder sua natureza complexa, o "relato" estrutural depende, para seu tratamento processual adequado, da rejeição de padrões epistêmicos universais, em prol de um pluralismo metodológico fragmentário e não anárquico, orientado por aferições concretas e dinâmicas de adequação comparativa, as quais, por sua vez, dependem, sobremaneira, da teorização dos esquemas metodológicos disponíveis.

343 Na verdade, a sistematização de circuitos procedimentais específicos parece ser mais dependente do estudo de grupos de casos, enquanto os esquemas metodológicos – a despeito de também serem modificados pela prática – pela sua maior abstração, podem ser, em maior medida, antecipados ao estudo de casos. Seja como for, não podemos esquecer que o conhecimento é obtido por meio de um esclarecimento duplo dialético, o que torna essa contraposição mais tênue do que aparenta à primeira vista. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 154-157.

344 ARAÚJO, Victor Costa de. A quebra de paradigmas como forma de construção de conhecimento e (r)evolução: uma análise a partir do "método anárquico" de Feyerabend. Revista Eletrônica de Metodologia UFBA, v. 12, p. 41-58, 2015.

345 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316. 1976.

346 Tratando da visão de Feyerabend, Lordelo destaca que "um ambiente complexo, permeado de elementos surpreendentes e imprevistos, reclama procedimentos igualmente complexos (…) Assim sendo, a história da ciência deve ser concebida como algo complexo, caótico e diversificado, tanto quanto as ideias que encerra". TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães; GOMES, Técio Spínola. Um jantar com Oswald de Andrade e Paul Feyerabend: seria o direito uma refeição viável?. Revista Eletrônica de Metodologia UFBA, v. 12, p. 21-40, 2015. "Procedimento" no trecho citado se refere à prescrições epistêmicas e não a procedimentos no sentido jurídico, adotado nesta dissertação.

347 Criticando a procedência exógena de determinado método científico, cf.: TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães; GOMES, Técio Spínola. Um jantar com Oswald de Andrade e Paul Feyerabend: seria o direito uma refeição viável?. Revista Eletrônica de Metodologia UFBA, v. 12, p. 21-40, 2015.

Explica-se.

O pluralismo metodológico significa que não se deve "sacralizar um único método como meio de se alcançar a resposta para um problema (…) deve[ndo-se] utilizar o método que for mais adequado [à sua solução]"[348]. Essa adequação exige uma comparação entre os métodos disponíveis, aferida concreta e dinamicamente. A aferição concreta não significa que a comparação não possa ser orientada por parâmetros mínimos prévios e, por outro lado, a aferição dinâmica torna os métodos aplicados, em tese, reversíveis, ou seja, substituíveis por outros que se demonstrem mais adaptados ao caso concreto ou às suas modificações ulteriores.

Este pluralismo, ademais, deve ser fragmentário para ser capaz de perceber e oferecer tratamento adequado às dificuldades oriundas do policentrismo, multifocalidade e do desenho do regime jurídico comum. Assim, deve-se preferir uma análise combinatória entre um método cognitivo X, um método participativo Y e um método probatório Z, estruturados por um raciocínio integrativo, do que o desenvolvimento de um supermétodo W que congregue aspectos cognitivos, participativos e probatórios, sem, ao mesmo tempo, abranger as peculiaridades tratadas por X, Y e Z[349].

Em complemento, o pluralismo metodológico fragmentário não deve ser anárquico, seja pela sua aleatoriedade, ilogicidade, subjetivismo, etc. O ideal é que os aspectos normativos essenciais à caracterização de cada método processual estejam disponíveis no momento em que o processo estrutural será conduzido para evitar a internalização de uma verdadeira "anarquia metodológica", a qual, conquanto possa ser útil em outras searas, atenta contra a segurança jurídica, sobretudo no que se refere à controlabilidade intersubjetiva das "escolhas" normativas[350].

---

348 ARAÚJO, Victor Costa de. A quebra de paradigmas como forma de construção de conhecimento e (r)evolução: uma análise a partir do "método anárquico" de Feyerabend. Revista Eletrônica de Metodologia UFBA, v. 12, p. 41-58, 2015.

349 No exemplo, a aplicação de X, Y e Z seria marcada pela alternatividade, ou seja, em vez de X poder-se-ia aplicar B, em vez de Y, poder-se-ia aplicar C, e assim por diante. De outra banda, nada impede que, com o tempo, desenvolvam-se esquemas metodológicos menos fragmentários. No entanto, o risco da totalidade é não perceber as peculiaridades que seriam melhor adereçadas com uma visão mais fragmentária do fenômeno estudado. Por isso, a consolidação de esquemas metodológicos totais deve se dar preferencialmente pela integração de métodos fragmentários sem perder de vista os seus respectivos parâmetros de adequabilidade.

350 Segundo Zaneti Jr. "(…) há que se considerar que o controle intersubjetivo do processo é o elemento central do modelo constitucional de processo. O processo, nesse modelo, portanto, é tido como uma modalidade do discurso prático do caso especial, regrado no tempo e com atos determinados, visando atingir um ato final, com contraditório efetivo e em cooperação objetiva das partes e do juiz. E, por fim, com a possibilidade de controle intersubjetivo das escolhas de fato e de direito", o que se deve à "(…) passagem da noção de convencimento

Ignora, outrossim, que o discurso jurídico é marcado por limitações específicas[351] que retiram da arbitrariedade ou de um "enquadramento sem moldura", o espaço legítimo para enxergar quaisquer ideações inovativas como externalidades positivas. Além disso, os métodos devem ser reconstruíveis a partir de um dado sistema jurídico e não simplesmente pensados em absoluta abstração. Tanto a referibilidade sistêmica, como a disponibilidade dos aspectos essenciais de cada método processual afastam a caracterização do processo estrutural do anarquismo metodológico de Feyerabend[352]. Defende-se, pois, que nem todo pluralismo metodológico precisa ser anárquico.

Diante de tudo isso, entende-se que o processo estrutural é caracterizado pelo apelo a esquemas metodológicos de adequação combinatória fluida, expressão utilizada apenas para sintetizar todas as ideias desenvolvidas neste subtópico. Assim, "esquema metodológico" conjura a fragmentariedade não anárquica dos métodos de trabalho disponíveis e o qualificativo "de adequação combinatória fluida" remete à necessidade de aferições concretas e dinâmicas de adequação comparativa sujeitas a análises combinatórias entre esquemas metodológicos diversos.

---

subjetivo do juízo, filosofia da consciência, para o conhecimento controlável intersubjetivamente, justificado por meio da fundamentação, filosofia da linguagem, ou seja, do convencimento para o juiz, para o convencimento para o processo (endoprocessual, controle intersubjetivo recursal, e extraprocessualmente, pela comunidade jurídica)". Ressalte-se que, na tese construída pelo autor, o reforço à necessidade de controlabilidade intersubjetivo é ainda mais pungente diante de sua adoção do pensamento tópico, o qual prejudica "deduções de longo alcance, porque todas as deduções podem ser interrompidas pelo problema. Essa fraqueza argumentativa do *topoi* é na verdade um reforço da teoria do discurso, destacando-se do problema o argumento por topoi perde força discursiva e deve ser substituído. O julgador deve iniciar novamente a argumentação a partir de uma nova premissa, adaptada ao problema. Esse distanciamento pode ser controlado intersubjetivamente por todos que lidarem com o caso decidido". ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-2.3; 2.10; 2.7.

351 ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 205-213. Para além de concordar, neste ponto, com Alexy, Zaneti Jr. expõe a necessidade primeira de "resgatar o papel do discurso jurídico, rompendo com a facilidade simplificadora da ausência de discurso no paradigma silogista-legalista (lei-fato-decisão). Isso não quer dizer um desvalor da norma como identificadora dos fatos relevantes. Esses discursos podem ser de várias espécies, mas não podem abdicar da pretensão de correção. Deve-se ter bem claro que o discurso jurídico se diferencia do discurso prático geral porque sua liberdade está limitada pelos elementos essenciais que o compõem: a lei, a jurisprudência/precedentes e a dogmática. Especialmente no processo, esse discurso ainda apresenta o elemento limitador especial das regras procedimentais, que ordenam o debate judicial". ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-2.10.

352 FEYERABEND, Paul Karl. Contra o método. Cezar Augusto Mortari (Trad.). São Paulo: UNESP, 2007. p. 292 e ss.

Por fim, devido à necessidade de esquemas metodológicos de adequação combinatória fluida, a inviabilidade de estipulação prévia também caracteriza os métodos de trabalho do processo estrutural. Pelo exposto anteriormente, fica claro o porquê de não haver como fixar *ex ante* o melhor modo de se conceber metodicamente o processo estrutural[353], o que, apenas em reforço, diz respeito à necessidade de aferições concretas e dinâmicas de adequação comparativa[354].

1.4 **A recomposição crítica das características essenciais do processo estrutural**

Consoante antecipado no primeiro tópico deste capítulo, o "caminho" traçado para esta pesquisa se iniciava com a descrição de uma amostra de entendimentos acerca das características essenciais do processo estrutural. Em seguida, seria realizada a decomposição das características estudadas, para fins de analisar individualmente à sua pertinência descritiva em relação ao objeto estudado (processo estrutural). Por fim, com base nos desenvolvimentos argumentativos alcançados, seria empreendida a recomposição crítica das características essenciais do processo estrutural, para fins de garantir uma compreensão aprofundada da categoria.

Os dois primeiros passos foram trilhados. A partir deles, foi possível explorar diversos aspectos controvertidos acerca dos processos estruturais. Além disso, a análise realizada revela o caráter "vivo e pulsante" das pretensões doutrinárias descritivas que se proliferam no cenário nacional acerca dos processos estruturais. Traz a lume, ainda, o quanto a doutrina brasileira avançou em relação às "visões originárias" de Chayes e Fiss, sendo possível observar descrições inovativas independentes e voltadas a pensar o nosso sistema nacional.

Todavia, como todo conhecimento em vias de construção comunitária, os discursos são marcados pela pluralização injustificada de significantes descritivos, desacordos não

353 Isso não significa que a combinação entre esquemas metodológicos não possa ser modelizada por grupos de casos marcados por características semelhantes, o que entrega à "comunidade de trabalho" processual celeridade e ganho de escala na resolução de questões metodológicas, bem como pode orientar, a partir dos pontos relevantes para o desenvolvimento regular do processo estrutural, a discussão e contraditório processual. O mesmo pode ser dito quanto à inviabilidade de estipulação prévia dos circuitos procedimentais adequados.

354 Isso não significa que não possa haver análises direcionadas ao desenvolvimento de esquemas metodológicos, ou voltadas, por exemplo, à parametrização dos raciocínios integrativos necessários à combinação entre esquemas metodológicos. Outra fronteira de estudo, neste mesmo sentido, consiste na parametrização da reversibilidade metodológica, ou seja, da fluidez dos esquemas metodológicos. Como ficará mais claro no capítulo 2, essa dissertação avança, sobretudo, na primeira proposta dessa nota de rodapé.

explicitados e nem sempre dialéticos e, ademais, por algumas inconsistências que permitem aprimoramentos.

É chegada a hora de dar o terceiro passo.

Conforme justificado nas laudas anteriores, o processo estrutural é uma espécie de processo coletivo que versa sobre um estado policêntrico e multifocal de desconformidade estruturada, no qual se pretende a projeção de um instrumento de proteção atípico que formata um regime jurídico programático, comum e revisável.

A decisão estrutural caracteriza-se como gradual, condicionada a oponibilidade do evento em contrário e incidental. Pode ser de certificação ou de implementação (critério de contraposição fásica sem linearidade temporal).

A cognição exercida no processo estrutural caracteriza-se como contínua (sujeita à retenção), resgatável, preponderantemente global e preponderantemente prospectiva. Pode ser classificada de acordo com sua primariedade/secundariedade, judicialidade/extrajudicialidade e caráter preponderantemente certificativo/implementativo.

O "remédio" estrutural pode ser caracterizado como um instrumento de proteção de interesses atípico (método de qualificação processual de interesses) que formata um regime jurídico programático, comum e revisável (à luz da oponibilidade do evento em contrário) que visa a ordenação axiológica e temporal concordante das diversas perspectivas eficaciais, dotadas de inconsistência prática, que integram cada foco de interesse do estado policêntrico de desconformidade estruturada.

O procedimento dos processos estruturais pode ser caracterizado como bifásico (certificação/implementação), bem como marcado pela inviabilidade da estipulação prévia dos circuitos procedimentais adequados, o que enseja a adoção de um arco procedimental flexível, marcado pela necessidade generalizada do emprego de mecanismos processuais atípicos.

A instrução probatória no processo estrutural pode ser caracterizada como contínua, para atender às suas características cognitivas peculiares. A despeito de contínua, é possível identificar, ao menos, três momentos instrutórios distintos no processo estrutural, de acordo com o tipo de racionalidade e vetor temporal empregados. Com efeito, o primeiro momento é marcado por um raciocínio causal-retrospectivo, o segundo por um raciocínio teleológico e o terceiro por um hibridismo causal-teleológico.

Por fim, os métodos de trabalho para condução adequada do processo estrutural podem ser caracterizados pelo apelo a esquemas metodológicos de adequação combinatória fluida e, assim como o procedimento, são marcados pela inviabilidade de estipulação prévia.

Com base nessas proposições, acreditamos ter sido capazes de descrever adequadamente a categoria dos processos estruturais. Entretanto, não basta conhecer as características essenciais do processo estrutural para responder as perguntas que orientam a presente dissertação. É preciso prosseguir e, para tanto, cumpre investigar no que exatamente consiste o experimento jurisdicional de reestruturação.

2. OS EXPERIMENTOS JURISDICIONAIS DE REESTRUTURAÇÃO

2.1 **A indefinição teórica do experimentalismo**

"Experimentar" não é um verbo comum na gramática processual brasileira, ou ao menos, não é um verbo usualmente expresso[355]. À guisa de exemplo, a falha executiva não é tratada como uma etapa de um experimento de satisfação[356]. Nem mesmo a recuperação judicial, cujo escopo é um estado de coisas futuro e incerto, é tratada pela literatura especializada[357] como um experimento de soerguimento empresarial.

Da mesma forma, a declaração ou a constituição de uma situação jurídica, quando sujeitas à revisão *rebus sic stantibus* ou *ceteris paribus*[358], não são tidas como adaptações permanentemente experimentais. Mesmo aqueles que reconhecem que as normas jurídicas estão sujeitas a uma durabilidade meramente tendencial, admitindo-se a existência de uma esfera marginal de alteração sistematicamente autorizada[359], não costumam vislumbrar na certificação da quebra de estabilidade, na mudança necessária, ou no "progresso contínuo, bem dimensionado e consistente do ordenamento jurídico"[360], um ambiente de testagem ou experimentação contínua, cujos efeitos deletérios devem ser equalizados[361].

---

355 A falta de desenvolvimento metodológico dos experimentos jurídicos é apontada, por exemplo, por RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 262-263. Mesmo fora do âmbito jurídico, a equivocidade do termo experimento é apontada pela literatura, como, por exemplo, em ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

356 Apenas a título de exemplo, veja-se DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 11. ed. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2021.

357 Apenas a título de exemplo, não se encontra menção a experimentação nestas searas nos seguintes autores NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas, Falência e Procedimentos concursais administrativos. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020; TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Falência e Recuperação de Empresas. Vol. 3. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2017; MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2018.

358 No que se refere à cláusula *ceteris* paribus, ensina Cabral que a expressão é mais ampla do que *rebus sic standibus*, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019, p. 335.

359 CABRAL, Antonio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 43-52.

360 A expressão é de Kirchhof, conforme menciona ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: em busca da tutela de expectativas legítimas. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 85.

361 Não se vê essa abordagem em CABRAL, Antonio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 43-59; ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: em busca da tutela de expectativas legítimas. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008,

A despeito disso, a doutrina brasileira e estrangeira, que se dedicou ao estudo dos processos estruturais, costuma aludir ao seu caráter experimental, destacando a relevância ou até mesmo a essencialidade de um "método de tentativa e erro"[362]. Seja por força da complexidade, do policentrismo extrajurídico, como um mecanismo de acomodação gradual de um mosaico de interesses conflitantes, ou ainda, como resposta à obstáculos constitucionais e processuais, defende-se uma espécie de experimento jurisdicional de reestruturação[363].

Como características, comumente associadas a esse experimento, costuma-se aludir a algum tipo de variação procedimental que permita recalcitrâncias cognitivas e revisibilidade ampla da decisão estrutural. Frequentemente também se alude à proceduralização, em formato deliberativo, de centros decisórios alternativos para sua condução como característica do que é denominado de "experimentalismo democrático"[364].

Apesar da profusa menção à experimentalidade nos processos estruturais, não se esclarece, com precisão mínima, o que exatamente são os experimentos jurisdicionais de reestruturação. A ausência de entendimento sobre o que está sendo experimentado, ou ainda do que significa experimentar, obnubila a discussão acerca de sua conformação normativa e impede o seu tratamento sistêmico adequado.

Neste cenário, conduzir um experimento jurisdicional significa operá-lo "no escuro", sem saber os seus pressupostos normativos, a sua estrutura ou requisitos normativos mínimos, os seus referenciais teleológico e categórico-sistêmico, o que pode interferir e (de que modo) na sua continuidade, como funciona (ou pode funcionar) a sua implementação processual,

---

p. 64-75, 189-195.; ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 595-598.

362 Apenas a título de exemplo, VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 165 e ss., MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 26, 101, 168, 171.; VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 123, nota de rodapé 75; PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation Litigation. Vanderbilt Law Review, v. 70, n. 1, p. 167-220, 2017, dentre outros.

363 Essa será a expressão adotada nesta dissertação.

364 Como, por exemplo, SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004., PASCUAL, Gabriel Doménech. Descentralización administrativa y experimentalismo democrático. Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n. 52/53, p. 43-67, 2005.

bem como quais são as alternativas disponíveis aos jurisdicionados. Principalmente, não se consegue antever quais são os seus limites normativos[365].

Observe-se que nenhuma das características gerais comumente associadas ao experimentalismo oferece substratos para colmatar as lacunas teóricas acima sintetizadas. Sugerir a revisibilidade ampla da decisão estrutural, a sua provisoriedade ou a proceduralização da condução do experimento não é suficiente, pois, para avançar na matéria.

O presente capítulo pretende dar o primeiro passo para alterar esse panorama deficitário. Para tanto, buscar-se-á investigar e descrever os lineamentos gerais dos experimentos jurídicos, como categoria normativa que informará a análise dos experimentos jurisdicionais de reestruturação.

O estudo dos experimentos jurídicos e de suas características escancara não apenas as deficiências que vicejam às difusas percepções do experimentalismo nos processos estruturais, como também o problema de um pensamento jurídico desacompanhado de uma categoria normativa adequada[366].

Veja-se que a doutrina dos processos estruturais tem analisado diversos pontos que integram os experimentos jurídicos sem se referir a categoria, ou cotejar as diferenças de pensá-los quando associados a outros institutos como as normas revisáveis, por exemplo. Vale dizer: o pensamento atomizado, sem uma base normativa sistematizante, tem produzido efeitos teóricos negativos que precisam ser solucionados.

A compreensão do que são os experimentos jurídicos também permite reposicionar dogmaticamente a tão difundida proposta do "experimentalismo democrático", teoria que constitui praticamente uma dependência de caminho na doutrina brasileira[367]. Permite, ainda,

365 A associação da falta de parâmetros normativos com o exercício de funções de modo arbitrário é apontada, por exemplo, por STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. The Georgetown Law Journal, v. 79, p. 1355-1446, 1991.

366 As categorias normativas oferecem um referencial de adequação e ordenação sistemática, cf.: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 154-167.

367 Sem pretensão de esgotamento, cf.: VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 161-166; MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 161-167; PORFIRO, Camila. Litígios Estruturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 74-75 (a autora associa a intervenção experimental ao experimentalismo democrático, no entanto, não defende este modelo para o Brasil); DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional. Curitiba: Juruá. 1. ed. 2019. p. 140-149; COTA, Samuel Paiva. Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. 2019. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito)

questionar se, de fato, a proposta doutrinária abrange os experimentos jurisdicionais de reestruturação, abrindo o caminho para reflexões mais profundas acerca de suas premissas e de seus condicionamentos.

O primeiro passo consiste em explicar dois aspectos da análise proposta. Em primeiro lugar, será exposto o caminho teórico que se traçou para abordar o problema da regulação prospectiva no exercício da função jurisdicional. Em segundo lugar, será justificada a opção pela nomenclatura "experimento jurídico" e o que ela representa teoricamente para a abordagem desenvolvida.

2.2 **Por que "experimento jurídico"?**

Navega-se, neste capítulo, pelos "mares" da regulação prospectiva. Isso significa dizer que os esforços analíticos não estão direcionados a perquirição da solução normativa adequada a um conflito de expectativas de incidência normativa referíveis a um suporte normativo variante vigente à época. Não se direciona, ainda, a solucionar problemas relacionados a suportes normativos repetitivos ou poderes reiteráveis, nem mesmo enfoca a problemática da regulação de relações jurídicas continuativas[368].

As questões relacionados à regulação prospectiva não são tradicionalmente abordadas sob a ótica do exercício da função jurisdicional[369], restringindo-se à análise da produção normativa legiferante e administrativa regulatória[370]. Em contraste, conforme defendido no

– Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019. p. 70-71. GALDI, João Manoel Andrade Maciel da Silva Campos. Técnicas de implementação de decisões estruturais. 2018. 112 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2018. p. 86 e ss, dentre outros. Percebeu a diferença Vitorelli em VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p.123, nota de rodapé 75. Sobre as dependências de caminho no direito, cf.: AHDIEH, Robert B.. Between Dialogue and Decree: international review of national courts. New York University Law Review, v. 79, n. 1, p. 2029-2163, dez. 2004.

368 Com acerto, Cabral distingue as relações sucessivas e continuativas do tema das regulações prospectivas no Judiciário, estas mais relacionadas a condenações para o futuro e a decisões condicionais. Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 414-415.

369 Tradicionalmente, não se admite que o Judiciário possa exarar regulações prospectivas, como explica CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 592. Percebe-se, contudo, uma clara aproximação entre os problemas que são tratados pelos processos estruturais e aqueles que são objeto de regulação, por meio de outros atos normativos com perspectiva orientada ao futuro. Um exemplo na doutrina norte-americana diz respeito à discussão acerca da terminação programada (*sunset clauses*) das decisões estruturais de implementação. Cf.: PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation Litigation. Vanderbilt Law Review, v. 70, n. 1, p. 167-220, 2017 e GERSEN, Jacob E. Temporary legislation. The University Of Chicago Law Review, v. 74, p. 247-298, 2007.

370 Veja-se, por exemplo, a tese de Ranchordás, que apesar de expor na nota 968, que, em tese, o termo "*regulation*" abrange "*rulemaking*" não enfoca, em sua análise, a projeção de experimentos jurisdicionais. É

capítulo antecedente, os processos estruturais lidam com uma perspectiva regulatória eminentemente prospectiva[371].

Em especial, a reestruturação experimental de um estado de desconformidade sem dúvidas revela um modo de atuação orientado ao futuro, em que se perquire a resposta a indagação de como é possível mudá-lo de modo a alcançar um regime axiologicamente adequado ao nosso ordenamento jurídico[372]. Assim, embora haja resquícios de atuação orientada ao passado no processo estrutural[373], as questões relacionadas ao experimento de reestruturação certamente localizam-se entre aquelas vocacionadas a atuar prospectivamente.

A partir deste desencontro de abordagem analítica (não jurisdicional) e necessidade teórica (regulação prospectiva de caráter jurisdicional), a pergunta que surge é a seguinte: como (re)construir uma categoria normativa sistêmica para orientar os experimentos jurisdicionais de reestruturação se as abordagens analíticas disponíveis costumam limitar o estudo da prospectividade ao exercício de outras funções estatais[374]?

---

claro que essa ausência talvez seja um reflexo de sua perspectiva legicêntrica que fica evidente no enfoque dado ao controle das delegações legislativas à projeção de experimentos ao Executivo. RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 275.

371 As diferenças entre uma regulação prospectiva e uma regulação retrospectiva com efeitos prospectivos será destacada infra.

372 Vale ressaltar que o modo de atuação orientado ao futuro não necessariamente corresponde à projeção de uma regulação prospectiva. É só pensar que a preocupação com a definição da *ratio decidendi* de precedentes ou com a sua superação engloba um modo de atuação orientado ao futuro. Todavia, não há, neste caso, regulação prospectiva. Há uma redução de variância normativa que orienta comportamentos a partir de uma limitação interna ao exercício da função jurisdicional. Por conseguinte, embora toda regulação prospectiva surja de um modo de atuação orientado ao futuro, não é este que indica aquele. No âmbito dos processos estruturais, entendemos que é a projeção de um regime jurídico comum que revela o caráter prospectivo da regulação projetada pelo Judiciário. Relacionando a ideia de precedentes vinculantes à limitações internas ao exercício da função jurisdicional, cf.: ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 616-617. Sem embargo, cumpre asseverar que, por se tratar de uma limitação interna ao exercício da função jurisdicional, entendemos que os precedentes também podem (devem) se prestar ao papel de reduzir alternativas regulatórias, já no contexto de regulações prospectivas encetadas pelo Judiciário no âmbito de qualquer processo. Neste caso, a vinculatividade do precedente representaria uma força de retrospecção derivada no cerne da aptidão de prospecção regulatória jurisdicional, a qual, por certo, não se confunde com as limitações inerentes ao exercício de outras funções estatais.

373 Como se observa em VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 349-351.

374 Ressalte-se, todavia, que na doutrina estadunidense encontram-se artigos defendendo a experimentação jurisdicional, notadamente no âmbito de normas processuais e de administração judiciária. Neste sentido, cf.: SINNAR, Shirin. Procedural experimentation and national security in the courts. California Law Review, Califórnia, v. 106, n. 4, p. 991-1060, ago. 2018; LAMMON, Bryan. Rules, Standards, and Experimentation in Appellate Jurisdiction. Ohio State Law Journal. v. 74, p. 423-461, 2013; FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. Lammon, por exemplo, afirma expressamente que "(…) experimentation need not be a solely legislative phenomenon; judges can also experiment". A discussão norte-americana, contudo, não vem, normalmente,

Dois caminhos parecem possíveis: ou formular *ex novo* uma teoria, que compreenda de forma autônoma e específica os mecanismos de regulação prospectiva de caráter jurisdicional, ou analisar a compatibilidade ou adaptabilidade de algum mecanismo de regulação prospectiva, estudado sob a ótica legiferante e/ou administrativa, para o exercício da função jurisdicional[375].

O caminho que se afigura mais adequado, para os fins dessa dissertação, é o segundo. Com efeito, a formulação de uma teoria autônoma e específica de mecanismos de regulação prospectiva jurisdicional exorbitaria o escopo dessa dissertação, limitada ao mecanismo experimentalista empregado nos processos estruturais.

Note-se, ainda, que a pretensão de autonomização e especificidade dos mecanismos de regulação prospectiva jurisdicionais exigiria uma série de desvios analíticos adicionais para compensar a não aproveitabilidade dos parâmetros disponíveis para outras funções estatais. Apenas a título de exemplo, uma tal abordagem teórica envolveria uma revisão prévia das características normativas que especificam e autonomizam a função jurisdicional em cotejo com as demais funções estatais, para, em seguida, relacionar aos mecanismos regulatórios disponíveis ao exercício da atividade judicante[376].

---

acompanhada de fundamentos normativos claros, baseando-se, no mais das vezes, numa ideia de independência judiciária associada a argumentos pragmáticos e/ou consequencialistas. O próprio estudo de Lammon suscita algumas imprecisões que ainda serão comentadas em nota infra. Além disso, não se pode olvidar, que a projeção jurisdicional de normas processuais, naquele país, adquire contornos que não se coadunam perfeitamente com o nosso ordenamento. A título de exemplo, o Judiciário pode formular *rules of procedure* – que não se confundem com normas processuais oriundas de *statutes* – bem como pode criar variações normativas através de decisões, sujeitas, dependendo do caso, ao *stare decisis*. Para além dos artigos citados, cf.: LEVIN, A. Leo; AMSTERDAM, Anthony G. Legistative control over judicial rule-making: a problem in constitutional revision. University of Pennsylvania Law Review. v. 107, p. 1-42, nov/1958. De outra banda, conquanto a projeção jurisdicional de experimentos em matéria processual ou de administração judiciária tenha a sua importância no âmbito dos processos estruturais, ela não necessariamente abrange experimentos de reestruturação, conforme ficará claro infra.

375 Observe-se que caso se adote o segundo caminho e se conclua que o mecanismo regulatório prospectivo pode ser adaptado ao exercício da função jurisdicional – ou seja, não é simplesmente transplantável para a lógica jurisdicional – as fronteiras entre o primeiro caminho e o segundo caminho tornam-se turvas, não tão claramente distinguíveis. Os pontos de partida seriam distintos, mas os pontos de chegada seriam contrastáveis tendo em vista que ambas as correntes teriam pretensões sistêmicas de exclusividade funcional. Seria, inclusive, possível (não necessariamente provável) que os pontos de chegada fossem semelhantes ou quiça idênticos. Quanto maior a coerência do sistema jurídico que estrutura o raciocínio empregado maior a tendência de que os pontos de chegada sejam semelhantes ou idênticos. Sobre a pluralidade de caminhos sistemicamente admissíveis, cf.: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 90-91; 154-157; 188-190. Sobre o parâmetro de coerência exposto, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 369-370.

376 Isso provavelmente envolveria a revisão prévia dos mecanismos regulatórios retrospectivos, tendo em vista a sua predominância tradicional no exercício da função jurisdicional. Somente a partir da revisão prévia dos mecanismos regulatórios retrospectivos parece possível defender a sua não exclusividade, ainda que

Afigura-se mais razoável inferir a compatibilidade abstrata dos mecanismos regulatórios prospectivos com a função jurisdicional a partir da admissibilidade, doutrinariamente dominante, dos processos estruturais em nosso ordenamento, nos quais, como já destacado, adota-se um modo de atuação eminentemente prospectivo[377].

Com base nisso, torna-se possível analisar, desde logo, um mecanismo regulatório prospectivo específico para, em seguida, compulsar a sua compatibilidade ou adaptabilidade ao exercício da função jurisdicional[378]. Uma das principais vantagens deste caminho analítico é que se permite a aproveitabilidade direta de pontos sistêmicos já teorizados, cuja convergência pode ser analisada de modo pontual, evitando desvios analíticos desnecessários para esta finalidade e, ao mesmo tempo, permitindo um grau de coerência sistêmica razoável.

Observe-se, no entanto, que o prosseguimento pela segunda via analítica ora descrita pode se dar, em tese, sem prejuízo de eventual desenvolvimento ulterior de uma teoria própria e mais ampla de mecanismos regulatórios prospectivos jurisdicionais, cujos espólios serviriam ao propósito de aperfeiçoar o juízo de convergência formulado nesta sede.

Neste caminhar de ideias, como já adiantado no tópico anterior, este capítulo descreverá a categoria normativa dos "experimentos jurídicos", os quais também costumam ser tratados pela doutrina em geral de "experimentos legislativos" ou "experimentos regulatórios", quando incluem intervenções experimentais administrativas[379].

A opção pela nomenclatura "experimento jurídico"[380] não foi aleatória. Trata-se de uma recondução sistêmica da categoria ao seu aspecto objetivo comum. Com efeito, a terminologia empregada expressa o entendimento de que a categoria normativa em tela é orientada pelo processo de experimentação em si (aspecto objetivo) e não por quem conduz o

---

eventualmente se reconheça a sua preferencialidade ou a residualidade/subsidiariedade/adequabilidade de mecanismos regulatórios diversos. Em seguida, seria (ainda) necessário revisar a própria noção de regulação prospectiva, de modo a reconstruir as implicações sistêmicas justapostas entre as características especializantes da função jurisdicional, a não exclusividade dos mecanismos regulatórios retrospectivos e a residualidade/subsidiariedade/adequabilidade específica dos mecanismos regulatórios prospectivos. Somente então seria possível analisar a experimentação jurisdicional.

377 Frise-se, novamente, que existem modos de atuação orientados ao futuro que não dizem respeito à regulação prospectiva.

378 Até porque a admissibilidade de "algum" âmbito de atuação prospectiva não permite a inferência de que se admita "qualquer" mecanismo de regulação prospectiva. As questões não se confundem.

379 Por exemplo, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

380 Trata-se da expressão utilizada por PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004, embora o autor também adote a expressão experimento regulatório.

experimento (aspecto subjetivo), seja a Administração, o Judiciário, o Legislador, as unidades federativas ou o indivíduo[381].

Em outras palavras, entende-se que a menção a experimento legislativo ou regulatório, na verdade, representa uma espécie subjetiva de experimento jurídico (categoria objetiva), sem perder de vista que a fixação de um sujeito condutor do experimento adiciona condicionamentos normativos específicos que devem ser estudados[382].

Admite-se, pois, que é teoricamente possível reduzir o estudo dos experimentos jurídicos aos seus aspectos objetivos para depois introduzir outros aspectos normativos específicos. A partir desse expediente analítico, pode-se segregar logicamente o estudo da categoria normativa do estudo da possibilidade de sua aplicação por determinado sujeito condutor[383].

Destaque-se, todavia, que as eventuais referências a processos legislativos ou de regulação administrativa explicam-se pelo fato de que a categoria normativa dos experimentos jurídicos normalmente é pensada com base em sua condução pelo Legislativo e pelo Executivo.

Contudo, antes de iniciar a descrição dos experimentos jurídicos, cumpre trazer à baila uma corrente de pensamento que pode ensejar a sua descaracterização como categoria normativa autônoma. A partir de sua rejeição, será possível verificar que o mecanismo regulatório experimentalista não se resume à percepção do problema do frustro de prognóstico.

---

381 Como ficará claro ao longo do capítulo, não entendemos que um experimento jurídico possa ser conduzido apenas pelas instâncias estatais. O experimento jurídico também pode funcionar como mecanismo regulatório privado interessante para âmbitos de incerteza e riscos elevados.

382 Pense-se na amplitude do *contrario actus* legiferante comparado com o *contrario actus* jurisdicional para verificar que os condicionamentos normativos do experimento em cada seara não são os mesmos. Da mesma forma, embora se concorde com a relevância de se racionalizar os processos legislativos, o dever de fundamentação adequada foi imposto ao Judiciário (art. 93, IX, da CRFB/88), o que pode significar uma referibilidade resquicial à força legitimante da outorga de mandato eleitoral como "suficiente" para produzir atos normativos gerais e abstratos. Em suma, os condicionamentos normativos ao experimento jurisdicional e ao experimento legiferante não são os mesmos, porque os processos de criação normativa não estão sujeitos aos mesmos princípios e regras.

383 A segregação do aspecto subjetivo dos experimentos jurídicos poderia ter sido relevante, por exemplo, ao estudo de Ranchordás sobre delegação no âmbito do processo de experimentação. Caso se entenda que o experimento é legislativo, contudo, delegado à Administração como centro cognitivo mais adequado, os condicionamentos normativos impostos certamente não coincidem com a análise de um experimento administrativo, cuja interação com a legalidade (ou com a constitucionalidade) é outra. RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 274-291.

2.3 **Rejeição a acepção ampla de experimentalismo ínsito ao fenômeno legal**

Já se defendeu que todas as leis apresentariam um componente experimental, tendo em vista que representariam uma "aposta no futuro" (*pari ur l'avenir"*)[384], de modo que nunca se saberia com certeza absoluta quais serão os seus efeitos reais[385]. Se os seus objetivos não fossem alcançados, a sua permanência no ordenamento jurídico seria "questionada"[386] a partir do *contrario actus* revocatório[387].

Sob esta acepção ampla, não se poderia falar em uma categoria normativa de experimentos jurídicos, mas de um elemento normativo ínsito a qualquer fenômeno legal[388] que, no máximo, induziria a discussão acerca da (im)pertinência implícita do *contrario actus,* em face da averiguação superveniente da inefetividade da norma no contexto regulado.

Ainda que se revestisse de uma estrutura deontológica (e não meramente descritiva) a suposta pertinência implícita do *contrario actus* legiferante, com base em um ideal de racionalização do processo legislativo[389], a relevância do elemento normativo experimental seria errática e meramente marginal. Isso porque, de acordo com essa acepção ampla, não se sabe exatamente quando, de que modo, com base em quais critérios e com que grau de vinculatividade a suposta averiguação superveniente de inefetividade ocorreria.

A ideia de um elemento normativo experimental em toda e qualquer lei ou regulação prospectiva não informa, ademais, absolutamente nada acerca do modo com que as razões adicionadas pela averiguação superveniente (também amorfa) seriam incorporadas aos debates acerca da substituição – mais do que mera revogação – do ato normativo inefetivo. Tampouco informa em que momento temporal a indução do debate legislativo revocatório deveria ocorrer.

---

384 CHEVALLIER, Jacques. Les lois experimentales. In: BOURCIER, Danièle; THOMASSET, Claude. L'écriture du droit: legislation et technologie de l'information. Paris: Éditions Diderot, 1996. p. 167-203.

385 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. O autor indica que essa é a posição de Noll.

386 CHEVALLIER, Jacques. Les lois experimentales. In: BOURCIER, Danièle; THOMASSET, Claude. L'écriture du droit: legislation et technologie de l'information. Paris: Éditions Diderot, 1996. p. 167-203.

387 CHEVALLIER, Jacques. Les lois experimentales. In: BOURCIER, Danièle; THOMASSET, Claude. L'écriture du droit: legislation et technologie de l'information. Paris: Éditions Diderot, 1996. p. 167-203.

388 A posição também é lembrada em KÖNIG, Klaus. Sobre la evaluación de los programas estatales. Documentación Administrativa, n. 218-219, p. 413-428, 1 jun. 1989.

389 O ideal de racionalização do processo legislativo esteve subjacente ao desenvolvimento da ideia de experimentalismo jurídico, como rememora RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 89-90.

Além disso, vale lembrar que o *contrario actus* legiferante pode ocorrer pelos mais amplos motivos[390], desde que observado o processo legislativo. Dessa forma, considerando o caráter amorfo da averiguação superveniente, da vinculatividade conteudística racional e da determinação temporal do debate, aspectos não tratados pelo suposto elemento normativo experimental, parece claro que, ao menos para fins de induzir o *contrario actus*, o suposto caráter experimental do fenômeno legal não introduz um controle útil ou eficiente para se desincumbir de seu próprio *telos* normativo[391].

Por outro lado, insta salientar que nem toda lei é marcada pela generalidade e abstração que poderia tornar, em tese, adequada a alusão a um suposto elemento normativo experimental. Por exemplo, existem leis concretas, que não ensejam suportes normativos reiteráveis no tempo, as quais dificilmente se adequariam a descrição anteriormente enunciada. Nestes casos, ainda que uma lei concreta semelhante superveniente adote um conteúdo regulatório distinto, "reagindo" racionalmente a inefetividade de uma lei concreta anterior, não há *contrario actus* e seguem mantidos os amorfismos destacados.

Em complemento, existem leis predominantemente simbólicas[392], representativas de fortes inclinações políticas ou predominantemente morais que, desde que se insiram dentro da

390 FLAHERTY, Martin S. The Most Dangerous Branch. The Yale Law Journal, v. 105, p. 1725-1839, 1996. Para alguns autores, seria preciso, todavia, observar o limite da proibição do retrocesso. Cf.: SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, p. 111-132, 1999.

391 Sob o prisma de controle de efetividade e de atualidade, pense-se, por exemplo, no controle jurisdicional da obsolescência legal proposto por CALABRESI, Guido. A Common Law for the Age of Statutes. Cambridge: Harvard University Press, 1982. p. 106-ss. Ainda que possa se questionar se a função jurisdicional engloba o controle da obsolescência de atos normativos legais, certo é que o arquétipo proposto pelo autor norte-americano, pelo menos, é operativo, desempenhando a sua função.

392 Questionando, de forma mais ampla, a pressuposição de que o fenômeno legiferante pode ser pensado sob uma ótica exclusivamente racionalista, cf.: "In other words, this approach is based on the assumption that legislation is a rational activity that is aimed at realising specific purposes or goals, at achieving specific results in the social reality. This assumption may be questioned. It is only partly accurate. Not all legislation has an instrumental character; or, at least, the instrumental character of legislation is not always predominant. It is, for example, likely to be more important in the field of public law than in the field of private law. Furthermore, in some cases, legislation may be seen more realistically as the expression of political constraints rather than as an attempt to solve a problem by changing the behaviour of those to whom it is addressed. It may sometimes be seen, also, as a more or less fortuitous result of political debate and compromise rather than as a rational effort to bring about social change. It may be seen, finally, as a symbolic act without any real ambition to produce practical results. Symbolic in the sense that its main function can be to express the political authorities' awareness of a problem, their willingness to share public preoccupations, an expression that they are concerned and feel the need to show that the situationis under control. In this sense, the instrumental, rational view of legislation underlying the methodical approach has only a partial validity". MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001. p. 122.

moldura constitucional, desempenham funções que não necessariamente se respaldam na realidade concreta e que nem por isso estariam sujeitas a revogação pela sua inefetividade[393].

Portanto, a alusão a um elemento normativo experimental ínsito ao fenômeno legal é sobremaneira imprecisa, na medida em que exagera na abrangência objetiva da inerência elementar e imprime uma razão pouco controlável e pouco efetiva de questionabilidade de atos normativos inefetivos[394].

Muito antes de retratar um "elemento experimental", a acepção ampla analisada, na verdade, expressa a proposição de que toda intervenção regulatória prospectiva, que pretende alterar a realidade subjacente para solucionar um determinado problema social (contexto regulado), deve ser orientada, dentre outras coisas, por um prognóstico positivo de efetividade.

Além disso, a averiguabilidade *ex post* de inefetividade rejeita uma descrição do fenômeno regulativo que se esgota no momento de edição do ato normativo, a qual poderia decorrer de uma visão dogmática de vigência indeterminada ou perenidade normativa, baseando-se na abstração temporal do contexto regulado. A negação descritiva advém justamente do elemento prognóstico do processo de criação normativa, razão pela qual se pode dizer que a acepção ora abordada reconhece o problema do frustro de prognóstico, em que nem sempre o que foi previsto, efetivamente se converte em realidade.

Em outras palavras, a suposta experimentalidade ínsita ao fenômeno legal na verdade enfoca a existência de um vínculo entre dois momentos temporais de criação normativa que é traçado a partir do raciocínio eminentemente prognóstico que seria ínsito a toda regulação prospectiva.

Neste diapasão, a acepção ora abordada se insere num movimento que postulava o aumento de qualidade regulativa a partir da racionalização do processo legislativo[395].

---

393 Pense-se em uma lei municipal que nomeia determinado logradouro público em homenagem a figura histórica de importante representatividade cultural. Neste caso, indaga-se: qual seria o experimento que estaria sendo conduzido pelo legislador municipal? A resposta é clara: nenhum.

394 A mera racionalização do processo legiferante não conduz a uma legislação "sujeita a prova", ou a uma legislação "sujeita a julgamento", nas expressões usada por CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

395 O estudo dos experimentos jurídicos insere-se neste mesmo movimento teórico, conforme destaca MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001.

Enquanto a efetividade seria um objetivo inerente ao aumento de qualidade, o enfoque prognóstico decorreria da análise descritiva do raciocínio empregado no processo legislativo.

Em conclusão, no cerne da acepção ora analisada não se encontrava propriamente a defesa de um experimentalismo ínsito ao fenômeno legal, mas sim a negação de uma representação estática dos processos legislativos, a partir do reconhecimento do elemento prognóstico que marca o raciocínio inerente a qualquer regulação prospectiva. O vínculo temporal descrito não é, pois, experimental, mas sim prognóstico.

Perceba-se, todavia, que, devido aos amorfismos anteriormente destacados, a negação de uma representação estática dos processos legislativos, a partir do reconhecimento do problema do frustro de prognóstico, não entrega um arquétipo normativo tendente ao controle e tratamento do frustro de prognóstico em si. Tampouco parece suficiente para negar uma representação estática das próprias relações sociais, de modo a incorporar a sucessividade dinâmica de eventos fáticos, normativos e sociais em constante processo de transformação e alteração[396].

Sem compreender a pertinência dos processos de transformação e alteração dinâmicos e complexos dos contextos regulados, não se percebe a espécie de engenharia normativa autorreferente que está por detrás do mecanismo regulatório experimental. Como será demonstrado a seguir, se a percepção do elemento prognóstico dos processos de regulação prospectiva já revela o equívoco da abstração temporal do contexto regulado, a dinâmica normativa unificante que é produzida como resultado da implementação de um (verdadeiro) experimento jurídico supera os limites da mera referência ao tipo de raciocínio (prognóstico) empregado nesses processos (regulação prospectiva).

2.4 **Entendendo a dinâmica normativa dos experimentos jurídicos**

2.4.1 Uma lógica processual deficiente: o experimento como resposta à dicotomia entre improvisações acríticas e imobilismos cognitivistas

396 Sobre essas mudanças, cf.: SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Contextualizing regimes: institutionalization as a response to the limits of interpretation and policy engineering. Michigan Law Review, v. 110, p. 1265-1309, 22 mar. 2012; CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 358-360.

A acepção de experimento jurídico, adotada nesta sede, posiciona-lhe dogmaticamente como, antes de mais nada, uma espécie de mecanismo regulatório temporário[397], ao lado, portanto, de outros institutos como as leis excepcionais e temporárias[398], normas revisáveis (*review clauses)*[399], normas de terminação programada (*sunset clauses*)[400]*,* dentre outras.

A norma experimental não é, portanto, a princípio, estruturada para viger indeterminadamente[401]. A razão para tanto é que o elemento prognóstico do experimento jurídico, diversamente daquele empregado em normas permanentes ou de vigência indeterminada, exterioriza a consciência das limitações cognitivas de seu centro decisório emissor[402].

Em outras palavras, a escolha por uma intervenção experimentalista, em um determinado contexto regulado, rejeita a superlativação de recursos cognitivos (bases

397 Grande parte da doutrina pesquisada posiciona o experimento jurídico como uma espécie de mecanismo regulatório temporário. Sem pretensão de esgotamento, cf.: MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001; VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011; RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013; CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003; GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014, dentre outros.

398 Ensina Bitencourt que "as leis excepcionais e temporárias são leis que vigem por período predeterminado, pois nascem com a finalidade de regular circunstâncias transitórias especiais que, em situação normal, seriam desnecessárias. Leis temporárias são aquelas cuja vigência vem previamente fixada pelo legislador, e são leis excepcionais as que vigem durante situações de emergência". (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 224). No direito penal brasileiro, há discussão doutrinária acerca da (in)constitucionalidade da ultratividade maléfica das leis excepcionais ou temporárias, prevalecendo, na jurisprudência, a sua constitucionalidade*,* No sentido da inconstitucionalidade, cf.: BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. Direito penal brasileiro, v. 1, p. 217.

399 Diferenciando as review clauses, cf.: RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 71-72.

400 Para CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003, as normas de terminação programada, conquanto distintas, congregam as características fundamentais das normas experimentais europeias.

401 Diz-se "a princípio", pois, para a maioria dos autores, as normas experimentais constituem um mecanismo regulatório temporário que aspira à permanência ou à perenidade. Neste sentido, "The basic distinction between sunset clauses and experimental legislation is the aspiration to permanence: the former does not have it; the latter is a preliminary step towards it*"* RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014., p. 73.

402 É preciso admitir que não se sabe para entender a adequação do experimento jurídico. Sobre o ponto, PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

informativa, teoréticas e jurídicas[403]) disponíveis no momento da tomada de decisão. Nestas condições, uma tomada de decisão não experimental representaria, diante da falta de recursos cognitivos suficientes, uma "improvisação acrítica"[404], escamoteada por detrás de um manto autojustificante[405], providenciado pelo ideal perenizante advindo do modelo de vigência indeterminada[406].

O problema da improvisação acrítica é que, para além de eventualmente revelar precipitação e falha prognóstica, representa a escolha, a princípio arbitrária[407], pela

403 A insuficiência do discurso normativo para melhor regular problemas em ambiências de elevada incerteza é tratada adequadamente por SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as Catalysts: rethinking the judicial role in new governance. Columbia Journal Of European Law, v. 13, p. 565-591, abr. 2007, SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Contextualizing regimes: institutionalization as a response to the limits of interpretation and policy engineering. Michigan Law Review, v. 110, p. 1265-1309, 22 mar. 2012.

404 Popper descreve esse fenômeno em termos ligeiramente distintos. O engenheiro utópico, ao buscar regular realidades complexas de uma vez só e em grande escala (de forma holística) está fadado a recorrer a improvisações fragmentárias para corrigir as repercussões não antecipadas de suas escolhas pretéritas e intermédias. Diversamente, aqui estamos dizendo que o processo de criação normativa, conduzido sem parâmetros acauteladores, experimentais ou temporários, apesar da falta de informações suficientes para garantir um prognóstico positivo razoável, já representa em si o exercício de uma engenharia social marcada pela improvisação acrítica. Observe-se que nem todo processo de criação normativa é conduzido com elementos insuficientes para suportar um prognóstico positivo razoável e que o experimento jurídico é um modo de lidar com esse problema e não o único. Seja como for, a decisão inicial, nessas condições, ainda que não seja ampla, mas sim fragmentária, já pode ser caracterizada, em nosso sentir, como improvisada. POPPER, Karl. A miséria do historicismo. Tradução de Octany S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Edusp, 1980. p. 40-48.

405 As normas de vigência indeterminadas são vistas como modelos ideais por produzirem estados de maior segurança jurídica, na medida em que perenidade traduzir-se-ia como constância e invariância normativa, e maior isonomia, tendo em vista que todos os sujeitos de direito alcançados pelo seu conteúdo regulatório seriam regidos pela mesma norma independentemente do momento temporal em que o seu suporte fático seja realizado. No entanto, essa lógica reproduz uma atemporalidade das relações sociais, desprezando a necessidade de readequação do tempo de reação estatal à sua conformação cambiante. Percebendo que o padrão de abordagem estatal atual deve abranger a equalização do tempo de reação estatal às mudanças sociais, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 35-39. Por outro lado, a preferência pela produção de normas de vigência indeterminada em todos os contextos é questionada por Ranchordás que defende que mecanismos regulatórios permanentes e temporários devem ser utilizados de acordo com a sua adequação. RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 254-262. A adequação de mecanismos regulatórios temporários dependendo do contexto também é destacada em GERSEN, Jacob E. Temporary legislation. The University Of Chicago Law Review, v. 74, p. 247-298, 2007. Vale conferir, ainda, a relação de um modelo de produção normativa de vigência indeterminada com o ideal rousseaniano de lei, de fato, imunizado pela legitimação autojustificante da posição do legislador. Cf.: CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

406 Naquela perspectiva de abstração temporal que foi descrita no tópico antecedente. A necessidade de repensar os fundamentos da lei para admitir à sua crítica, o direito ao julgamento, ou sua colocação à prova, é discutida em CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

407 A redução da arbitrariedade é indicada por VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011 como uma das vantagens do modelo regulatório experimentalista.

"irreflexão" daquele que "não está disposto a aprender pela experiência [e] pelos erros cometidos"[408].

Não raro, para escapar da responsividade política, o agente ou centro decisório retroalimenta a justificação da norma produzida por meio de esquemas argumentativos não orientados à resolução de problemas, ou baseados em imprecisões sem respaldo empírico, aproveitando-se da ausência, neste ponto, deliberada, de mecanismos de supervisão dos efeitos da regulação adotada[409].

Devido a não institucionalização de instrumentos de supervisão e avaliação, reduz-se a transparência[410] e dificulta-se a contestabilidade[411] da norma produzida que continua a viger até o momento em que as pressões políticas[412] intensificam-se ao ponto de induzir o processo de revogação ou substituição do conteúdo regulatório[413].

O *contrario actus,* conquanto referível ao ato normativo anterior, dificilmente é referenciado como produto de um controle avaliativo do prognóstico de efetividade desenvolvido no âmbito do processo de criação normativa anterior, considerando a abstração do produto normativo do processo que lhe antecedeu e os amorfismos já destacados no tópico anterior.

---

408 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

409 O *lobby* de grupos de interesse em prol de legislações permanentes buscam explorar esse efeito de entrincheiramento normativo. Cf.: GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014.

410 A supervisão permite a produção de informações que devem ser incorporadas no processo de revisibilidade da norma experimental. A ausência de mecanismos de supervisão exige a consolidação de experiências difusas e anedóticas e costuma reduzir o debate a abstrações teóricas e políticas que nem sempre tem relação de pertinência com a modificação axiologicamente orientada dos contextos regulados. O ponto é destacado, sob um ângulo de ampliação participativa, em SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 477-498.

411 Contestabilidade que é essencial para legitimação democrática dos processos estatais. Cf.: PENNA, Saulo Versiani. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 231-239.

412 Sobre os fatores políticos que levam a mudança na lei, ver.: MALTZMAN, Forrest; SHIPAN, Charles R.. Change, Continuity, and the Evolution of the Law. American Journal of Political Science, v. 52, n. 2, p. 252-267, abr. 2008.

413 E, com isso, "(…) necesariamente causan moles-tias a mucha gente durante un considerable período de tiempo, sin preocuparse por las sorpresas. Ello genera el grave peligro de come-ter grandes equivocaciones, de que todas esas molestias resulten en vano, pues inevitablemente la experiencia trae sorpresas, y 'bien puede suceder que lo que parecía ideal a los ingenieros que diseña-ron el plano original, ya no lo parezca a sus sucesores'" PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 155.

Dessa forma, o substituto regulatório surge como um ato de ruptura[414], de descontinuação do ordenamento jurídico, projetado para introduzir, no mais das vezes, outro regramento de vigência indeterminada[415]. O novo regramento estará, via de regra, sujeito, mais cedo ou mais tarde, aos mesmos problemas, na medida em que segue a mesma lógica processual deficiente.

Diante de tudo isso, em prol da implementação de um modelo idealizado de criação normativa de vigência indeterminada, sacrificam-se os valores de transparência, legitimação democrática[416], efetividade, além de fomentar "distorções impressionistas" – porque baseadas em deficits cognitivos – dos esquemas argumentativos que guiam as interações dialógicas que lhe produziram e que, no máximo, serão trazidas à tona, novamente, no eventual momento de sua revogação/substituição[417].

Sob esta perspectiva, por detrás da idealização[418] das normas de vigência indeterminada está a representação estática das relações e fenômenos sociais, pseudolegitimada por um processo de criação normativo que se autonomiza do momento e do

414 Há uma sobreposição não condicionada de juízos prognósticos e políticos distintos.

415 A lógica de ruptura, de uma certa maneira, reproduz a ideia de "instantâneo jurídico", que, segundo Ost, lhe pontualiza em "atos jurídicos, empiricamente identificados (…) que são a expressão das vontades de seus autores: contratantes autônomos, governantes soberanos". Nesse sentido, "o ato criador do direito é pensado como sem entrave, ou quase, reduzido a um decisionismo que se livra quase totalmente dos laços com o tempo ordinário e principalmente com o passado. (…) não estamos muito distanciados de uma concepção mágica do ato jurídico: surgido de lugar nenhum, pressupõe-se que ele produza instantaneamente efeitos duráveis. Não saberemos nada de sua gênese, nem dos avatares de sua execução. Não há nenhuma necessidade de se perguntar por que e como a norma se impôs, nem em quais condições poderá se manter, importa apenas que um ato de vontade lhe tenha conferido a validade – uma validade que continuará plena e completa até o momento em que um outro ato jurídico, igualmente mágico, a invalidará. (…) Separado de qualquer perspectiva diacrônica, o direito pressupõe-se renascer de suas cinzas, íntegro e soberano, a cada nova edição – com a pretensão, cada vez, de valer eternamente". OST, François. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC. 2005. p. 221-223.

416 A relação entre legitimação democrática e regras experimentais é destacada, por exemplo, em GERSEN, Jacob E. Temporary legislation. The University Of Chicago Law Review, v. 74, p. 247-298, 2007.

417 Pascual defende que o aprimoramento cognitivo resultante da adoção de experimentos jurídicos pode resultar numa perspectiva diferenciada acerca da (não) afetação e conformação das situações e bens jurídicos envolvidos em determinado contexto regulativo. PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. Apenas a título de exemplo, se o estabelecimento de limites percentuais de integração racial nas escolas públicas norte-americanas pode ser questionável *ex ante* sob o prisma da promoção da igualdade, num contexto em que a "fuga branca" representa um comportamento *de facto* não controlável pelo Estado e presente em determinado distrito, o não estabelecimento de limites percentuais é que pode ser visto como violador da igualdade, tendo em vista que o ideal de integração racial nunca ocorrerá. GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. The Yale Law Journal, v. 92, n. 4, p. 585-681, 1983. Distorções impressionistas existem em processos decisórios marcados pela escassez de recursos cognitivos disponíveis ou pela inadequação dos recursos cognitivos disponíveis diante do ritmo de alteração do contexto regulado (obsolescência cognitiva).

418 Veja-se que há contextos fático-normativos que são melhor regulados por normas de vigência indeterminada. O problema ora analisado diz respeito à idealização das normas de vigência indeterminada, a qual termina por empregá-la em contextos inadequados.

contexto da tomada de decisão. É por isso que se disse no tópico acima que a superação de uma representação estática do processo legislativo, embora importante, não conduz necessariamente à superação de uma representação estática das relações e fenômenos sociais, o que pode reproduzir um cenário de dissintonia do tempo de reação estatal aos processos de transformação social[419].

Nesta toada, o experimento jurídico surge como uma lógica processual alternativa, capaz de introduzir mudanças regulatórias pertinentes, ao mesmo tempo em que liberta o centro decisório de incorrer na (falsa) dicotomia construída em torno da improvisação e do imobilismo, evitando, dessa forma, todos os efeitos deletérios a ela associados. Conforme se verá a seguir, a "saída experimentalista" revela que a superlativação dos recursos cognitivos (in)disponíveis não é conatural ou indissociável dos processos de criação normativa.

2.4.2 A "saída experimentalista": equalizando o tempo de reação estatal a partir de uma dinâmica normativa unificante

A postura cognoscente autocontida, incorporada aos experimentos jurídicos, projeta margens de adaptabilidade e flexibilidade nas respostas estatais que passam a funcionar como um mecanismo de equalização do tempo de reação estatal, de modo a adequá-lo aos padrões cambiantes de mudanças aceleradas que caracterizam as relações sociais na contemporaneidade[420].

Ao adotar esta postura, o Estado consegue responder não apenas a deficits cognitivos iniciais, como à padrões cambiantes – e por isso de alta transitividade – sem se apoiar em uma improvisação acrítica – intervenção regulatória de vigência indeterminada sem recursos cognitivos suficientes – ou em um imobilismo cognitivista – não intervenção regulatória diante da insuficiência de recursos cognitivos[421].

---

419 O que desrespeita a concepção contemporânea de Estado de direito, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 356-360.

420 Defendendo que o Estado de direito contemporâneo demanda um padrão de abordagem estatal que admita margens de adaptabilidade e flexibilidade das respostas estatais e que se preocupe com o tempo de reação do Estado a um padrão de cambiações sociais aceleradas, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 358-360. O ponto será retomado infra.

421 Ambos os problemas – improvisação acrítica e imobilismo cognitivista – podem ocorrer nos processos estruturais, provocando a assunção de riscos desnecessários, perdas de tempos, recalcitrâncias procedimentais desnecessárias, além de simplificações do problema estrutural que podem resultar na chancela indevida de um estado de desconformidade inalterado ao fim do processo. O imobilismo cognitivista já foi contraposto à tendência de efetividade do processo, como por exemplo, PISANI, Andrea Proto. La crisi dei processi a cognizione piena e una proposta. Rivista di diritto processuale, v. 71, n. 1, p. 100-106, 2016.

Isso só é possível porque o experimento jurídico, além de não pressupor uma representação estática das relações sociais, permitindo a incorporação de razões consistentes, adicionadas pela sucessão de eventos normativos[422], internaliza, em sua própria estrutura normativa, uma fórmula de complementação cognitiva dinâmica[423].

Por esta razão, pode-se dizer que o elemento prognóstico do experimento jurídico adquire uma feição hipotético-normativa[424], condicionando-se a um "teste de realidade"[425], que não se contenta com o juízo preditivo que resultou na edição ou prolação de determinado ato normativo.

Em outras palavras, o prognóstico não é uma mera etapa argumentativa prévia que se desprende do ato normativo final e que pode ser retomado na discussão do eventual *contrario actus* superveniente. O prognóstico passa a integrar uma etapa argumentativa "pendente de verificação", a qual estão associados efeitos normativos pré-programados.

Dessa forma, o experimento jurídico interliga efeitos normativos de diferentes naturezas a uma sucessão de eventos normativos como parte de sua estrutura normativa dinamicamente alterável.

Por força disso, o ato normativo em contrário não se descola do ato normativo antecedente, deixando de provocar fraturas de descontinuidade no ordenamento jurídico. A partir de sua fórmula de complementação cognitiva dinâmica, confere-se tratamento sistêmico às alterações normativas por ele mesmo projetadas. É possível dizer, neste ínterim, que um experimento jurídico constrói uma vinculação normativa condicionante entre eventos normativos sucessivos[426].

---

422 O modo de incorporação das razões adicionadas varia de acordo com as características do experimento jurídico adotado. Por exemplo, um experimento legiferante terá um esquema argumentativo menos oneroso a se desincumbir em comparação com um experimento jurisdicional.

423 Não é por outra razão que a doutrina indica que os experimentos jurídicos justificam-se em ambiências marcadas por elevadas incertezas provenientes de sua dinamicidade. Por exemplo, HELDEWEG, Michiel A. Experimental legislation concerning technological & governance innovation: an analytical approach. The Theory And Practice Of Legislation, v. 3, n. 2, p. 169-193, 4 maio 2015.

424 Ou seja, o prognóstico não é uma mera etapa argumentativa processual que se perde no ato final e que pode ser retomado na discussão do *contrario actus* superveniente. O prognóstico integra uma etapa argumentativa pendente de verificação.

425 RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013. Sobre o ponto, cf. também: SEIDMAN, Ann; SEIDMAN, Robert. ILTAM: Drafting evidence-based legislation for democratic social change. Boston University Law Review. vol. 89, p. 435-485, 2009.

426 Ressalte-se que os eventos normativos não estão linearmente postos na linha temporal, tendo em vista que ocorrem também em concomitância. Neste ponto, apenas se preferiu destacar que a sucessão normativa entre norma experimental e norma final é entremeada por eventos normativos que também se sucedem neste interregno. Mas a realidade é mais complexa.

De acordo com esta intelecção, o experimento jurídico reproduz uma dinâmica de unificação normativa[427] em que eventos normativos que antes eram tratados de modo difuso, eventual, externo e/ou separado (v.g. regulação, monitoração, controle, avaliação, revisão), passam a estar fundidos em um todo, deixando de existir ruptura entre eles.

Com efeito, as fronteiras entre diferentes eventos normativos são unificadas em torno de uma estrutura normativa matricial[428], orientada pela superação de estagnações, por meio do valor cognitivo agregado, de modo a produzir desenvolvimentos constantes e consistentes do contexto regulado[429]. Neste contexto, a lógica normativa por detrás do experimento jurídico segue, pois, uma sucessividade normativa informada e conformada pelo paradigma de continuidade normativa da segurança jurídica.

Adota-se o entendimento, de caráter sistêmico, de que a segurança jurídica, por força da conformação do estado de direito contemporâneo, deve ser pensada à luz do paradigma da continuidade normativa, o qual, portanto, irradia-se para todos os institutos do ordenamento jurídico, considerando a sua qualidade de princípio geral do sistema[430]. A influência do princípio da continuidade normativa é particularmente relevante no experimento jurídico, devido a sua estrutura normativa matricial que reproduz a sucessão condicionada de eventos normativos que operam em diversos espaços temporais, que passam a estar interligados e recebem tratamento normativo conjunto[431].

Sem prejuízo de desenvolvimentos ulteriores, para ilustrar o que se disse, vale a pena conferir a que espaço temporal cada evento normativo, abstratamente considerado, se refere.

---

427 A dinâmica unificante é descrita por ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: em busca da tutela de expectativas legítimas. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 84-85, como parte da concepção de segurança jurídica como continuidade.

428 "Matricial" em sentido assemelhado à função matemática. Em outras palavras, a matriz é composta por eventos normativos pré-programados que integram a mesma estrutura normativa.

429 ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: em busca da tutela de expectativas legítimas. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 83-90.

430 Ideia defendida por CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 375-391.

431 A relevância advém do fato de que a sua estrutura incorpora todos os "momentos" da continuidade normativa, tratando integralmente a sucessão normativa a partir da vinculação condicionante que projeta. Como será retomado, mais adiante, entende-se que a unificação normativa previne a ruptura (descontinuação) da esperada vinculação entre os eventos normativos que constituem o experimento jurídico. Apenas a título de exemplo, devido a dinâmica normativa unificante, que reflete internamente a lógica da continuidade normativa, a revisão da norma experimental é necessariamente condicionada pelo evento de avaliação que lhe antecedeu. A desconsideração da vinculatividade condicionante provoca ruptura que, por violar a continuidade normativa, pode ser objeto de controle jurisdicional.

Assim, o prognóstico inicial subsidia a norma experimental que visa a agregar informações sobre o modo de aperfeiçoamento da promoção de determinados fins no âmbito de seu contexto regulado (prospectividade).

Por sua vez, o monitoramento visa a observar e produzir informações sobre os efeitos reais da norma experimentada (presentificação). Já o controle visa a garantir o cumprimento da norma experimentada (presentificação), bem como a verificar se ainda há a necessidade de prosseguir no processo de experimentação (retrospectividade) e se existem fatores independentes que provoquem a necessidade de sua revisão antecipada (presentificação e retrospectividade).

Ademais, a avaliação visa, com base nas atividades de monitoração e controle, a subsidiar criticamente (retrospectividade) o processo de revisão normativa, o qual, por sua vez, pode introduzir mais uma vinculação condicionante interativa (prospectividade) ou se extinguir com a produção de um ato normativo condicionado (prospectividade e retrospectividade).

Num contexto de sobreposição de temporalidades intersubjetivas e de necessidade de ordenação axiológica e intertemporal concordante (necessário nos processos estruturais), o cenário abstratamente ilustrado tende a se tornar (ainda) mais complexo, o que, no entanto, somente reforça que a sucessão condicionada de eventos normativos, provocada pelo experimento jurídico, opera em diversos espaços temporais.

Em complemento, justamente por entendermos que o experimento jurídico segue a lógica da continuidade normativa é que discordamos parcialmente do entendimento doutrinário majoritário de que um dos componentes que lhe diferencia de outros mecanismos regulatórios temporários é a "aspiração a permanência", remetendo aos mecanismos regulatórios permanentes como contrastantes aos temporários[432].

Em primeiro lugar, a "aspiração a permanência" não pode ser concebida a partir da idealização anteriormente descrita. Superados os desvios de uma visão idealizada do fenômeno normativo, é preciso destacar que mecanismos regulatórios de vigência indeterminada não devem ser abolidos, principalmente porque há contextos fático-normativos

432 RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011, CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003, dentre outros.

marcados por elementos de baixa transitividade que se compatibilizam com uma durabilidade normativa prolongada.

Pense-se, por exemplo, nas "regras do jogo" democrático[433] ou na arquitetura institucional básica de determinada instância administrativa[434]. Nestes casos, a temporariedade normativa, ainda que estruturada a partir de vinculações condicionantes entre os eventos normativos sucessivos, adicionaria custos de transação elevados[435] que não apenas se revelariam desproporcionais, como frustrariam as vantagens advindas da constância normativa em cenários de baixa transitividade normativa[436].

Ainda nestes casos, para se adequar ao paradigma da continuidade normativa, a aspiração à permanência deve ser concebida como durabilidade tendencial prolongada do ato normativo condicionado, o que detém a aptidão, contudo, para extinguir o experimento jurídico[437].

Em segundo lugar, porque nem sempre o ato normativo condicionado deverá receber uma forma de durabilidade tendencial prolongada (aspiração à permanência). É que em determinados contextos regulados, a transitividade dos elementos normativos impõe que o ato normativo condicionado seja um novo ato normativo temporário ou provisório. Neste caso, a extinção do experimento jurídico não poderá remeter à projeção condicionada de um ato normativo de vigência indeterminada[438].

---

433 A nossa Constituição traz uma regra moduladora para alterações nas regras do jogo democrático que deixa clara a importância da constância normativa nesta seara.

434 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 255-258.

435 Pense-se na resposta de Madison ao argumento de limitação de vigência intrageracional de Thomas Jefferson: GERSEN, Jacob E. Temporary legislation. The University Of Chicago Law Review, v. 74, p. 247-298, 2007. Em sentido semelhante, sem mencionar Madison, cf.: CALABRESI, Guido. A Common Law for the Age of Statutes. Cambridge: Harvard University Press, 1982. p. 59-60.

436 Como, por exemplo, maior cognoscibilidade e calculabilidade do direito. Sobre a maior constância normativa em casos de esquemas de agir marcados por baixa transitividade, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 585-587.

437 A relevância da durabilidade, mesmo em casos de alta transitividade dos esquemas de agir, é destacada em PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation Litigation. Vanderbilt Law Review, v. 70, n. 1, p. 167-220, 2017.

438 A questão será retomada mais adiante. No contexto dos processos estruturais, destaque-se, desde já, que entende-se que algum grau de durabilidade precisa integrar a norma condicionada, como destacado na nota anterior. A falta de um padrão de vigência indeterminada pode ser compensada pela medição de indicadores de performance ou de resultados gerais anteriormente fixados. Destaque-se, ainda, que não se compreende uma norma revisável como uma norma de vigência indeterminada. É que a norma revisável tem aderente a si uma cláusula de reserva explícita que limita objetivamente a sua vigência. Enquadra-se, pois, a norma revisável no gênero de mecanismos regulatórios temporários e não no gênero de mecanismos regulatórios permanentes. É claro que isso pode ser questionado por aqueles que entendem que a vigência indeterminada diz respeito à (in)existência de uma limitação temporal e não objetiva. Como ficará mais claro em tópico infra, entendemos

Em suma, sob o paradigma da continuidade normativa, as fraturas improvisadas de descontinuação do ordenamento são substituídas por um padrão de abordagem estatal que muito além de se preocupar com a "projeção imaginativa de futuros alternativos"[439], obstina-se a racionalizar as suas estruturas organizativas[440] de modo a construir "unidades operativas" que conjugam eventos normativos funcionalmente diferenciados para fins de garantir o desenvolvimento consistente do direito.

Diante do exposto, observa-se que a resposta experimental ao dilema dicotômico, anteriormente descrito, depende da capacidade de estruturação processual de uma dinâmica normativa unificante, cujo cerne reside na reprodução da vinculação condicionante entre eventos normativos sucessivos. Em seguida, defenderemos que a unidade operativa, ínsita ao mecanismo regulatório estudado, capaz de estruturar adequadamente sua dinâmica normativa unificante, caracteriza-se essencialmente por duas propriedades complementares: o estado de polivalência funcional variável e a engenharia normativa autorreferente.

2.4.3 A unidade operativa do experimento jurídico: estado de polivalência funcional e engenharia normativa autorreferente

Conforme antecipado, a primeira propriedade que marca a unidade operativa de caráter experimental consiste na conformação de um estado de polivalência funcional, em que diversos eventos normativos desempenham funções diferenciadas no seio de uma mesma estrutura normativa que, por isso, adquire um formato matricial.

Em outras palavras, o conjunto de eventos normativos não é ontológico ao experimento jurídico, o que significa dizer que há um espectro de indeterminação apriorística na composição do mecanismo regulatório temporário estudado, o qual, por sua polivalência funcional pode congregar eventos diferenciados em cada experimento realizado.

---

que parâmetros objetivos não cronológicos podem delimitar temporalmente uma norma jurídica sem, ao mesmo tempo, delimitá-la objetivamente. Na verdade, os limites não se confundem. Destaque-se, por fim, que o estado de polivalência funcional concreto pode ensejar a extinção do experimento jurisdicional por razões anômalas, não relacionadas ao sucesso ou insucesso do experimento, como será pontuado ainda neste capítulo.

439 BAMFORD, Rebecca. The Ethos of Inquiry: nietzsche on experience, naturalism, and experimentalism. Journal Of Nietzsche Studies, v. 47, n. 1, p. 9-29, 2016.

440 Relação da organização e racionalização das estruturas estatais com o Estado de direito pode ser conferida em BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 30.

Ademais, a conjugação entre eventos normativos diferenciados não ocorre sob uma lógica sucessiva, cronológica ou compartimentada, em que cada evento é incomunicável e temporalmente iniciado pelo fim do evento anterior. Pelo contrário, cada evento opera em um espaço temporal diverso e, por isso mesmo, transcorre em um formato não linear. Com efeito, a "sucessão esperada" do experimento depende menos de sua lógica agregativa básica – qual seja, monitoramento precede avaliação que precede revisão final – e mais do desenvolvimento consistente da função subjacente a cada um de seus eventos, o que, inexoravelmente, provoca interações mais complexas – por exemplo, monitoramento convive com avaliação, que induz revisão do monitoramento, provocando uma reestruturação (redesenho) dinâmica do experimento.

Sob esta perspectiva, deve-se destacar que, a princípio, o estado de polivalência funcional não congrega escopos funcionais ordenados hierarquicamente. Assim, considerando a sua dinâmica normativa unificante, os eventuais "ruídos" (interferências) provocados pelas implicações recíprocas entre cada evento normativo não devem ser tratados sob um signo de exclusão ou de preferência normativa, senão pela moldagem de eventos "acopláveis" entre si. Dito de outra forma, a interferência entre eventos, provocada pelos escopos funcionais diferenciados que lhes orientam, deve ser solucionada, em um estado de polivalência funcional, por arranjos de inclusão ou incorporação, como mecanismo de preservação do desenvolvimento consistente da função interferente[441].

Observe-se que a unificação de eventos normativos funcionalmente diferenciados em uma mesma estrutura normativa conduz à reconstrução de um modelo de engenharia normativa autorreferente. É autorreferente porque as dimensões funcionalmente diferenciadas da estrutura normativa do experimento jurídico criam espectros de implicação recíproca intranormativa[442]. Com efeito, as implicações normativas oriundas de cada evento são pensadas no bojo do experimento, cujos eventos, funções e finalidades são percebidas como uma unidade que deve ser – como toda unidade – operativa internamente[443].

---

441 O arranjo de inclusão também é justificado pela existência de um escopo finalístico comum que interliga todos os eventos normativos funcionalmente diferenciados, cujo logro depende do desenvolvimento consistente de cada escopos intermédios. Sobre o escopo finalístico comum, conferir o tópico 2.5 deste capítulo.

442 Por exemplo, o evento de revisão normativa é condicionado pelo evento de monitoramento e de avaliação que lhe são prévios. Ou seja, as razões adicionadas pelos eventos de monitoramento e de avaliação são acopladas ao desenvolvimento do evento de revisão normativa de modo a que todas as funções do experimento sejam realizadas adequadamente.

443 Por certo, antes de significar que o experimento jurídico não possa ser conformado por implicações externas, a sua engenharia normativa autorreferente expressa um modelo de racionalização indispensável para operação de

Diante disso, para entender a unidade operativa dos experimentos jurídicos, precisamos estudar os diversos eventos normativos funcionalmente diferenciados que compõem a sua estrutura normativa matricial[444]. Somente por meio da identificação do estado de polivalência funcional, é que se torna possível analisar as implicações recíprocas mínimas que marcam a sua engenharia normativa autorreferente.

Considerando que os eventos normativos podem variar de acordo com o estado de polivalência funcional concreto, neste capítulo, só podemos indicar quais são as funções diferenciadas mínimas que compõem todo e qualquer experimento jurídico.

Parte-se da premissa de que as funções mínimas de um experimento jurídico espelham as suas características essenciais que exigem projeção no formato de eventos normativos. À guisa de exemplo, como será demonstrado em tópico infra, todo experimento jurídico exige monitoramento da implementação da norma experimental. O monitoramento, por sua vez, pressupõe uma atividade organizada, com propósito e formato específicos, que deverá ser desempenhada de modo contínuo durante o processo de experimentação[445].

Por força disso, o monitoramento, característico dos experimentos jurídicos, demanda a processualização de um evento normativo próprio, o qual se autonomiza frente a outros eventos normativos (como, por exemplo, os eventos de controle) por sua função cognitiva específica[446]. Perceba-se que a exigência de monitoramento (característica essencial) não se confunde com as atividades de monitoração em si (evento normativo).

De outro lado, a característica da temporariedade não se expressa na conformação de uma atividade organizada, com propósito e formato específicos, razão pela qual, apesar de ser uma característica essencial dos experimentos jurídicos, ela não representa uma função

---

sua dinâmica normativa unificante. A ruptura é evitada porque a reestruturação da mudança é operada, sobretudo, em caráter intranormativo.

444 A estrutura normativa matricial e a ideia de funções diferenciadas rejeita a divisão de primariedade e secundariedade proposta por Pascual em relação à cognição e às necessidades práticas. Não entendemos que há uma relação de primariedade e secundariedade e nem meramente fins que são perseguidos pelo experimento. A função cognoscente é desenvolvida por eventos normativos distintos dos eventos normativos que desempenham outras funções (como a de desenvolvimento consistente do direito). Não há primariedade e secundariedade, mas sim uma vinculação condicionante marcada por relações não preferenciais.

445 Sobre monitoramento, cf.: PASCUAL, Gabriel Doménech. El seguimiento de normas y actos jurídicos. Revista de administración pública, n. 167, p. 97-145, 2005. Sobre a importância do monitoramento para a efetividade nos processos estruturais cf.: GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. Texas Law Review, v. 89, p. 1669-1698, 2011. Para nós, o autor, ao tratar de monitoramento, abrange a função de controle. Talvez, neste caso, o melhor termo seja "supervisão", o qual, para nós, compreende as funções de controle e monitoramento.

446 A sua função específica, por sua vez, diferencia-se de outros eventos com função cognitiva (avaliação, por exemplo), pelos espaços temporais implicados e pela orientação cognoscente determinada.

mínima desempenhada por sua estrutura normativa matricial, na medida em que ela não depende de um evento normativo próprio.

Ressalte-se, por fim, que, considerando o atual momento analítico do estudo dos experimentos de reestruturação, não será possível esmiuçar aspectos operativos da engenharia normativa autorreferente ligada ao seu estado de polivalência funcional mínimo. Isso porque, para tanto, seria imprescindível obter ou construir diversas respostas que ainda não temos e que, apenas em parte, seriam perseguíveis na presente sede. Trata-se de percepção que certamente ficará cada vez mais clara com o avançar dos tópicos desse trabalho. Assim, para evitar "atalhos" e simplificações discursivas, não será proposta uma "jornada" com mais "passos" do que somos capazes de dar neste momento, o que representaria, sem dúvidas, uma empreitada que estaria fadada ao insucesso.

Para prosseguir na análise proposta e compreender melhor a dinâmica normativa dos experimentos jurídicos, ainda se faz necessário investigar diversos aspectos centrais do instituto. No próximo tópico, daremos mais um passo nesta direção, investigando, dentre outras coisas, a problemática tratada pelo processo de experimentação, o *telos* normativo que lhe orienta, a técnica regulatória empregada, a natureza jurídica, o fundamento normativo, bem como alguns parâmetros normativos mínimos que podem ser pensados a partir desses elementos.

2.5 **Aspectos basilares do experimento jurídico**

2.5.1 Experimento jurídico como método cognitivo: natureza e *telos* normativo

O problema da dissintonia entre conhecimento insuficiente e tempo da decisão não é estranho ao Direito. A título de exemplo, em matéria probatória, o sistema de alocação do ônus da prova representa uma técnica para lidar com o conhecimento insuficiente acerca da ocorrência de determinado fato, em um momento processual tendencialmente irreversível, no qual a decisão, por força da vedação ao *non liquet*, ainda assim precisa ser tomada[447]. No passado, o ritual das ordálias, sob o influxo de uma realidade cultural diversa, servia ao

447 Sobre o tema, em caráter geral, DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 107-110; CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 436-440; esp. p. 439.

mesmo propósito de solucionar o imobilismo cognitivista, a partir de um critério comunitariamente aceito[448].

O experimento jurídico nada mais é do que uma resposta ao problema de dissintonia entre o tempo da decisão e o "futuro desconhecido". No cenário em que é necessário decidir, mas que não se sabe como, em razão de limitações consideráveis[449] de juízo prognóstico, franqueia-se ao centro decisório provocar deliberadamente[450] uma alteração com a finalidade precípua[451] de conhecer se aquela intervenção é a melhor alternativa regulatória. Inverte-se, pois, a lógica descrita tradicionalmente por Watanabe[452]: decide-se para conhecer, em vez de conhecer para decidir.

Todavia, devido ao reconhecimento racional das limitações de juízo prognóstico, o centro decisório formula uma limitação interna[453] ao exercício de suas próprias funções[454]: formata as condições gerais para uma sucessão condicionada de eventos normativos, guiados pela estrutura normativa matricial anteriormente descrita.

Encara-se, dessa forma, a dissintonia temporal entre necessidade de decisão e o futuro desconhecido a partir de uma abordagem eminentemente prudencial, como forma de reduzir riscos sociais[455], envolvidos na ação regulatória, de garantir o robustecimento transparente das

448 DAMASKA, Mirjan. Rational and Irrational Proof Revisited. Cardozo Journal Of International & Comparate Law, v. 5, p. 25-39, 1997.
449 As limitações devem ser consideráveis, pois todo juízo prognóstico é necessariamente incerto. Apenas a incerteza elevada é que pode justificar um experimento jurídico.
450 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. nota de rodapé 1.
451 Pascual entende que a finalidade cognoscente é meramente secundária, acessória a uma "finalidade prática" específica, entendimento com o qual não concordamos. Cf.: PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.
452 WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1987. p. 41.
453 A limitação pode, em tese, ser externa. É só pensar em uma lei que impõe que a Administração Pública intervenha em determinado contexto regulado de modo experimental.
454 As limitações internas constituem, para Ávila, um aspecto da calculabilidade normativa. ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 617-620. Observe-se que como a doutrina estrangeira costuma acoplar um elemento subjetivo legiferante ao experimento jurídico, não é incomum se pensar que o experimento pode terminar abruptamente pela amplitude do *contrario actus* legiferante. Para nós, a substituição de um experimento jurídico deve ser justificada em termos de adequação. No mínimo, seria questionável a constitucionalidade do *contrario actus* quando fosse possível visualizar deveres constitucionais implícitos de experimentação. Sobre os deveres constitucionais implícitos de experimentação, cf.: PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. Como uma espécie de limitação interna ao exercício de uma função estatal, os condicionamentos ao experimento jurídico dependem, prefacialmente, da identificação da função limitada.
455 GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014.

bases informativas disponíveis sobre o contexto regulado e, assim, pavimentar o caminho para um ato regulatório mais eficiente e efetivo[456].

O experimento jurídico representa, neste diapasão, a normatização de uma estrutura metódica condicional de conhecimento, que busca equalizar os recursos cognitivos necessários ao tempo da decisão, por meio de um mecanismo regulatório de pré-decisão supervisionada. Dessa forma, provoca-se, a partir da pré-decisão, uma cisão cognitiva objetiva[457] no âmbito das regulações prospectivas, como forma de proporcionar um valor cognitivo agregado em cada uma das iterações programadas em sua estrutura normativa matricial. Como resposta ao problema do futuro desconhecido, o experimento jurídico surge como método atípico de cognição diferida e condicional.

Ao se adotar uma estrutura metódica condicional de conhecimento, as representações dinâmicas das relações sociais e dos processos de criação normativa são projetadas a partir das conexões de sentido forjadas pela estruturação das condições necessárias para o estabelecimento de um *continuum* cognitivo, que deixa de ser uma atividade isolada e prévia ao processo de tomada de decisão. Mesmo após a extinção do experimento, o seu "produto" cognitivo deve ser sempre resgatável, para fins de aprimoramento, comparação e racionalização dos processos de tomada de decisão.

Interessante pontuar que o experimento jurídico provoca uma gestão diferenciada da incalculabilidade apriorística das alternativas regulatórias. Projeta-se um processo regulativo que visa a reduzir as alternativas regulatórias a partir do conhecimento agregado pela sua implementação supervisionada[458]. Em outras palavras, a decisão interventiva não oclui as alternativas regulatórias, mas sim permite a produção de conhecimentos que servirão ao propósito de reduzi-las.

Neste caminhar de ideias, defende-se que os diversos eventos normativos funcionalmente diferenciados que compõem a estrutura normativa do experimento jurídico

456 CHINER, María Jesús Montoro. Técnica legislativa y evaluación de las normas. Anuario jurídico de la Rioja, n. 6-7, p. 155-171, 2001.

457 Sobre cisões cognitivas objetivas: VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 178-190.

458 A essencialidade de monitoramento e controle é destacada por PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. A maioria dos autores destaca a essencialidade do monitoramento, mas devido ao enfoque nos experimentos legislativo, nem sempre o controle é dinamizado no âmbito do experimento jurídico. Por vezes, é, em parte, externalizado ao âmbito do controle jurisdicional. Cf.: ROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

são orientados por um claro *telos* normativo cognoscente[459] de racionalização dos processos de criação normativa. Por conseguinte, todos os eventos normativos integrados em sua estrutura normativa matricial devem ser pensados sob a ótica do aprimoramento cognitivo, o qual servirá ao propósito de racionalizar processos de tomada de decisão futuros.

No presente subtópico, foram esclarecidos diversos aspectos que caracterizam o experimento jurídico. Com efeito, fixou-se, dentre outros, o problema (dissintonia temporal entre necessidade de decisão e futuro desconhecido), o *telos* (aprimoramento cognitivo para racionalização dos processos de tomada de decisão), a natureza jurídica (método atípico de cognição diferida e condicional), a técnica empregada (cisão cognitiva objetiva com a introdução de pré-decisão supervisionada) e a solução projetada (conhecimento agregado pela implementação supervisionada para edição de um ato regulatório mais eficiente e efetivo) pelo processo de experimentação.

É preciso, no entanto, avançar mais. E, para tanto, impende-se analisar sobre qual fundamento normativo torna-se possível reconstruir o instituto do experimento jurídico com as características fixadas.

2.5.2 O devido processo legal como fundamento normativo do experimento jurídico: a necessidade de mecanismos de complementação cognitiva e de compensação sistêmica por riscos assumidos

Para nós, a finalidade precipuamente cognoscente do experimento jurídico encontra respaldo constitucional no princípio do devido processo legal, o qual não recepciona a "ingenuidade" ou a "precipitação" como valor processual decisório. A simplificação ingênua das próprias limitações cognitivas tem como consequência a assunção de riscos não explicitados[460], além de uma probabilidade maior de insucesso[461], o que falha em promover

459 O *telos* normativo cognoscente é destacado por todos os autores que tratam da temática. O que varia é a interrelação com as "finalidades práticas" que também devem estar, para alguns autores, associadas aos experimentos jurídicos.
460 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.
461 GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014.

um "estado ideal de protetividade dos direitos"[462]. Decidir sem saber e sem admitir que não se sabe representa, portanto, um iter procedimental que atenta contra o devido processo legal[463].

Destaque-se, todavia, que a rejeição à "ignorância deliberada" não deve implicar um imobilismo cognitivista, caracterizado por uma cronificada dependência prévia de recursos cognitivos suficientes para então decidir. Não é disso que se trata. Até porque na contemporaneidade, cada vez mais os centros decisórios relevantes têm sido convocados a decidir antes de compostos recursos cognitivos suficientes[464].

Dessa forma, como a dissintonia entre tempo da decisão e recursos cognitivos suficientes está encrustada em uma pluralidade dos processos de criação normativa da atualidade, o que o devido processo legal assegura, como parte de sua "função articuladora"[465], é que essa dissintonia seja processualmente sublimada ou absorvida por mecanismos de complementação cognitiva e, ao mesmo tempo, acompanhada de mecanismos de compensação sistêmica pelos riscos assumidos[466]. Dessa forma, explora-se a estrutura iterativa do processo de modo a superar o imobilismo cognitivista, ao mesmo tempo em que não se adota um padrão decisionista improvisado e acrítico.

Existem outros institutos que desempenham essa função. Apenas como exemplo, a tutela provisória antecipada é empregada em um cenário típico da dissintonia analisada. Neste caso, garante-se não apenas a possibilidade de revogação ou modificação ulterior, bem como a responsabilização objetiva do beneficiário caso a decisão final seja proferida em sentido

462 ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

463 Poder-se-ia dizer que não existe racionalidade externa em um processo que assume riscos não explicitados e que reconstrói proposições com base em recursos cognitivos insuficientes. A interrelação entre racionalidade externa e devido processo legal é defendida em VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 169-172.

464 O clamor por maior efetividade costuma pressionar pela adoção de estruturas procedimentais menos redundantes e prolongadas, o que termina por respaldar o seu confronto com o valor segurança jurídica. PISANI, Andrea Proto. "Sulla tutela giurisdizionale differenziata". Rivista di Diritto Processuale, v. XXXIV, n. 4, Padova: Cedam, p. 537-591, 1979. Em tom mais agudo, vaticina Arruda que "a história das reformas processuais ao longo dos tempos é a história de uma incessante busca – nem sempre vitoriosa – de diminuição do tempo de tramitação das causas. Como já se disse alhures, a racionalização e a celeridade da atividade jurisdicional são ideais eternos do instituto processual" (ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006. p. 44). Entretanto, não se pode perder de vista a advertência de Barbosa Moreira que esclarece que nem sempre uma Justiça rápida produz os melhores resultados, razão pela qual não se deve perquirir celeridade a qualquer preço, nem confundi-la como métrica definitiva para se aferir efetividade (MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos, in: Temas de direito processual - oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5).

465 ÁVILA, Humberto. O que é "devido processo legal"? Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

466 Trata-se de exigir balanceamentos garantísticos no curso do arco procedimental. Ver GREGO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Argumenta Journal Law, v. 2, n. 2, p. 32-95, 2002.

diverso (art. 297, p.ú c/c 520, I, do CPC/15). Entremeada à revogabilidade/modificabilidade ulterior e a responsabilização objetiva, em caso de decisão final proferida em sentido diverso, está a complementação cognitiva obtida ao longo do iter procedimental.

É claro que embora o exemplo dado abranja a dissintonia que também conduz à necessidade dos experimentos jurídicos, o tipo de dissintonia que é equalizada pelo instituto analisado é diverso. Enquanto a tutela provisória lida com um estado cognitivo deficitário acerca de quem tem razão em um caso concreto (retrospectividade regulatória), porque a fase de instrução probatória ainda não ocorreu, os experimentos jurídicos lidam com a dificuldade de antecipar se os efeitos reais de determinado ato normativo irão promover os objetivos vislumbrados pela intervenção regulatória (prospectividade regulatória).

Por esta razão, o estado de incerteza que reveste uma regulação prospectiva nunca é igual ao estado de incerteza que reveste uma regulação retrospectiva. Em primeiro lugar, porque a intervenção regulatória prospectiva é sempre, como já se disse, prognóstica, variando o grau de probabilidade de acerto, enquanto a intervenção regulatória retrospectiva lida com um contexto fático-normativo que já ocorreu ou que está ocorrendo[467].

Poder-se-ia objetar, nesse ponto, que nem sempre a tutela jurisdicional é tipicamente retrospectiva[468], como, por exemplo, no mandado de segurança. Mas quando se fala em retrospectividade regulativa não se quer fazer alusão à tutela jurisdicional retrospectiva, mas sim a uma situação em que a norma já existe e será reconstruída para solucionar o caso concreto, enquanto na regulação retrospectiva a norma ainda será confeccionada. Neste sentido, o juízo de probabilidade do direito necessário para antecipar os efeitos da tutela final perseguida no *mandamus* remete a um suporte fático-normativo increpável em uma norma já vigente no ordenamento jurídico.

Em complemento, o "acerto" da regulação prospectiva depende dos parâmetros objetivos que sejam elencados para aferir o conteúdo dos seus efeitos reais no contexto regulado. Enquanto o "acerto" da regulação retrospectiva depende substancialmente de um juízo de incidência normativa: aplica-se a determinado conjunto de fatos, uma consequência normativa reconstruída a partir do ordenamento jurídico vigente.

---

467 Aqui não estamos falando da intervenção regulatória sob a perspectiva do mecanismo de complementação cognitiva, mas sim das intervenções regulatórias em si.

468 Percebe o ponto CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 596-597; PEIXOTO, Ravi. Superação de precedente e segurança jurídica. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 217-230.

Guardadas as suas diferenças, certo é que a preocupação com o "acerto" decisório é fundamental em ambas as espécies de regulação. Isso significa que a compensação sistêmica pelos riscos assumidos não deve ser somente desenhada para operar superveniente ao contexto da decisão (ex.: responsabilização objetiva), mas deve ser incorporado a ele de acordo com parâmetros que auxiliem na redução da chance de erro. Em outras palavras, a decisão em estado cognitivo insuficiente depende de mecanismos de compensação sistêmica que permitam uma avaliação *ex ante* da inversão cognitiva que se pretende operar.

Assim, no caso da tutela provisória, por exemplo, a preocupação com o "acerto" e com a necessidade da decisão é incorporada em seus próprios requisitos processuais (probabilidade do direito e perigo de dano ou evidência do direito, reversibilidade da tutela). Note-se que a partir do momento que os requisitos processuais para concessão da tutela provisória podem ser reconhecidos como mecanismo de compensação sistêmica de avaliação *ex ante,* seria possível dizer que, embora traduza um mecanismo de regulação retrospectiva, o seu juízo prognóstico também adquire uma feição hipotético-normativa. A diferença, como já dito, é que a avaliação *ex post*, que ocorrerá depois da fase de instrução probatória, será baseada na correção de um juízo de incidência normativa.

Em sentido semelhante, entende-se que nos experimentos jurídicos, a postura cognitiva esclarecida acerca de suas próprias limitações não pode levar o centro decisório a programar qualquer pré-decisão supervisionada, postergando a inserção de mecanismos de compensação sistêmica para um segundo momento[469]. Diversamente, o ponto de partida do experimento jurídico deve ser dependente de mecanismos de compensação sistêmica baseados em avaliação *ex ante*[470], de modo a garantir, já em seu limiar, uma gestão prudencial dos riscos assumidos pela regulação prospectiva.

---

469 A preocupação é destacada, por exemplo, por PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. Por outro lado, Klaus König ressalta a relação entre mecanismos de avaliação *ex ante* e a prevenção de vícios e capacidade de aprimoramentos. KÖNIG, Klaus. Sobre la evaluación de los programas estatales. Documentación Administrativa, n. 218-219, p. 413-428, 1 jun. 1989.

470 A complementariedade entre avaliação *ex ante* e avaliação *ex post* é reconhecida pela doutrina. Cf.: MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001; RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 268. A diferença é que não se costuma relacionar os mecanismos de avaliação com o princípio do devido processo legal, mas sim com a qualidade do "produto" normativo ou racionalidade do processo de criação normativa.

Veja-se, ademais, que em ambos os casos a preocupação com o "acerto" decisório, operada pelo mecanismo de compensação sistêmica, baseado em avaliação *ex ante,* criteriza uma distribuição equânime dos ônus do tempo[471].

No experimento jurídico, a intervenção regulatória, bem dimensionada *ex ante* e sujeita a supervisão *ex post,* visa a obter informações sobre os seus efeitos reais no contexto regulado, de modo a subsidiar a formulação de uma norma que seja capaz de promover as finalidades substanciais perquiridas[472]. Em outras palavras, opta-se pela intervenção regulatória mais provável e "monta-se" uma estrutura adequada de supervisão, avaliação e revisão para garantir que a experiência resulte em aprimoramento cognitivo e que os ônus de eventual erro sejam minimizados[473].

Já na tutela provisória antecipada, a decisão concessiva visa a antecipar a fruição da situação jurídica provável ou evidente, impedindo que a parte que provavelmente sagrar-se-á vencedora ao final do processo sofra os ônus temporais, normais ou anormais, que o transcurso processual enseja enquanto o deficit cognitivo inicial ainda não foi sanado e a decisão final proferida.

Neste caminhar de ideias, vale destacar que a necessidade de introjetar, nos processos de criação normativa, mecanismos de complementação cognitiva e de compensação sistêmica pelos riscos assumidos em decorrência da dissintonia retratada acima depende da aferição do que configura um estado cognitivo deficitário, para fins de aferir a adequação e necessidade da experimentação jurídica. Este será o tema do próximo subtópico.

2.5.3 Estado cognitivo deficitário: os juízos de adequação e necessidade de experimentação jurídica

471 Numa sociedade de riscos, a equalização temporal de sua distribuição depende, sobretudo, de mecanismos de avaliação *ex ante* e *ex post*.

472 Observe-se: o *telos* do experimento é cognoscente; o *telos* da norma experimental é que pode – ou não – ser substancial. Não há primariedade e secundariedade entre eles. Na verdade, a diferenciação funcional de cada evento normativo do experimento adiciona a possibilidade de escopos parcialmente coincidentes e descoincidentes. Conforme já comentado supra, discorda-se da opinião de Pascual a esse respeito.

473 O ganho de eficiência oriundo da "vantagem informacional" do experimento jurídico e normas de terminação programada, bem sua relação com a correção de erros é apontada por GINSBURG, Tom; MASUR, Jonathan; MCADAMS, Richard H.. Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law. The University Of Chicago Law Review, v. 81, p. 291-359, 2014.

Por se tratar de um método cognitivo, o experimento jurídico será exigível de acordo com a formulação de juízos de adequação e necessidade[474]. Somente quando a experimentação jurídica permitir a "melhor cognição possível"[475] em determinado contexto, sob um prisma de alocação otimizada de recursos[476], é que será possível reconhecer um dever de experimentação jurídica[477].

Sobre a adequação, conquanto se trate de uma questão casuística, é possível traçar alguns critérios mínimos. Em primeiro lugar, não se deve confundir a necessidade de um juízo prognóstico com a existência de um estado cognitivo deficitário. Se assim fosse, ou iríamos retornar a já rejeitada ideia de que toda regulação prospectiva tem um elemento experimental ou iriamos concluir que toda regulação prospectiva deveria passar por experimentação jurídica.

Para que a experimentação jurídica seja adequada, é preciso que a capacidade prognóstica do centro cognitivo e decisório seja ultrapassada, o que pode ocorrer tanto em ambiências marcadas por mutabilidade acelerada como em ambiências marcadas por incertezas elevadas[478].

Veja-se que em contextos marcados por mutabilidade acelerada, embora o estado cognitivo inicial não seja necessariamente deficitário, a necessidade de complementação cognitiva advém da pouca resistência das bases informativas ao ritmo cambiante de mudanças contextuais. Avanços tecnológicos, descobertas científicas, interações sociais formais e informais podem pressionar a regulação projetada de modo a torná-la inadequada em pouco

474 No sentido de que a utilização de mecanismos regulatórios temporários ou de vigência indeterminada dependem de uma aferição da natureza do problema ou das características do mercado ou contexto regulado, cf.: FARBER, Daniel. Environmental protection as a learning experiente. Loyola of Los Angeles Law Review, n. 3, vol. 27, p. 791-807. 1993.

475 Sobre a cognição adequada nos processos estruturais, conferir: VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p 192-197.

476 A relação entre cognição adequada e eficiência processual é traçada por VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 172-175.

477 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

478 O ponto é dominante na doutrina. Por todos, RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013.

tempo[479]. Nestes casos, a formulação de experimentos contínuos pode ser adequada para garantir aderência contextual à regulação projetada[480].

Cumpre destacar que, mesmo nestes casos, o experimento jurídico pode não se justificar por razões de necessidade. Os diversos custos econômicos e comunicativos exigidos para estruturar o monitoramento, controle, avaliações periódicas e revisões decisórias que um experimento demanda podem torná-lo menos interessante do que outros mecanismos regulatórios temporários.

Um bom exemplo é o das normas revisáveis[481]. No contexto de mutabilidade acelerada, uma norma revisável pode externalizar os custos de monitoramento e avaliações periódicas, transferindo o ônus de impugnar a norma vigente à parte interessada, a qual deverá demonstrar a sua perda de aderência contextual.

A norma revisável não estrutura um método cognitivo condicional como os experimentos jurídicos, apenas compensa o risco de obsolescência pela possibilidade de alteração. Para ser adequada, a norma revisável depende da ausência de um estado cognitivo deficitário inicial, sob pena de representar uma simplificação decisória refratária ao devido processo legal[482].

Por outro lado, no caso de ambiências marcadas por incertezas elevadas, o estado cognitivo deficitário inicial assegura a adequabilidade das normas experimentais. Neste caso, há mais de uma alternativa regulatória e não há critérios multidisciplinares capazes de

479 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Contextualizing regimes: institutionalization as a response to the limits of interpretation and policy engineering. Michigan Law Review, v. 110, p. 1265-1309, 22 mar. 2012.

480 A ideia de experimentos contínuos parece ser admitida por HELDEWEG, Michiel A. Experimental legislation concerning technological & governance innovation: an analytical approach. The Theory And Practice Of Legislation, v. 3, n. 2, p. 169-193, 4 maio 2015. Ademais, na seara do experimentalismo democrático, como a experimentação parece ser uma forma de lidar com uma realidade, marcada por uma incerteza elevada intrínseca, a ideia de continuidade parece ser recepcionada. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 477-498.

481 Ranchordás destaca a diferença entre as normas revisáveis e as normas de terminação programada em RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 71-72. A revisibilidade, desde que não seja baseada em uma condição resolutiva genérica, pode justificar um mecanismo experimental contínuo menos intenso – em que o estado cognitivo compensado induz a redução da intensidade dos eventos de monitoramento e avaliação, sujeitando o controle à contestabilidade externa. Em nossa opinião, a engenharia normativa autorreferente dos experimentos jurídicos pode ensejar a modulação da intensidade estrutural do método cognitivo experimental.

482 Como será destacado infra, a norma final de um experimento jurídico pode ser uma norma revisável. Neste caso, poder-se-ia aludir ao seguinte contexto de mutabilidade acelerada: estrutura-se um experimento para solver um estado cognitivo deficitário inicial e formula-se, ao final, uma norma revisável para, já sob um estado cognitivo suficiente, reduzir os custos de equalização temporal da reação estatal a transitividade elevada dos elementos fático-normativos do contexto regulado.

antecipar com suficiente razoabilidade qual será capaz de produzir de modo mais eficiente e efetivo os objetivos pretendidos pelo centro decisório.

É possível também que a ausência de conhecimento acerca dos efeitos deletérios de determinada alternativa regulatória reduzam a capacidade prognóstica do centro cognitivo e decisório e, dessa forma, induzam a uma gestão prudencial dos riscos por meio da estruturação de um experimento jurídico.

A título de exemplo, na França, a legislação que descriminalizou o aborto assumiu a forma de uma regulação experimental que projetava, como hipótese normativa, que a descriminalização não induziria um aumento no número de abortos (efeito deletério)[483].

Observe-se que uma ambiência de incerteza elevada pode ser produto tanto da ausência de conhecimentos técnicos suficientes, instrumentos preditivos adequados, como também de circunstâncias imprevisíveis e extraordinárias que forçam o centro decisório a buscar a remediação excepcional de determinados estados de coisas disfuncionais[484].

Neste último caso, pode ser mais adequado adotar uma norma de terminação programada, que busque apenas remediar os efeitos negativos de um contexto extraordinário, para, em seguida, deixar de viger.

Os experimentos jurídicos também costumam ser elencados como estratégia adequada para a superação de bloqueios políticos, adereçando o problema da falta de consenso[485]. Neste sentido, adversários políticos de determinada alternativa regulatória, em contextos de incerteza acerca dos efeitos positivos e negativos que ela poderia vir a produzir, estariam mais dispostos a aceitar uma legislação experimental, cuja "falha" permite o retorno ao contexto regulatório anterior, do que uma legislação permanente[486].

---

483 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

484 O uso de normas de terminação programada é destacado por RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 96-100, para lidar com problemas temporários (ex.: crises econômicas ou desastres) e circunstâncias excepcionais e graves (ex.: legislações antiterrorismo). A relação de experimentos jurídicos com estados de incerteza provocados por circunstâncias extraordinárias é descrito em HELDEWEG, Michiel A. Experimental legislation concerning technological & governance innovation: an analytical approach. The Theory And Practice Of Legislation, v. 3, n. 2, p. 169-193, 4 maio 2015.

485 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

486 GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014.

Assim, seria possível superar "a inércia, desconfiança, o medo do incerto e do novo, a reticência de muitas pessoas"[487], por meio de uma legislação limitada temporal e espacialmente, por exemplo, além de submetida a mecanismos de monitoramento. De acordo com essa intelecção, os experimentos surgiriam como um instrumento capaz de transacionar a amplitude e durabilidade indeterminada da regulação projetada como forma de angariar apoio político[488] à sua edição.

A superação de bloqueios por falta de consenso permite pensar na adequação da experimentação jurídica não apenas em searas políticas, como também em searas em que a convencionalidade impera. No âmbito do experimentalismo democrático, também se costuma destacar essa vantagem da experimentação[489].

Ressalte-se que o experimento jurídico só é um método cognitivo adequado quando há condições técnicas de aprendizagem[490]. É que para que o mecanismo de pré-decisão sirva ao propósito de aprimoramento cognitivo é necessário desenvolver indicadores capazes de mensurar os efeitos reais da regulação experimental. Se o contexto regulado não for mensurável, o experimento jurídico não produzirá o valor cognitivo agregado que se espera[491]. O método cognitivo transfigura-se, pois, em uma "tentativa cega", aproximando-se do problema da improvisação acrítica.

Diante de um estado cognitivo deficitário inicial e de dificuldades de mensuração, a necessidade de compensação sistêmica para redução dos riscos e justificação da regulação

487 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 153.

488 "In the Netherlands, Eijlander and Van Gestel mention the example of the statute on vehicle inspection (wet periodieke autokering) which apparently only 'survived' the heavy parliamentary criticism thanks to its temporary enactment." RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 102.

489 DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional. Curitiba: Juruá. 1. ed. 2019. p. 143-145. Destacando alguns desafios da deliberação nestes casos: FORD, Alberto. Variaciones y efectos del experimentalismo democrático. Miríada: Investigación en Ciencias Sociales, v. 2, n. 3, p. 153-174, 13 ago. 2009.

490 SUPER, David. Laboratories of destitution: democratic experimentalism and the failure of antipoverty law. University Of Pennsylvania Law Review, v. 157, p. 541-616, 2008.

491 Explorando algumas opções disponíveis para elaboração de parâmetros nos processos estruturais, cf.: VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 161-177. No entanto, a percepção do problema paramétrico parece ser imputada aos padrões decisórios baseados em comando e controle, surgindo o experimentalismo democrático como resposta a dificuldade de mensurabilidade por mero cumprimento a ordens judiciais. Neste ponto, concordamos com Super (nota anterior): a mensurabilidade também é condição relevante ao experimentalismo democrático. Analisaremos, brevemente, a proposta de Sabel infra.

experimental induzirá a necessidade de utilização de mecanismos de avaliação *ex ante*, cuja análise, contudo, foge ao escopo da presente dissertação.

Outra opção seria, diante da necessidade da decisão, adotar um método cognitivo híbrido, em que se estrutura uma norma provisória acompanhada de mecanismos de avaliação *ex ante* para formulação posterior de uma pré-decisão supervisionada. A decisão provisória serviria para redistribuir os ônus do tempo enquanto são construídos os instrumentos de mensurabilidade para instituição de uma pré-decisão supervisionada.

Neste caso, a pressão pela remediação de determinado problema induz a provisoriedade como mecanismo para lidar com a ambiência de incerteza elevada. Embora não seja possível, pelo estado cognitivo deficitário inicial, assumir que a provisoriedade seja compensação sistêmica suficiente aos riscos assumidos (pela deficiência da formação da sua feição hipotético-normativa), emprega-se a provisoriedade para gerir prudencialmente o processo de criação normativa, antecipando que, após a estruturação dos mecanismos de avaliação *ex ante,* será possível substituir a decisão provisória por uma pré-decisão supervisionada.

Em outras palavras, o método híbrido descrito revela a necessidade de uma compensação sistêmica anterior (provisoriedade) à compensação justificante (avaliação *ex ante*) do experimento jurídico.

Neste caminhar de ideias, é interessante perceber que o juízo de adequação dos expedientes cognitivos empregados não é estanque, podendo ser dinamicamente alterado. Dito de outro modo, a opção por um método cognitivo é reversível de acordo com a alteração dos seus parâmetros de adequação e necessidade.

A título de exemplo, a um estado cognitivo deficitário por mutabilidade acelerada pode ser aplicado um método cognitivo experimental, visando a durabilidade da solução regulatória final. Diante da falha do experimento – ou mesmo de seu sucesso – pode-se substituir o método cognitivo adequado pelo de normas revisáveis.

Numa situação de incerteza elevada, em que não é possível saber qual solução promoveria melhor a concorrência ou a preservação ambiental, por exemplo, o emprego de um método cognitivo experimental pode garantir uma margem de conhecimento suficiente antes do término de sua iteração programada. Neste caso, pode-se reverter o método cognitivo empregado, substituindo-lhe por um método cognitivo tendente a formulação de uma regra de

durabilidade tendencial prolongada. Ou ainda, é possível perceber que a solução do problema já é dedutível do ordenamento jurídico, substituindo a pretensão de uma regulação prospectiva por uma regulação retrospectiva[492].

Ainda a título de exemplo, pode ser que os custos inerentes à experimentação deixem de justificar a continuidade do experimento, tendo em vista os benefícios que se pretende gerar por meio de seu prosseguimento. Neste caso, a reversão de método cognitivo ocorre porque apesar de adequado, o experimento não sobrevive ao teste da necessidade, que impõe que ele seja o método menos oneroso entre as alternativas adequadas disponíveis. É possível, inclusive, que se opte por uma solução subótima, considerando os recursos financeiros, humanos e sociais que seriam absorvidos na perquirição de uma solução ótima[493].

A alteração dinâmica do método cognitivo é viabilizada quando se observa que a cognição não é "contínua e ininterrupta até um momento decisório final", sendo possível fracioná-la, para fins de obter a melhor cognição possível[494]. Em outras palavras, a cognição não é *ad processum*, mas sim *ad actum*[495]. Isso significa que não apenas é possível cindir objetiva e subjetivamente os expedientes cognitivos, empregados em determinado processo de criação normativa, como também que é possível alterar estruturalmente o mecanismo cognitivo que será empregado[496].

Veja-se, ainda, que as cisões estruturais da cognição podem servir ao propósito de viabilizar o tratamento global de determinado problema, caso em que seria possível defender que métodos cognitivos diversos transcorressem simultaneamente no âmbito de um mesmo processo. É o que pode acontecer nos processos estruturais que não só adotam uma perspectiva global, como lidam com intertemporalidade, conforme descrito no capítulo

492 Tal "percepção" pode ser decorrente a introdução de um novo marco normativo.

493 Pense-se no caso do procedimento monitório que, em outros países, está sujeito a limites pecuniários máximos. Neste caso, entende-se que a cognição adequada, para garantir o tráfego comercial e considerando a baixa relevância econômica da discussão, pode contar com simplificações decisórias, normalmente compensáveis por procedimentos posteriores com inversão de iniciativa. Cf.: JUNOY, Joan Picó. El Proceso Monitorio: una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. Revista de Processo, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 129-160, nov. 2010.

494 VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 175.

495 Conforme conclui VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 175-178.

496 A possibilidade de alteração do método cognitivo empregado não foi defendida por Vogt. Apesar disso, entende-se, que, conforme defendido anteriormente, a partir do momento que a alteração dinâmica do método cognitivo empregado significa garantir a perquirição contínua de eficiência processual e de racionalização da cognição (devido processo legal), como forma de obter a melhor cognição possível, seria possível defender a possibilidade de sucessão entre métodos cognitivos dentro de um mesmo processo.

anterior. Nada impede que um ou vários centros cognitivos desempenhem expedientes cognitivos simultâneos orientados por métodos diferentes para a resolução global de um mesmo problema estrutural[497].

Já no que se refere ao juízo de necessidade, o experimento jurídico deve compor as diversas alternativas regulatórias e alternativas entre eventos funcionalmente diferenciados como forma de impor a menor onerosidade possível. Onerosidade, neste sentido, não deve ser lida como menor custo financeiro, mas diversos tipos de custos. Principalmente, deve-se ter em mente que quanto maiores os custos associados com o desenvolvimento de um experimento jurídico, maior deve ser a gravidade da afetação dos interesses jurídicos afetados e a incerteza da medida que deve ser tomada[498].

Destaque-se, por fim, que a realização de um juízo de proporcionalidade em sentido estrito pode ser necessária para calibrar a intensidade dos eventos normativos do processo de experimentação[499] e mesmo para impedir à sua realização quando a equação de ônus e bônus esperados não lhe justificar.

Estabelecido que o experimento jurídico é um método cognitivo e em que condições mínimas ele se afigura adequado e necessário, interessa perquirir o que deve compor esse método, não a nível de eventos normativos, mas a nível de parâmetros metodológicos mínimos. Sob este prisma, discute-se na doutrina se o experimento jurídico deve emular um experimento científico, ou ainda se deve ser referível metodologicamente a tais experimentos. Conforme se verá no tópico a seguir, defende-se que, desde que observadas as notórias diferenças entre ambos, uma referibilidade atenuada aos elementos que compõem o arco metodológico dos tipos ideais de experimentos pode melhorar a qualidade cognoscente do experimento jurídico.

2.6 **Da relação entre experimentos jurídicos e experimentos científicos**

497 A cisão ainda pode ser estrutural-objetiva no mesmo processo. Assim, se o contexto regulado tiver aspectos marcados por incertezas e aspectos bem determinados, é possível que a cognição seja cindida objetivamente e estruturalmente em relação a cada aspecto.

498 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

499 Por exemplo, diante de uma projeção de ônus mais intensa a direitos, um juízo de proporcionalidade em sentido estrito pode exigir eventos de controle de riscos mais complexos.

2.6.1 Diferenças gerais entre experimento jurídico e científico

O experimento jurídico não é uma espécie de experimento científico[500]. Embora seja um mecanismo com fins cognoscentes, que busca testar uma determinada hipótese[501], o experimento jurídico não está a procura de inferências causais que, revestidas de validez interna e externa[502], possam ser qualificadas como uma "verdade objetiva"[503].

Em vez de verdades objetivas ou explicações causais, o experimento jurídico visa a realizar um "teste de realidade" acerca da (in)efetividade de determinada regulação prospectiva, aferível segundo a pauta axiológica de determinado sistema jurídico. Em outras palavras, o experimento jurídico objetifica um problema e busca analisar se uma hipótese regulatória funciona ou não de acordo com critérios pré-definidos. Neste sentido, conforme assevera Ranchordás, a incerteza acerca da segurança de determinado produto não testado em laboratório, por exemplo, não é reduzida por um experimento jurídico[504].

As bases informativas geradas pelo experimento jurídico não necessariamente se qualificam como "evidências científicas", considerando, principalmente, a falta de um ambiente altamente controlado que caracteriza os experimentos científicos. Diversamente, ao produzir bases informativas sobre os efeitos diretos e indiretos de uma determinada escolha regulatória, permite-se compreender mais adequadamente a natureza do problema social presente no específico contexto regulado[505].

---

500 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004; RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 262 e ss, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

501 RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013.

502 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016; STOKER, Gerry; JOHN, Peter. Design Experiments: engaging policy makers in the search for evidence about what works. Political Studies, v. 57, n. 2, p. 356-373, jun. 2009.

503 Os problemas com a a perquirição cartesiana de uma verdade no processo são discutidos em CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 120-122. Também VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 50-53; CAVALLONE, Bruno. En defensa de la verifobia: consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. In: CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. Verifobia: un diálogo sobre prueba y verdad. Tradução Maximiliano Aramburo. Lima: Palestra Editores, 2012. p. 9-34.

504 RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013.

505 RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013.

Conforme argumenta Mader, a informação obtida por meio de experimentos jurídicos não objetiva gerar prova científica de um dado fenômeno, mas sim criar um substrato de plausibilidade acerca dos efeitos reais de determinada regulação[506]. A plausibilidade objetivada exerce um papel heurístico de redução de alternativas regulatórias[507] e, muito antes de se escorar na descoberta de uma interligação inexorável de causa e efeito, promove ganho de eficiência, porque baseada em informações qualitativamente superiores que previnem erros, assunção de riscos indesejados, além da produção de efeitos negativos[508].

Trata-se, ademais, de uma plausibilidade que, antes de causal, é teleológica[509], tendo em vista que visa a compulsar a relação entre um meio (intervenção regulatória) e um ou mais fins normativos (p.e.: preservação do meio ambiente).

No entanto, a redução de alternativas não decorre de um conhecimento que se pretende infalível e nem se dá ao ponto de excluir qualquer margem de discricionariedade do centro decisório[510]. O reforço argumentativo do "teste de realidade" é muito diferente, pois, da prova científica.

Saber, por exemplo, se a regra X que induz determinado comportamento em um mercado relevante reduz os níveis de emissão de gás carbono mais do que a regra sancionatória Y, pode orientar o centro decisório a escolher uma regra que concretize em maior medida a preservação do meio ambiente. O experimento traduz meras impressões cognitivas do centro decisório em conhecimentos cuja plausibilidade teleológica foi verificada[511].

Perceba, no entanto, que o expediente cognitivo empregado no exemplo dado não traduz uma relação nem causal, nem com suficiente validez externa para que se possa dizer que a regra X sempre reduzirá a emissão de gás carbônico em maior nível do que a regra Y no mesmo ou em outros mercados relevantes. O experimento jurídico é um método cognitivo

506 MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001.
507 KÖNIG, Klaus. Sobre la evaluación de los programas estatales. Documentación Administrativa, n. 218-219, p. 413-428, 1 jun. 1989.
508 GINSBURG, Tom; MASUR, Jonathan; MCADAMS, Richard H.. Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law. The University Of Chicago Law Review, v. 81, p. 291-359, 2014.
509 A diferença é apontada no âmbito dos processos estruturais por Galdino e já foi abordada no capítulo 1.
510 A discricionariedade é, por exemplo, ressaltada por KÖNIG, Klaus. Sobre la evaluación de los programas estatales. Documentación Administrativa, n. 218-219, p. 413-428, 1 jun. 1989.
511 A tradução de meras impressões legislativas sem verificação é apontada por RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013. A autora não fala, contudo, em plausibilidade teleológica.

fortemente contexto-dependente, razão pela qual se abre mão de replicabilidade em prol de um incremento funcional no contexto regulado[512].

Uma outra diferença fundamental é que a valorização da intersubjetividade[513] em todos os eventos normativos que compõem o experimento jurídico certamente afasta o paradigma sujeito-objeto que orienta o experimento científico[514]. Com efeito, o experimento jurídico não pode ser produto de uma introspecção subjetivista, na medida em que "as normas jurídicas se colocam em um contexto de relações intersubjetivas"[515]. O caráter deliberativo enseja uma "dialética de mútua implicação e estímulo", em que esquemas argumentativos "são postos em testes de resistência à crítica contínua de um número sempre indeterminado e incerto de participantes (…)"[516].

Por força disso, o elemento comunicativo do direito, que institui uma "competição pública em torno dos melhores motivos"[517], internaliza a revisão crítica à tomada de decisão e introduz uma constelação de interesses contrastantes com pretensão de exclusividade, o que certamente destoa dos esforços metodológicos incluídos na experimentação científica com o propósito específico de afastar os vieses do cientista da concepção do experimento e das inferências causais formuladas ao final.

Dessa forma, não é de se estranhar que cada sujeito ou feixe de interesses representado vise a incluir a sua visão na concepção, monitoramento, controle, avaliação e revisão da norma experimental. Todos esses eventos normativos são estruturados sobre bases dialógico-

512 Como ocorre nos experimentos geracionais de reformulação que serão a seguir descritos. ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

513 Sobre a valorização, em geral, da intersubjetividade no processo, cf.: ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-2.3 e ss.

514 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 120 e ss. De forma contundente, conferir a opinião de Oliveira: "A interpretação da regula iuris, no mundo moderno, só pode nascer de uma compreensão integrada entre o sujeito e a norma, geralmente não unívoca, com forte carga de subjetividade. E essa constatação ainda se reforça pelo reconhecimento de que todo direito litigioso se apresenta incerto de forma consubstancial" (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional, Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, n. 1, p. 89-122, dez./mar. 2004).

515 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.120 e ss.

516 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.122-123.

517 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.124.

argumentativas, o que lhes aparta significativamente dos eventos que compõem um experimento científico[518].

Para além de baseado em argumentos axiologicamente orientados, o aprimoramento cognitivo produzido pelo experimento jurídico só é relevante se culturalmente adequado as experiências de determinada sociedade[519]. Por esta razão, a própria pretensão de universalidade do conhecimento produzido configuraria um vício metodológico na elaboração de um experimento jurídico, apesar de se afigurar essencial em um experimento científico.

A variação de interesses juridicamente relevantes também produz um "fator independente"[520] de elevada mutabilidade, eis que as perspectivas eficaciais não somente são plúrimas, como variam de acordo com os parâmetros temporal e espacial da interação analisada.

Vale recordar, neste tocante, que a elevada complexidade e variabilidade das interações sociais já foi aventada, no passado, para objetar a possibilidade de realização de experimentos sociais em geral[521]. Conforme se verá no próximo subtópico, a objeção da possibilidade de realização dos experimentos sociais, ao menos no que se refere aos experimentos jurídicos, não se sustenta e deve, desde logo, ser repelida.

---

518 "Los experimentos jurídicos, cuando han sido diseñados y ejecutados correctamente, pueden proporcionar elementos de juicio que ayuden a establecer una regulación acertada, pero nunca conocimientos totalmente seguros e indiscutibles que constriñan a decidir en un sentido u otro. Queda siempre un ancho margen para la decisión cuya responsabilidad debe ser asumida por el sujeto legi-timado según las reglas de nuestro Estado democrático de Derecho, y no por un equipo de expertos sociólogos " PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 152-153.

519 VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 142-147.

520 O controle de fatores independentes para assegurar validez é uma das razões pelas quais o experimento científico costuma se valer de mecanismos como o padrão de Fisher, por meio do qual são introduzidos um grupo controle e um grupo de tratamento, randomicamente assinalados. RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 265. Como exemplos de fatores independentes em um experimento, Pascual menciona "De un lado, es posible que los cambios observados en la realidad no se deban al estímulo experimental, sino a otros factores distintos que hayan interferido en ella, generando una engañosa apariencia de causalidad: acontecimientos históricos externos, cambios natura-les en las circunstancias personales de los participantes en el ensa-yo, el efecto psicológico que produce en ellos el simple hecho de sa-ber que están siendo observados o recibiendo o administrando un tratamiento experimental, los sesgos en la elección de los participan-tes, su desmoralización, los abandonos, la regresión a la media a la que tienden los sujetos que se hallan en posiciones extremas, la co-municación y la imitación producidas entre los grupos experimental y de control, las compensaciones recibidas por cualquiera de esos dos grupos, etc." PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 173-174.

521 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

2.6.2 Rejeição da objeção de incontrolabilidade dos experimentos sociais

Já se entendeu que simplesmente as interações sociais não poderiam ser provadas cientificamente[522]. A mera relação de causa e efeito não seria capaz de explicá-las, pois a atividade social seria "praticamente indeterminável"[523]. Considerava-se, assim, impossível evitar "fracassos retumbantes", cujos efeitos terminariam por recair em pessoas reais, tendo em vista que nos experimentos sociais em geral a pessoa humana não é apenas "o mestre da experiência, [mas] também o seu sujeito e objeto"[524].

A objeção, portanto, estava lastreada na impossibilidade de controle das condições contextuais do experimento, o que seria imprescindível para averiguar a existência de uma relação causal entre a intervenção experimental e a realidade observada. Além disso, nunca se poderia saber se os resultados obtidos poderiam ser generalizados de modo a abranger outros contextos diferenciados espacial e temporalmente[525].

Pascual rejeita a referida objeção demonstrando que, na verdade, parte-se de uma visão idealizada de experimentos científicos que sequer prevalece na seara dos experimentos naturais. Com efeito, afirma que também na seara dos experimentos naturais há variabilidade e complexidade, bem como que ainda que os resultados obtidos com a experimentação prenunciem uma relação de causalidade, "tampouco aqui podemos estar seguros de haver encontrado uma lei verdadeiramente universal"[526]. Assim, o experimento somente permitiria "contrastar uma hipótese prévia", a qual nunca será confirmada ou rejeitada definitivamente[527].

Embora não esteja errado, discorda-se parcialmente dos argumentos de Pascual. É que, de fato, a variabilidade social tende a não obedecer a esquemas causais bem definidos, mas,

522 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.
523 KÖNIG, Klaus. Sobre la evaluación de los programas estatales. Documentación Administrativa, n. 218-219, p. 413-428, 1 jun. 1989.
524 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. p. 681.
525 Observações feitas em PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.
526 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 152.
527 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 152.

no máximo, a padrões observáveis[528] e sujeitos a mudanças por influência multilateral[529]. E, por isso, a transposição do método científico para a seara das ciências sociais não seria adequada. Isso não significa dizer, contudo, que, no que se refere ao Direito, a efetiva conformação deontologicamente orientada dos padrões sociais não seja possível.

O que não deve haver é uma pretensão cientificista em tentar identificar uma relação causal que esquematiza as interações sociais cambiantes, para fins de buscar a sua conformação deontologicamente orientada. Principalmente porque a sociedade não pode ser compreendida a partir de uma visão organicista e estática, mas sim a partir de uma ótica "sociativa", assumindo uma forma fluida e indeterminada e sujeita, por isso mesmo, a um "eterno refazer"[530].

A indução de comportamentos através de atos regulativos não reproduz uma lógica causal naturalística e nem exige uma compreensão plena de cada grupo de interações sociais para que se possa efetivar uma alteração no contexto regulado. Compreender o sistema de incentivos e desincentivos existente no contexto regulado e em que medida ele adere ou não aos mecanismos regulatórios vigentes é importante, mas não depende da investigação de inferências causais sobre como a "sociedade" funciona.

Ademais, o elemento comunicativo do Direito torna cognitivamente adequado o reforço qualitativo providenciado por bases informativas que conferem maior plausibilidade teleológica às inferências de efetividade e eficiência das regulações prospectivas. É bom lembrar que diante da necessidade da decisão, é melhor uma cognição que confira plausibilidade, do que um imobilismo que, com o passar do tempo, transfigure uma decisão arbitrária na melhor alternativa possível[531].

---

528 A diferença entre padrões e esquemas pode ser conferida em VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 218, nota de rodapé 175.

529 Como assevera KÖNIG, Klaus. Sobre la evaluación de los programas estatales. Documentación Administrativa, n. 218-219, p. 413-428, 1 jun. 1989.

530 Trata-se da visão de sociedade em Simmels, como inventariado por VITORELLI, Edilson.Tipologia dos litígios transindividuais I: um novo ponto de partida para a tutela coletiva. Revista de Processo. v. 247, set. 2015. versão eletrônica, disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RPro_n.247.14.PDF. Acesso em: 01/07/2021.

531 Como pontua Mader, "a racionalização das escolhas legislativas torna-se irrazoável quando se excede um certo limite de custos e tempo. Além desse limite, a arbitrariedade do legislador torna-se razoável". É esse o sentido do argumento empregado acima. A perquirição de uma prova científica, supostamente capaz de entender, a nível causal, as interações sociais multilaterais e cambiantes de determinada sociedade, transfiguraria o experimento em um expediente cognitivo prévio à justificação da arbitrariedade. MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001. p. 130.

Por conseguinte, pelo menos na seara jurídica, a objeção deve ser repelida por pressupor o necessário transplante do método científico ao experimento jurídico, o que posicionaria a investigação de relações causais em primeiro plano. Na medida em que se rejeita a preferência metodológica pela investigação de relações causais naturalísticas, por sua inadequação ao Direito, supera-se a objeção aludida.

2.6.3 Regulação jurídica de experimentos científicos

Veja-se, ainda, que a regulação jurídica do método experimental científico também não configura uma espécie de experimento jurídico[532]. Com efeito, o estabelecimento de condições de experimentação mínimas para fins de comercialização de um novo medicamento ou produto de beleza não transfigura em jurídico o experimento científico.

Nada obstante, é preciso destacar que a regulação jurídica de experimentos científicos revela diversas características comuns com o que foi descrito nos tópicos supra. No que se refere à lei espanhola sobre medicamentos, descrita, por exemplo, por Pascual, exige-se da empresa farmacêutica a celebração de um contrato de seguro que cubra eventuais danos, a proibição de experimentação com pessoas incapazes de consentir, quando exista outro modo de obter o conhecimento necessário e a responsabilização objetiva do condutor do experimento em caso de danos aos participantes (compensações sistêmicas aos riscos)[533].

Também exige-se a demonstração prévia de dúvidas razoáveis acerca da eficácia e segurança das modificações terapêuticas pretendidas, para fins de iniciar o experimento (adequação cognitiva), que depende da autorização de um Comitê Ético de Investigação científica que tenha considerado os benefícios esperados para o sujeito do ensaio e para a sociedade justificam os riscos (necessidade e proporcionalidade em sentido estrito). Ademais,

532 Como argutamente percebido em VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. Contudo, há controvérsias. Pascual recheia o seu artigo sobre o tema de exemplos de "ensaios clínicos", enquanto Ranchordás admite que a regulação jurídica de experimento científicos revela um "grau menor" de experimentação jurídica. PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004; RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 75-76.

533 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

deve haver a supervisão permanente do desenvolvimento e resultado dos experimentos (monitoramento e controle)[534].

Das diferenças entre os experimentos jurídico e científico deduz-se que não é razoável defender que o primeiro deve emular a metodologia do segundo. Todavia, conforme se verifica da regulação jurídica dos experimentos científicos, há evidentes pontos de contato entre os arcos metodológicos empregados em cada espécie de experimento.

Entendo que isso se deve por duas razões. Em primeiro lugar, trata-se de indicativo de que os eventos que compõem o arco metodológico de ambos os tipos de experimentos desempenham funções assemelhadas. Assim, a escolha de uma hipótese, definição de critérios de avaliação, formas de monitoramento, o controle de fatores independentes que venham a surgir e os momentos de revisão demonstram a clara aproximação funcional entre os eventos que compõem cada arco metodológico.

Em segundo lugar, a percepção de outros pontos de contato decorre do fato de que a comparação foi estabelecida entre os experimentos jurídicos e a regulação jurídica de experimentos científicos e não com os experimentos científicos em si. Assim, a previsão de diversos mecanismos de compensação de riscos assumidos em detrimento da saúde pública, a necessidade de autorizações e monitoramento de entidades externas revelam preocupações axiologicamente orientadas e, portanto, representam a introjeção de condicionamentos normativos ao desenvolvimento de experimentos científicos.

Seja como for, a aproximação funcional sugere a existência de algum grau de referibilidade atenuada unidirecional entre os experimentos jurídico e científico. Em seguida, veremos que a referibilidade entre experimento jurídico e experimento científico depende não apenas do tipo de experimento "científico" utilizado como parâmetro de referência, como também do que exatamente deve demarcar a referenciação entre ambos.

2.6.4 Referibilidade atenuada unidirecional entre experimento jurídico e científico: os tipos ideais de experimentos

De plano, assevere-se que a referibilidade aos experimentos científicos justifica-se como uma forma de garantir graus mínimos de confiabilidade às informações coletadas

534 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

empiricamente por meio do experimento jurídico[535]. Por sua vez, o seu caráter unidirecional significa que os experimentos científicos é que informam metodologicamente os experimentos jurídicos, não sendo a recíproca verdadeira. O maior desenvolvimento do método científico justifica a unidirecionalidade. Ademais, a referibilidade é atenuada porque nem todos os aspectos do método científico encontram equivalente necessário no experimento jurídico.

O grau de atenuação, todavia, varia conforme o tipo de experimento que se utiliza como parâmetro comparativo. Com efeito, conforme ensinam Ansella e Bartenberge, o termo experimento não é unívoco, sendo certo que diversas metodologias experimentais foram desenvolvidas para diferentes contextos. Na classificação proposta pelos autores, os experimentos poderiam ser divididos em três tipos ideais, sem prejuízo de experimentos com características híbridas. Os experimentos poderiam ser controlados, darwinianos ou geracionais (*generative*)[536].

Os experimentos controlados seriam aqueles que mais se aproximam do modelo clássico de experimentos científicos. Os experimentos controlados buscariam a confirmação da verdade ou justificação racional de uma hipótese, a partir da perquirição de inferências, com validez interna e externa, acerca de relações de causa e efeito[537].

Enfoca-se a construção planejada de ambientes controlados de modo que seja possível isolar os fatores que possam ser relevantes ao desenvolvimento da experimentação. Para realização do experimento controlado, costuma-se utilizar a metodologia de assinalação randômica de grupos controle e grupo de tratamento, como forma de prevenir vieses do condutor do experimento e minimizar a influência de fatores desconhecidos[538].

Como resultado, as informações produzidas por meio de um experimento controlado são consideradas mais confiáveis do que aquelas resultantes de mera observação e análise do pesquisador (informações observacionais). A identificação de relações causais com o controle

---

535 "(…) experimental rules require a methodological design inspired in true experiments (or at least in field experiments) which confers sufficient objectivity and validity to the obtained results" RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 311.

536 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

537 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

538 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

de outros fatores relevantes reveste o experimento de validez interna – repetibilidade nas mesmas condições – e externa – replicabilidade fora do ambiente laboratorial[539].

Os experimentos darwinianos, por sua vez, visam a produção de inovação por meio de processos de variação e seleção. Em vez de enfocar um único ambiente de experimentação, o experimento darwiniano é estruturado sobre a "crença" de que a expansão das unidades de experimentação resulta em maior variabilidade e, assim, em maior probabilidade de acerto. Os testes visam a aumentar a produção de variantes e não o controle de variáveis[540].

Enquanto os experimentos controlados utilizam a "lei dos grandes números para randomizar a amostra experimentada e, assim, eliminar vieses e influências conflitantes", os experimentos darwinianos projetam vários testes para aumentar a "frequência de inovação". Por esta razão, os experimentos darwinianos podem ser bem descritos pela lógica de "teste e erro", pois a falha é consequência necessária do incremento de variações[541].

Após projetar uma ambiência de variações ou de "experimentação paralela", os experimentos darwinianos seguem com a seleção e difusão dos melhores resultados. De acordo com essas características, os experimentos darwinianos não promovem o isolamento (controle) necessário para construir inferências causais, enfocando o processo de variação e seleção por meio de testagem paralela. Para esta finalidade, a direção do processo de variação, em que variação e seleção não são processos independentes, produziria melhores resultados, notadamente em experimentos sociais[542].

Por fim, a experimentação geracional é aquela em que o objetivo principal é estimular a produção e análise de informações sobre uma intervenção realizada, de modo a elaborar soluções novas para problemas pré-existentes. Assim como os experimentos controlados, os experimentos geracionais enfocam uma única ambiência de experimentação e, assim como os

539 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

540 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016. Vale notar que o modelo darwiniano claramente informa o raciocínio subjacente ao experimentalismo democrático (SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 477-498), o elemento experimental ínsito de Brandeis, bem como na "percolação" judiciária proposta por Lammon (LAMMON, Bryan. Rules, Standards, and Experimentation in Appellate Jurisdiction. Ohio State Law Journal. v. 74, p. 423-461, 2013), o que demonstra como a ideia é difundida na literatura jurídica norte-americana.

541 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

542 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

experimentos darwinianos, não se busca "discernir mecanismos causais". Não haveria propriamente uma "hipótese" a ser testada, mas um "protótipo" a ser introduzido e "sucessivamente refinado com base nas informações produzidas"[543].

Ademais, a ausência de um controle ambiental estrito e a experimentação no mundo real possibilitam uma maior possibilidade de colaboração entre participantes do experimento e condutor do experimento[544].

Evita-se, ainda, a proliferação de falhas, esperadas em experimentos darwiniano, como efeito colateral do método de variação e seleção. Por não raciocinar em termos evolutivos, nos experimentos geracionais enfoca-se, desde o início, a promoção de uma solução conceitual bem-sucedida, pressupondo, todavia, espaço suficiente para a reformulação iterativa da solução inicialmente proposta diante de novas compreensões e circunstâncias mutáveis. A ideia é solucionar o problema por meio de um processo de reformulação de *design* orientado pelo conhecimento e experiências acumuladas[545].

Por força dessas características, o experimento geracional é marcado por uma forte historicidade, tendo em vista que estabelece um processo de adaptação e ajustamento no decurso do tempo, normalmente através de iterações ou fases que se sucedem no desenvolvimento do experimento[546].

Em complemento, a lógica por detrás de um experimento geracional é caracterizada como abdutiva, em contraposição às lógicas dedutiva do experimento controlado e indutiva do experimento darwiniano. A lógica abdutiva traduz-se na "geração de uma nova hipótese para um padrão de informações", cuja forma é ajustada posteriormente à luz do problema concreto analisado. Assim, a solução conceitual seria avaliada de acordo com as demandas de determinado problema ou expectativas dos grupos interessados[547].

---

543 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016. p. 68.

544 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

545 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

546 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016. Em casos de processos estruturais, o elemento institucional – seja público ou privado – pode indicar a adequabilidade de uma referibilidade atenuada a um método geracional. Afinal de contas, a institucionalidade garante a historicidade necessária ao modelo de experimentação.

547 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016. p. 69. A preferência pela investigação de adequabilidade a padrões já se afigura mais interessante aos experimentos jurídicos do que a perquirição de esquemas que desafiam a insuficiência das inferências causais discutidas anteriormente.

Os autores ainda destacam diversas diferenças entre os tipos de experimentos. A título de exemplo, enquanto os experimentos controlado e darwiniano aceitam e encorajam falhas, seja em prol de neutralidade, seja em prol da variabilidade, o experimento geracional é formulado e reformulado para obter sucesso, prevenindo falhas através de um caráter flexível e adaptativo[548].

No que se refere aos problemas enfrentados por cada tipo ideal, os experimentos controlados sofrem o problema da validez externa – tendo em vista a ambiência controlada laboratorial – enquanto os experimentos darwinianos sofrem com a dificuldade de aumentar a escala da variante bem-sucedida depois de estimular a criação das experimentações paralelas[549]. Os experimentos geracionais, por sua vez, devido a sua dependência contextual e interatividade com o mundo real, sofreriam uma redução de sua replicabilidade em contextos diferenciados espacial e temporalmente[550].

A descrição dos tipos ideais de experimentos, formulada por Ansella e Bartenberge, é interessante porque afasta o equívoco, comum entre os autores que tratam de experimentos jurídicos, de se pensar em método experimental sempre a partir de um referencial metodológico desenhado a partir de uma visão clássica de experimentos científicos como experimentos controlados[551].

Como se observa, os dois outros tipos ideais de experimentos – darwinianos e geracionais – expressam uma lógica que se aproxima muito mais do que se perquire por meio dos experimentos jurídicos. O enfoque na resolução de problemas e no que funciona, a testagem no mundo real, em ambiências menos controladas, sem a pretensão de revelar inferências causais universais, bem como a rejeição de uma lógica dedutiva aproximam os

548 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

549 O problema também é destacado por SUPER, David. Laboratories of destitution: democratic experimentalism and the failure of antipoverty law. University Of Pennsylvania Law Review, v. 157, p. 541-616, 2008.

550 ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

551 Exemplo: "The methodological side of experimental legislation is simultaneously an argument in favor and against this legislative instrument: 'in favor' because experimental legislation is a tool to test the effectiveness of new laws; 'against' because the methodology behind this instrument is often so far from fulfilling the requirements of an experimental design in a strict social science methodological sense that the validity of the results and the possibility to generalize them will probably seem to be missing from a scientific perspective." RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 262-263.

experimentos jurídicos de experimentos darwinianos e geracionais. Tais similitudes indiciam que em um caso concreto de experimentação jurídica os outros tipos ideais ou hibridações multidisciplinares[552] podem servir como referenciais metodológicos mais adequados.

Apesar disso, não se discorda totalmente daqueles que, como Ranchordás, insistem em aduzir que o referencial metodológico atenuado dos experimentos jurídicos seriam os experimentos científicos.

Para evitar a rejeição da posição de Ranchordás, deve-se, entretanto, restringi-la à referenciação como uma aproximação entre elementos mínimos que compõem o arco metodológico. Com efeito, mecanismos de controle de validez, monitoramento, definição de critérios e objetivos, avaliação sujeita a revisão crítica, de formulação de hipótese ou "protótipo de solução" a ser testado, o posicionamento metodológico da "falha" no processo de experimentação, etc, compõem o arco metodológico de todos os demais tipos de experimentos. Se o referencial atenuado for entendido como referibilidade aos elementos do arco metodológico, o equívoco de crer na univocidade de sentido do termo "experimento" tem a sua relevância diminuída.

Principalmente porque o enraizamento multidisciplinar dos elementos mencionados radica-se, sobretudo, no âmbito dos experimentos científicos, o que corrobora a proposição de que, guardadas as suas diferenças, ele informa, em caráter distanciado, a composição elementar dos arcos metodológicos dos demais tipos ideais descritos por Ansell e Bartenberge. Em outras palavras, o método científico clássico, embora não sublime a autonomização dos demais tipos de experimentos, serve de referencial elementar metodológico atenuado para todos eles.

Destaque-se, desde já, que, nessa dissertação, não se embarcará na viagem supérflua e em "mares inadequados" de investigar em detalhes o arco metodológico dos experimentos jurídicos. Trata-se de viagem supérflua, pois consoante bem destacado por Pascual, "é impossível determinar com detalhe e caráter geral o desenho de quaisquer experimentos", pois a técnica experimental a ser aplicada depende das "peculiaridades do problema criado", sendo certo que "há tantas técnicas experimentais como classes de problemas"[553]. Ademais, como

552 Em ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016, defende-se que as características dos tipos ideais podem servir à composição de tipos híbridos.

553 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 175-176. A própria Ranchordás concorda com a afirmação: "As it shall later be demonstrated, the lack of a framework guiding legislators on the enactment of experimental laws may justify the imperfect

destaca Klaus König, a comparabilidade objetiva entre dados produzidos no âmbito de searas substancialmente distintas é extremamente limitada, se não impossível[554].

Por outro lado, trata-se de "mares inadequados", pois o desenvolvimento do arco metodológico de um experimento depende do acesso a conhecimentos multidisciplinares[555] relacionados à seara que será objeto de experimentação, o que exorta a pesquisa de caráter jurídico, mais interessada com limites e condicionamentos deontológicos.

Ainda assim, afigura-se relevante extremar o experimento científico do experimento jurídico, para fins de blindá-lo de críticas equivocadas acerca de um eventual retorno do paradigma do juiz como cientista social. Isso não é alterado pela referibilidade atenuada descrita porque ela é apenas de elementos metodológicos: a validez interna, por exemplo, é um elemento metodológico do experimento jurídico, no entanto não terá a mesma conformação que apresenta no âmbito dos experimentos científicos. Além disso, a referibilidade a elementos do arco metodológico do experimento científico pode ser útil para entender em que medida as funções cognitivas ou regulativas diferenciadas de cada evento normativo não mantém com este arquétipo uma ligação distanciada.

No próximo tópico, investigaremos quais são as características normativas mínimas que estão associadas aos experimentos jurídicos. Conforme ficará claro, a nossa opinião é a de que algumas das características tidas como essenciais para a identificação dos experimentos jurídicos são apenas acidentais ou típicas. Para nós, o equívoco em reconhecer sua essencialidade decorre tanto da concepção subjetivista da categoria (orientada à legislação ou, no máximo, à administração), como, por vezes, de uma referibilidade descalibrada ao método científico.

2.7 **Análise das características ou elementos normativos dos experimentos jurídicos**

Neste tópico, revisaremos criticamente as características ou elementos normativos que a doutrina costuma indicar como essenciais à categoria dos experimentos jurídicos. Trata-se

---

design of many experiments". É por isso que a autora entende que o máximo que pode apresentar é um modelo com exigências mínimas. RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 75.

554 KÖNIG, Klaus. Sobre la evaluación de los programas estatales. Documentación Administrativa, n. 218-219, p. 413-428, 1 jun. 1989.

555 MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001.

de expediente necessário, principalmente quando se considera que partimos de uma concepção objetivista de experimentos jurídicos, razão pela qual é possível que algumas das características apontadas pela doutrina digam, na verdade, respeito a experimentos projetados por determinados sujeitos e não ao processo de experimentação jurídica em si. Além disso, as controvérsias acerca da referibilidade atenuada aos elementos do arco metodológico dos experimentos jurídicos aos experimentos científicos podem induzir excessos que precisam ser contornados para que possamos prosseguir em nossa análise.

2.7.1 A introdução da norma experimental e a formulação da hipótese normativa

Antes de mais nada, e conforme já explicitado acima, o experimento jurídico é caracterizado pela introdução da norma experimental, uma espécie de pré-decisão supervisionada, cujo principal objetivo é garantir aprimoramento cognitivo, por meio de uma intervenção regulatória deliberada. Como primeira característica, portanto, tem-se que o experimento jurídico representa a cognição mediante a introdução de uma norma experimental.

Observe-se que a norma experimental não se confunde com o experimento jurídico em si. É que a norma experimental demarca, como primeiro evento normativo, o início do processo de experimentação, o qual ainda é caracterizado e integrado por outros eventos normativos que não se confundem com a norma experimental.

A norma experimental, por outro lado, é a projeção regulatória de uma hipótese normativa, a qual, portanto, também caracteriza os experimentos jurídicos[556]. Devido as deficiências do juízo prognóstico que marcam o contexto regulado, a norma experimental deve ser formulada com base em um juízo hipotético adicional e explícito que será cotejado, no momento de avaliação e revisão, à luz do aprimoramento cognitivo obtido.

Destaque-se que a hipótese normativa – diversamente da hipótese científica – não precisa expressar a descrição de uma relação de causa e efeito naturalística que se pretende universal. Diversamente, a hipótese normativa pode, com base em elementos cognitivos prévios, buscar analisar se a introdução de uma modificação regulatória serviria ao propósito

556 O caráter hipotético da norma experimental é reconhecido por PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004; RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013, por exemplo.

de contribuir para a promoção de determinado estado de coisas, cuja perquirição é orientada por determinadas finalidades normativas[557].

Em outras palavras, a hipótese normativa perquire a plausibilidade teleológica de determinada intervenção regulatória. Busca-se, portanto, robustecer os recursos cognitivos disponíveis, para que se possa instaurar um debate qualitativamente superior sobre se a norma experimental X (meio) é capaz de promover uma finalidade Y.

A hipótese normativa não deve, ademais, ser conjecturada a partir da norma experimental. Ela deve ser projetada expressamente *ex ante* pelo condutor do experimento, principalmente porque além de informar o próprio desenho da norma experimental, servirá, ainda, ao propósito de informar as atividades monitoradas, os critérios de avaliação e, em última análise, a própria revisão da norma experimental[558].

2.7.2 Temporariedade

Segundo a doutrina majoritária, uma das características essenciais da categoria dos experimentos jurídicos é a sua temporariedade[559]. Não por outra razão os autores em geral mencionam o elemento temporal na própria definição de experimentos jurídicos. Temporária é a qualidade do que não dura indefinidamente, do que foi feito para acabar e não ser substituído por algo de mesma natureza.

---

557 Conforme destacado no tópico anterior.

558 Ou seja, conquanto a norma experimental seja a projeção regulatória da hipótese normativa, esta não se esgota naquela. E por isso mesmo deve ser tratada como um elemento mínimo autônomo do experimento jurídico. Trata-se de elemento que, por injetar conteúdos em diversos eventos normativos, deve ser explicitado para auxiliar na operação da engenharia normativa autorreferente proporcionada pelo experimento jurídico.

559 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004, MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001, RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013, CHEVALLIER, Jacques. Les lois experimentales. In: BOURCIER, Danièle; THOMASSET, Claude. L'écriture du droit: legislation et technologie de l'information. Paris: Éditions Diderot, 1996. p. 167-203, CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003, GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014, dentre outros.

A temporariedade seria, em primeiro lugar, inerente ao direito ao "julgamento" da regulação[560] ou ao "teste de realidade"[561], pois ele não teria "por objetivo durar, mas simplesmente testar um fenômeno por um certo tempo (…) estabelece um período experimental e, portanto, termina"[562].

Por outro lado, a temporariedade serviria ao propósito de limitação dos riscos envolvidos no processo de experimentação, como forma de garantir que a população submetida às normas experimentais seja exposta apenas aos riscos necessários ao desempenho de sua finalidade cognoscente[563].

Em sentido semelhante, para Pascual, a temporariedade serviria também ao propósito de assegurar o monitoramento essencial ao processo de experimentação. Dessa forma, evitar-se-ia que "por força da inércia, continue indefinidamente em vigor uma regulação cujos riscos não estão sendo avaliados como é devido"[564].

É duvidoso se o elemento temporal realmente "garante", em qualquer sentido, a realização de atividades de monitoramento. Todavia, a relação entre temporariedade e limitação de riscos afigura-se clara e diretamente ligada ao seu suporte de adequação normativa (ambiências de incertezas elevadas ou mutabilidade acelerada).

A temporariedade serviria, ainda, ao propósito de evitar a violação do princípio da igualdade, notadamente nos experimentos parciais, ou seja, naqueles que são limitados subjetiva e/ou espacialmente. A conclusão, adotada pelo Conselho de Estado e Conselho Constitucional franceses, baseia-se na proposição de que o princípio da isonomia conviveria com um discrímen objetivamente justificado, desde que temporalmente limitado[565].

---

560 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

561 RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013.

562 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. p. 683.

563 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

564 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 183.

565 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. O ponto será objeto de considerações ulteriores no capítulo 3.

Ademais, para Horn, a demarcação temporal da vigência da norma experimental preservaria o princípio da segurança jurídica, na medida em que permitiria excluir a configuração de expectativas legítimas de continuidade do experimento[566].

Note-se que, para a maioria dos autores, temporariedade, neste sentido, significa que a norma experimental deve estar sujeita a um termo pré-definido. Em caráter minoritário, defende Pascual que a experimentação jurídica deveria estar sujeita a uma espécie de condição resolutiva, de modo que o experimento fosse extinto desde que "se constate que já não concorrem, ou que nunca concorreram, as razões que justificavam sua realização". Portanto, o termo pré-definido, conquanto frequentemente empregado, não seria um elemento necessário[567].

Em nossa opinião, a temporariedade, por todas as razões apresentadas, é um elemento essencial do experimento jurídico. No entanto, é preciso destacar que o que deve ser temporária é a norma experimental. Nada impede que devido a alguma peculiaridade da realidade material associada ao contexto regulado, o processo de experimentação jurídica em si adquira uma forma permanente, ou seja, que esteja associado a iterações sucessivas indeterminadas[568].

Assevere-se, contudo, que embora a experimentação permanente possa ser adequada à luz, por exemplo, de realidades sujeitas à mutabilidade acelerada, dificilmente seria justificável, em termos de necessidade, estabelecer um experimento de iterações sucessivas indeterminadas, considerados os custos normalmente elevados associados ao seu desenvolvimento completo.

Já no que pertine à forma de implementação da temporariedade, discordamos tanto da doutrina majoritária como de Pascual. Vejamos.

Em primeiro lugar, ainda que fixado termo pré-definido, a suficiência antecipada das bases informativas coletadas sempre deverá provocar a precipitação de seu evento normativo de avaliação e revisão normativa. Isto é, a suficiência antecipada das bases informativas

---

566 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 183-184. Algo semelhante ocorre com a técnica do julgamento-alerta, conforme CABRAL, Antonio do passo. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no direito processual.Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 56, p. 19-43, abr./jun. 2015.

567 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 183.

568 Essas sim sujeitas a uma condição resolutiva.

coletadas sempre constituirá uma cláusula resolutiva implícita do experimento jurídico. É que, diante de sua finalidade precipuamente cognoscente, a extinção antecipada do experimento é a única opção que assegura um controle teleológico adequado ao instituto.

Vamos, inclusive, além: a antecipação do evento normativo de avaliação e revisão pode se dar por uma plêiade de motivos relacionados à concepção da norma experimental. Apenas a título de exemplo, isso pode acontecer pela percepção superveniente do subdimensionamento ou superdimensionamento dos riscos envolvidos, pela verificação de desenvolvimentos imprevisíveis, identificação de fatores independentes não inseridos na concepção da norma experimental, formação independente de bases informativas suficientes, identificação, durante a implementação, de vícios metodológicos na formulação do experimento, etc.

Tudo que prejudique a concretização de sua finalidade cognoscente pode significar, em tese, a necessidade de antecipar os eventos de avaliação e revisão. Portanto, a ausência de vias procedimentais que permitam a antecipação motivada da revisão da norma experimental ou do processo de experimentação em si devem ser tidas como um defeito normativo a ser corrigido.

De outra banda, a nosso ver, nada impede que seja possível estabelecer uma condição objetiva mensurável que servirá ao propósito de garantir temporariedade às iterações do experimento jurídico. Em outras palavras, a temporariedade não precisa ser representada por um critério temporal fixo, mas idealmente pode conjugar elementos temporais, objetivos de cumprimento, objetivos de monitoramento, dentre outros. Nada adianta, por exemplo, que tenha havido o transcurso de determinada unidade de tempo, com o cumprimento de determinada meta objetiva, se o centro cognitivo monitorante não tiver conseguido finalizar a sua análise.

Assim, nossa opinião é que a temporariedade pode ser expressa com base em um termo pré-definido, mas também com base em critérios híbridos (temporal-objetivos) para casos mais complexos, sempre guardada a possibilidade de antecipar a avaliação e revisão do processo de experimentação nos casos citados[569].

Sem maiores reflexões, poder-se-ia objetar que o decotamento objetivo da norma experimental, na verdade, diria respeito à abrangência dos seus efeitos normativos, o que

569 A antecipação das iterações procedimentais do experimento jurídico está associada, neste trabalho, a função de controle, como será explicitado mais adiante.

significaria que a delimitação temporal, neste caso, seria meramente reflexa. Não é isso, todavia, que acontece. Na hipótese analisada, o critério objetivo serve ao propósito de delimitar o tempo de vigência da norma experimental e não para delimitar propriamente o seu escopo objetivo. Vale dizer: a delimitação objetiva dos efeitos da norma experimental não se confunde com a delimitação objetiva, não fixada em unidade cronológica, do tempo de vigência da norma experimental.

Imagine-se a seguinte situação simplificada: um determinado país formula um experimento jurídico de adesão voluntária que projete um regime tributário diferenciado a empresas de pequeno porte, desde que cumpridas as condições de habilitação W. As hipóteses normativas perquiridas consistem em saber se o relaxamento tributário garante (i) uma redução no preço final de produtos e serviços e (ii) o surgimento de novas empresas de pequeno porte com aumento da empregabilidade.

Determina-se que a norma experimental irá viger até que haja um número X de empresas aderentes, com uma dispersão geográfica Z, que coloquem em circulação um número Y de produtos e serviços, durante um prazo máximo de 5 anos e um prazo mínimo de 2 anos (para fins de medir o aumento de empregabilidade). Digamos que X, Y e Z sejam alcançados no prazo de 3 anos.

O exemplo deixa clara a diferença tratada. O aspecto subjetivo da norma experimental diz respeito à empresas de pequeno porte e ao respectivo ente tributante. Já o aspecto objetivo da norma experimental poderia ser remetido, no antecedente, à necessidade de adesão voluntária e de cumprimento das condições de habilitação W. Já no consequente, o seu aspecto objetivo poderia dizer respeito ao próprio regime tributário diferenciado sujeito à experimentação.

Não há dúvidas, pois, que a limitação objetiva da norma experimental não corresponde à X, Y ou Z, os quais condicionam, de fato, à sua durabilidade. Note-se que o caso exemplificado remete a um critério híbrido de delimitação temporal da norma experimental: se X, Y e Z forem alcançados em menos de 2 anos, haverá necessidade de esperar o transcurso do termo mínimo fixado para durabilidade da norma experimental. Por outro lado, se X, Y e Z não forem alcançados no prazo de 5 anos, precipita-se o experimento porquanto atingido o prazo máximo de sua duração, a qual pode ser eventualmente renovada desde que haja razões

para tanto. Por fim, se X, Y e Z forem alcançados entre 2 e 5 anos, a norma experimental deixará de viger e terá sua continuidade submetida ao evento de revisão normativa.

Por conseguinte, no exemplo dado, a hibridação de critérios temporais fica clara na primeira e na terceira hipóteses, enquanto na segunda prevalece um critério predominantemente simples (apenas temporal).

Por fim, concordamos com a doutrina majoritária no que se refere à necessidade de pré-definição do modelo de temporariedade que regerá determinado experimento jurídico[570]. Devido a sua estrutura normativa matricial, a temporariedade é essencial para garantir que cada evento normativo possa ser realizado segundo uma dinâmica normativa unificante, conforme já explicado. A ausência de definição prévia do critério de temporariedade da norma experimental representa, pois, um defeito normativo que deve ser passível de correção.

2.7.2.1 Temporariedade x provisoriedade

Um outro aspecto, ainda ligado à temporariedade, que pode ser analisado é se a norma experimental pode assumir uma forma provisória em vez de temporária. Não se trata de uma questão analisada pela doutrina estrangeira consultada.

Como se sabe, a diferença entre temporariedade e provisoriedade é, segundo Olvídio de Baptista, que a norma temporária, ao final de sua vigência, não viria a ser substituída por outra de mesma natureza. O contrário seria verdadeiro no que toca a norma provisória, que viria a ser substituída pela norma definitiva[571].

Assim, a tutela cautelar seria de natureza temporária, enquanto a tutela antecipada teria natureza provisória. Como a temporariedade não se opõe à definitividade, a sentença cautelar poderia se estabilizar pelo manto da coisa julgada, o que, contudo, não poderia ocorrer com a decisão concessiva de tutela provisória.

Entendemos que a discussão não tem utilidade para análise das características dos experimentos jurídicos. Pelo menos no que se refere ao estudo das estabilidades, a norma

570 Como se vê em MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001, por exemplo.

571 DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 562-563.

experimental está sujeita a outros parâmetros de análise que independem dessa classificação[572].

Seja como for, aplicando à classificação aos experimentos jurídicos, o que demarcará a provisoriedade ou temporariedade da norma experimental será a presença ou ausência do caráter cíclico ou iterativo, promovido por sua estrutura normativa. Com efeito, caso a norma experimental seja substituída por outra norma experimental, seria possível qualificá-la como provisória, enquanto se viesse a ser substituída por uma norma com pretensão de durabilidade tendencial prolongada ou de caráter revisável, a norma experimental seria qualificável como temporária.

Veja-se que ainda que a norma com pretensão de durabilidade tendencial tome a exata conformação da norma experimental não entendemos que haverá substitutividade por outra norma de mesma natureza. Explica-se o afirmado quando se recorda que a norma experimental assume a forma de pré-decisão supervisionada, cuja função cognitiva inverte a suposta antecedência lógica da cognição em relação ao momento decisório. Já a norma final – ainda que prescreva o mesmo conteúdo regulativo – não terá fins precipuamente cognitivos, senão regulatórios.

2.7.3 Elemento de limitação espacial e/ou subjetiva

Outro aspecto que costuma ser relacionado aos experimentos jurídicos é a necessidade de criação de um âmbito de incidência limitado espacial e/ou subjetivamente[573]. Conquanto haja quem admita experimentos globais[574] – ou seja, sem limitação espacial ou subjetiva – como foi o caso com a lei de descriminalização do aborto francesa, predomina na doutrina a exigência de parâmetros delimitadores do âmbito de incidência da norma experimental.

572 O assunto foge ao escopo dessa dissertação, mas, em nosso sentir, a solução reside no estudo da vinculação condicionante entre eventos normativos e nos limites interfuncionais de mecanismos jurisdicionais de regulação prospectiva.

573 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 74-75, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011; PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

574 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

Justifica-se a delimitação espacial ou subjetiva da norma experimental com base na redução dos riscos e efeito colaterais assumidos durante a implementação da norma experimental[575]. Dito de outro modo, se a aplicação do método experimental é justificável contextualmente, a proporcionalidade exigiria que o mínimo de pessoas fossem expostas aos riscos assumidos pela realização da intervenção experimental[576].

Conforme argumenta Pascual, ainda que a norma experimental venha a ser considerada *ex post* a mais vantajosa, ela é *ex ante* a mais arriscada, pois, em tese, já se conhece os custos e riscos relacionados ao contexto tal qual regulado no momento da intervenção experimental[577].

A redução de riscos e efeitos colaterais também vem estampada na metáfora dos "Estados como laboratórios", que na visão minoritária do Justice Brandeis, no caso *New State Ice Co v. Liebmann,* significaria que a forma federalista incrementaria as chances de inovação, na medida em que facilita a criação de experimentos em unidades federativas menores, reduzindo, com isso, os efeitos deletérios do fracasso. Neste sentido, a descentralização administrativa costuma ser elencada como fator que favorece a experimentação por permitir variação e redução dos efeitos de eventual insucesso[578].

Outra justificativa é que a limitação espacial e/ou subjetiva do experimento jurídico visaria a garantir tanto a monitorabilidade da execução do experimento, quanto a redução de seus custos. Assim, ainda que não houvesse limitação espacial ou subjetiva expressa, seria possível controlar o desenho do experimento de modo a dele extrair uma tal limitação de caráter implícito[579].

Em complemento, a necessidade de redução do âmbito de aplicação da norma experimental costuma ser relacionada como uma forma de garantir validez interna ao

---

575 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 82-83.

576 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

577 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

578 GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014. No âmbito dos experimentos jurisdicionais, uma variante desse argumento pode ser percebida na "percolação" judiciária, que visa a erigir o aprimoramento cognitivo, baseado na monitoração e comparação recíproca de efeitos concretos de alternativas regulatórias, à critério de decisão no contexto da formulação de precedentes. Cf.: LAMMON, Bryan. Rules, Standards, and Experimentation in Appellate Jurisdiction. Ohio State Law Journal. v. 74, p. 423-461, 2013.

579 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

experimento, na medida em que se reproduziria o "padrão Fisher" de separação de um grupo controle e de um grupo tratamento[580]. O grupo controle estaria submetido à regra anteriormente vigente, enquanto o grupo de tratamento ficaria sujeito ao regramento experimental.

Com isso, para além da restrição dos efeitos do fracasso e da difusão de riscos, aumentar-se-ia a confiabilidade das informações produzidas pelo experimento. Em complemento, o controle através de um "objeto" distinto reduziria a probabilidade de avaliações equivocadas em função da não percepção da eficácia de um fator independente[581].

Vale lembrar que o exemplo dado linhas atrás, para demonstrar a criação de critérios híbridos de limitação temporal, não se enquadraria como um exemplo de limitação subjetiva ou espacial. Com efeito, a necessidade de dispersão geográfica e a possibilidade de adesão apenas de empresas de pequeno porte que cumprisse as condições de habilitação W foram inseridas como condicionamentos adequados para testagem da hipótese normativa formulada e não para fins de delimitação de riscos, controle de validez interna, etc.

O exemplo poderia ser adaptado ao aspecto ora tratado se somente parcela das empresas de pequeno porte com condições W de habilitação (limitação subjetiva) que tivessem sede nos Estados do Rio de Janeiro, Pernambuco, Goiás, Rio Grande do Sul e Tocantins pudessem participar do experimento (limitação espacial). A limitação subjetiva e espacial não guarda nexo com a testagem da hipótese normativa projetada, mas com a necessidade de redução de riscos e possibilidade de controle com os grupos não participantes do experimento.

Em nossa opinião, a limitação espacial ou subjetiva não configura uma característica essencial dos experimentos, mas uma característica meramente frequente. Embora a redução de riscos e prevenção de efeitos colaterais sejam aspectos importantes da projeção de um

580 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 265 e ss.

581 "Aquí se compara, por ejemplo, el estado de un tejido antes y después de haber recibido determinadas radiaciones. Sin embargo, esta técnica no es muy útil cuando el objeto puede sufrir cambios apreciables por factores independientes de los alterados deliberadamente por el experimentador. Así, por ejemplo, el hecho de que un sujeto mejore o empeore su delicada salud tras haber ingerido durante semanas cier-ta sustancia no dice demasiado acerca del carácter beneficioso o perudicial de ésta, pues el cambio puede haber sido causado por otras muchas circunstancias. En estos casos hay que comparar simultánea-mente dos objetos semejantes, en uno de los cuales se habrán efectua-do previamente modificaciones" (PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 150-151). O ponto também é destacado em FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p.

experimento jurídico, há outros mecanismos compensatórios que podem reduzir os riscos de um experimento jurídico.

Sem pretensão de esgotamento, poder-se-ia aventar: a atribuição clara de responsabilidade dos órgãos e entes que executam o experimento, a facilitação de participação conceptual e fiscalizadora da sociedade civil, a criação de redundâncias procedimentais para garantir maior segurança à implementação da norma experimental, a instituição de mecanismos de avaliação periódicos e de monitoramento por terceiros independentes, a programação com a previsão de indicadores específicos de mecanismos de monitoramento de riscos antecipáveis e não antecipáveis, etc.

Assim, o que é necessário é que sejam concebidos eventos normativos que exerçam função de controle, mas isso não precisa estar plasmado em um âmbito de aplicação normativa restrita espacial ou subjetivamente.

Por outro lado, a metáfora dos "Estados como laboratórios" não abrange necessariamente a questão ora abordada. É que se a limitação espacial e subjetiva for mera decorrência de uma atuação estadual ou municipal, contida nos lindes de cada unidade federativa, então a limitação não decorre do experimento, mas simplesmente do sistema de distribuição de competências.

Ademais, o fato de cada unidade federativa possuir competências concorrentes ou comuns não necessariamente enseja um estado de experimentação conjunta. É que para isso é preciso estabelecer parâmetros de avaliação assemelhados, mecanismos de monitoramento e compartilhamento de informações interfederativas, difusão de boas práticas por um ente centralizado, como propõem, por exemplo, os defensores do experimentalismo democrático[582]. O mero fato de que cada Estado pode implementar algo diferente não emula um experimento jurídico interfederativo, sendo certo que essa forma de enxergar a experimentação jurídica remete a já rejeitada teoria de que todo ato normativo teria um caráter experimental ínsito[583].

---

582 Veja exemplos complexos desse tipo de estrutura em SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Contextualizing regimes: institutionalization as a response to the limits of interpretation and policy engineering. Michigan Law Review, v. 110, p. 1265-1309, 22 mar. 2012.

583 Em alguma medida, a mesma crítica pode ser estendida a Lammon, pois o autor parece extrair do sistema de precedentes um elemento experimental ínsito que garantiria uma plataforma para testagem simultânea de interpretações normativas diversas. Embora reconheça alguns aspectos importantes dos experimentos jurídicos (v.g. estado de incerteza inicial, perquirição de efeitos reais de alternativas regulatórias, monitoração da aplicação da norma experimentada), diversos outros passam ao largo de sua exposição. De tal sorte que, a despeito do *nomen iuris* adotado, afigura-se mais adequado reputar a sua posição como uma tese referente ao

Acresça-se a isso o fato de que a experimentação (darwiniana) por processos de variação e seleção – ainda que devidamente estruturada – certamente enfrentaria questionamentos de violação ao princípio da isonomia, principalmente quando se observa a sua receptividade metodológica ao fracasso sucessivo[584].

A mais não poder, a metáfora recai no erro de pensar o experimento jurídico a partir de seu aspecto subjetivo. Com efeito, o caráter interfederativo do experimento jurídico – ainda que seja adaptado para tornar exigível a limitação estudada, o que por si só demanda um a revisão da singela ideia encapsulada pela metáfora – revela a inserção de um (suposto) condicionamento normativo associado ao aspecto subjetivo do experimento (unidades da federação), de modo que seria equivocado caracterizar o processo de experimentação em si com algo que é introduzido apenas pelo acréscimo de um aspecto subjetivo específico.

De outra banda, a perspectiva de que todo experimento jurídico afigura-se *ex ante* mais arriscado só pode ser entendida como correta se se parte de um contexto regulatório

---

sistema de precedentes, que qualifica a formulação de um parâmetro finalístico por um tribunal superior como introdutório de uma *interação comunicativa transjudiciária* que traz consigo a *sinalização* de que ainda não se sabe como regular de modo abrangente determinado contexto regulado. Aproveita-se, assim, a estrutura hierarquizada do Judiciário para distribuir esforços na perquirição de soluções empiricamente mais adequadas a serem desenvolvida com base na concreção, pelos juízos inferior, do parâmetro finalístico adotado pelo tribunal superior. O autor sugere, ademais, que esse tipo de interação comunicativa judiciária – ou experimentação, nas suas palavras – permitiria a substituição de esquemas argumentativos consequencialistas de base eminentemente teorética – inidôneos para solucionar adequadamente determinadas questões controvertidas – por esquemas argumentativos consequencialistas informados por bases empíricas. Observe-se que o autor exorta maior racionalidade na formulação de parâmetros normativos por tribunais superiores para gerenciamento de incertezas através da estrutura judiciária. Técnicas que cumprem finalidades semelhantes existem em outros países, como o julgamento-alerta alemão (CABRAL, Antonio do passo. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no direito processual..Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 56, p. 19-43, abr./jun. 2015) e, nem por isso, podem ser descritas como experimentais. Por outro lado, vale lembrar que o reconhecimento do problema do frustro prognóstico e a perquirição de maior racionalização dos processos de criação normativa também foram notados na posição que enxerga experimentalidade legal ínsita. Em suma, a posição de Lammon não versa sobre um experimento interjudiciário, com uso de delegações cognitivo-decisórias para desenvolvimento paralelo de eventos normativos específicos, mas simplesmente se postula a conformação de uma margem de incoerência sistematicamente autorizada para formulação de precedentes com espeque na aferição comparada de seus efeitos concretos. Cf.: LAMMON, Bryan. Rules, Standards, and Experimentation in Appellate Jurisdiction. Ohio State Law Journal. v. 74, p. 423-461, 2013. Em caráter derradeiro, vale notar que o autor admite expressamente outros tipos de experimentos jurisdicionais, deixando claro que processos de experimentação podem ser conduzidos pelo Judiciário. Dessa forma, não é de se excluir a possibilidade de que o experimento proposto no artigo seja apenas produto de uma imprecisão.

584 O arco metodológico darwiniano – justamente por incrementar o grau de fracasso – pode exigir, para sua proporcionalidade, limitações subjetivas e espaciais. Não se trata, entretanto, de uma objeção peremptória: o princípio da igualdade exige uma análise dinâmica comparativa do contexto regulado. Apenas se quis destacar que a receptividade metodológica ao fracasso sucessivo, dentro da lógica do processo de estruturação, dificulta a justificação objetiva e racional das eventuais distinções de tratamento criadas para que o experimento prossiga. Devido às suas peculiaridades, a justificabilidade sistêmica dos experimentos interfederativos, referíveis ao tipo ideal darwiniano, não será objeto de análise na presente dissertação.

inicialmente funcional que se busca aprimorar. Ou ainda de um estado de precaução, cuja modificação exige cautelas adicionais[585]. Todavia, veja-se que esses podem não ser o caso seja quem for o condutor do experimento. Tanto o Legislador, como o Administrador podem projetar um experimento para descobrir como solucionar um estado de coisas disfuncional e, neste caso, pouco valor haveria em limitar espacial ou subjetivamente o experimento para manter um *status quo* sabidamente desfavorável.

Já no que se refere à referibilidade ao elemento metodológico de validez interna dos experimentos científicos, remete-se a todas as diferenças que já foram expostas entre este tipo de experimento e o experimento jurídico. Embora a validez interna seja um elemento metodológico importante a qualquer tipo de experimentação (inclusive a jurídica), a divisão entre grupo controle e grupo de tratamento não é a única forma de obtê-la. Neste ponto, questiona-se, inclusive, na doutrina, a possibilidade de transposição do padrão de Fisher para os experimentos sociais em geral.

A validez interna do experimento jurídico deve se concentrar nos eventos normativos de controle, que servem não apenas para analisar o cumprimento da norma experimental, como para acompanhar a evolução de prognósticos de risco, a existência de fatores independentes, e, inclusive, se há razões para permitir a extinção antecipada do experimento.

Não se pode perder de vista, ainda, que a projeção de experimentos baseados em grupo de controle e grupo de tratamento enseja discussões acerca da violação do princípio da igualdade, as quais, embora não sejam incontornáveis, indicam, em conjunto com o anteriormente exposto, que a opção pela adoção do padrão Fisher deve ser justificada à luz das necessidades de um caso concreto[586].

Por certo, todos esses empecilhos não significam que o experimento nunca poderá ser limitado espacial ou subjetivamente. Se a regulação envolver afetação intensa de direitos individuais ou se os riscos assumidos forem gravosos, o postulado da proporcionalidade pode exigir que o experimento seja restringido espacial ou subjetivamente. Da mesma forma,

585 A relação do princípio da precaução com os experimentos jurídicos é tratada brevemente em VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

586 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. O ponto será desenvolvido no próximo capítulo. Entretanto, vale a pena ressaltar, desde logo, que não entendemos que a objeção de igualdade torne *prima facie* injustificável a experimentação com limitação subjetiva e adoção do padrão Fisher.

concorda-se que a restrição do âmbito de aplicação pode se referir a praticabilidade ou custeio das atividades de monitoramento.

Pode ser, ainda, que, em casos de cenários inicialmente funcionais, em que se pretende um aprimoramento do estado de coisas, a ausência de uma estrutura de monitoramento e avaliação periódica conduza a uma inexistência de dados suficientes para realização de uma comparação com a efetividade ou eficiência da norma experimental. Neste caso, pode ser justificável uma limitação espacial ou subjetiva.

O que todos esses exemplos revelam é que os fatores de limitação espacial ou subjetiva só devem ser introduzidos no experimento jurídico se, e somente se, revelarem um nexo de pertinência com o aprimoramento cognitivo que se pretende obter, desde que não diga respeito à concepção delimitadora da própria hipótese normativa. Em outras palavras, a inserção de uma limitação deste tipo só deve integrar a concepção do experimento jurídico se for relevante para torná-lo necessário ou proporcional em um caso concreto.

2.7.4 Elemento derrogatório

Os fundamentos elencados para justificar a essencialidade das limitações espaciais e subjetivas aproximam-no, em grande medida, da defesa de outra característica tida como essencial nos experimentos jurídicos: a presença de um elemento derrogatório[587]. Com efeito, a derrogação de uma regra geral vigente seria um segundo aspecto que garantiria a reprodução do padrão de Fisher e seria essencial para garantir um parâmetro de comparação de efetividade regulatória.

O elemento derrogatório veio a ser, inclusive, expressamente positivado no art. 72, §4º, da Constituição francesa, alterada em 2003. Segundo o dispositivo, as autoridades locais poderiam derrogar, a título experimental, leis e regulamentos, desde que observadas determinadas condições[588].

587 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 73, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

588 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

Segundo Ranchordás, a ausência do elemento derrogatório provocaria a perda de um elemento essencial dos experimentos jurídicos que é garantir a comparabilidade de resultados obtidos em dois grupos diferentes. Por força disso, leis que estabelecessem regimes experimentais não derrogatórios seriam meras leis temporárias incapazes de "performar uma função experimental séria"[589].

Ao suposto elemento derrogatório, aplicam-se as críticas já empreendidas contra a limitação espacial ou subjetiva. Discorda-se da essencialidade de um elemento derrogatório, cuja defesa parece se escorar numa concepção subjetivista legiferante de experimento jurídico.

Vale acrescentar que mesmo num cenário de regulação inicialmente funcional, não necessariamente há perda de comparabilidade, porque podem haver informações consolidadas – de fontes independentes ou oficiais – acerca do estado atual. Ademais, se o experimento jurídico utilizar como referencial metodológico os experimentos geracionais também não há essencialidade na recriação do padrão Fisher[590].

2.7.5 Consentimento

Uma questão paralela à limitação subjetiva dos experimentos jurídicos seria a necessidade de consentimento dos participantes. A doutrina em geral nega a essencialidade de consentimento[591], conquanto reconheça a sua relevância, sobretudo, no contexto de tensões existentes entre o princípio da igualdade e experimentos parciais.

Sem maiores digressões, concordamos que o consentimento não é essencial para a realização de experimentos jurídicos. Basta notar que nem sempre a adesão voluntária representará um mecanismo adequado para seleção do âmbito subjetivo do processo de

589 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 74.

590 Porque o experimento geracional pode partir do redesenho de um mesmo objeto experimentado. STOKER, Gerry; JOHN, Peter. Design Experiments: engaging policy makers in the search for evidence about what works. Political Studies, v. 57, n. 2, p. 356-373, jun. 2009.

591 Pascual ressalta que Horn, assim como ele, entende que o consentimento é desnecessário. PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. Conferir também: FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 38-40.

experimentação[592]. Ademais, a própria integridade cognitiva do experimento pode depender de um critério de seleção compulsório[593]. Dessa forma, a vingar a essencialidade do consentimento, uma parcela substancial de contextos regulados não poderia ser objeto de experimentos jurídicos, o que, teleologicamente, não faz sentido, considerando que estados cognitivos deficitários podem existir em qualquer hipótese.

Por outro lado, ainda sob o aspecto objetivo, a necessidade de consentimento parece perder um pouco a relevância quando não se considera que a regulação jurídica de experimentos científicos configura uma espécie de experimentação jurídica. Os exemplos de necessidade ou desnecessidade de consentimento trazidos por Pascual, por curiosidade, gravitam todos sobre esse tipo de regulação[594].

Sem embargo, vale ressaltar que o consentimento *pode* ser característico de experimentos jurídicos, quando exigido por outras normas que regem determinado contexto regulado ou ainda dependendo do seu aspecto subjetivo[595]. Em consonância a essa afirmação, veja-se, por exemplo, que o consentimento parece ser característica essencial dos experimentos privados. Assim, um experimento para verificar qual seria a melhor forma de revisar um contrato complexo poderia ser realizado em âmbito privado, desde que as partes convencionassem a sua realização.

Com isso, percebe-se, em síntese, que a perquirição de consentimento, sob o prisma do processo de experimentação em si, consiste em uma técnica que deve ter sua adequação aferida em cada caso, não se tratando, pois, de uma característica essencial de qualquer

---

592 Dentre outros, cf.: FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 39.

593 Os argumentos serão melhor desenvolvidos no próximo capítulo. Assevere-se, desde logo, que tratamos consentimento como sinônimo de adesão voluntária, embora as expressões possam designar, em outras leituras, significados distintos.

594 Relacionados, sobretudo, à regulação jurídica de exames clínicos.

595 Ranchordás, por exemplo, defende que a falta de consentimento pode ser compensada pela representatividade democrática do Legislativo ou da Administração dos Estados e Municípios que aderissem a determinado experimento (RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 268-269). O argumento é de duvidosa procedência, afinal de contas desconsidera outras questões que podem determinar a adequação do consentimento do próprio sujeito no caso concreto. Ademais, trata-se de uma proposição que, apesar de pressupor uma abrangência subjetiva ampla, não pode ser compreendida senão como subjetivamente restrita, o que é indicado pelo seu próprio núcleo argumentativo (representatividade democrática) que, apenas a título de exemplo, não parece expansível para experimentos privados. De outro lado, destaque-se, apenas, que o aspecto compensatório do argumento não indica que a autora defenda a essencialidade do consentimento, mas apenas que, em um caso em que ele se fizesse necessário, a representatividade democrática da unidade federativa aderente poderia compensar a sua ausência.

experimento jurídico[596]. Em complemento, a necessidade de consentimento pode surgir como um condicionamento normativo ligado ao próprio contexto regulado ou infundido pela identificação do condutor do experimento.

2.7.6 Monitoramento

De outro lado, por tudo que já foi exposto nos tópicos anteriores, concorda-se com a doutrina no sentido de que o monitoramento é uma característica essencial dos experimentos jurídicos[597]. Trata-se de característica inerente a própria ideia de experimento, afinal de contas, sem observar os efeitos, a intervenção deliberada nada mais seria do que uma mera intervenção deliberada. Em suma, não há aprimoramento cognitivo sem monitoramento, de modo que projetar os eventos normativos de monitoramento é essencial para o estabelecimento de um processo de experimentação.

A essencialidade do monitoramento induz a essencialidade de previsão dos parâmetros mínimos de monitoração[598]. Trata-se de definir um mecanismo de monitoramento específico (ex.: relatórios, inspeções, alimentação de um sistema informatizado de dados, etc), quem serão os responsáveis pelo monitoramento (ex.: Judiciário, TCU, comissão legislativa, Tribunal internacional, entidades da sociedade civil, entidade de estrutura específica), de uma periodicidade mínima das atividades realizadas (ex.: a cada dois meses, diariamente, em tempo real), bem como de quais serão as informações e atividades monitoradas (ex.: qualidade da água para consumo, congestionamento no trânsito, número de presos por cela, buscas e apreensões orientadas por perfis raciais, etc).

Entendemos que os parâmetros de monitoração precisam ser pré-definidos para iniciar o processo de experimentação. Por certo, não faria sentido, sob o ponto de vista teleológico,

596 Inclusive, recorde-se que no exemplo dado acerca da hibridação de critérios de limitação temporal havia um requisito de adesão voluntária.

597 Por todos, MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001.

598 PASCUAL, Gabriel Doménech. El seguimiento de normas y actos jurídicos. Revista de administración pública, n. 167, p. 97-145, 2005. A própria monitorabilidade da norma experimental é questão que deve ser discutida na projeção de um experimento jurídico, conforme reconhece Lammon (LAMMON, Bryan. Rules, Standards, and Experimentation in Appellate Jurisdiction. Ohio State Law Journal. v. 74, p. 423-461, 2013). Interessante notar que embora Lammon reconheça a importância da monitorabilidade, no âmbito dos experimentos conduzidos pelo Judiciário, o autor criteriza o seu reconhecimento a partir da internalidade das consequências produzidas pela intervenção regulatória experimental. Com isso, o autor sequer considera a possibilidade de delegações cognitivas externas como arranjo cognitivo capaz de promover a cognição adequada diante de determinados casos concretos.

efetivar a norma experimental sem que houvesse a estruturação dos mecanismos tendentes a garantir o aprimoramento cognitivo que se pretende obter.

Frise-se, no entanto, que a pré-definição não deve ser confundida com impossibilidade de alteração[599]. Com efeito, se as atividades de monitoramento se revelarem inadequadas ou excessivamente custosas, deve ser possível alterá-las dinamicamente no curso do processo de experimentação. Assim, por exemplo, pode ser que a sazonalidade do problema regulatório imponha a ressintonização temporal do mecanismo de monitoramento adotado.

2.7.7 Controle do contexto de experimentação

Paralelamente ao monitoramento, entendemos que o controle do contexto de experimentação também é característica essencial dos experimentos jurídicos. Para nós, o controle do contexto de experimentação visa, sobretudo, a assegurar a validez interna do experimento jurídico, a preservação de sua adequação e necessidade e a compensar os riscos assumidos com o seu desenvolvimento.

O controle do experimento jurídico permite, dessa forma, a reconcepção dinâmica do experimento jurídico, por meio da monitoração de questões não relacionadas diretamente ao atingimento das metas gerais pela intervenção experimental e por meio da precipitação dos eventos normativos de avaliação e revisão. Dessa forma, o controle revela uma preocupação dinâmica do condutor do experimento com a manutenção das condições necessárias para experimentação e, por isso, apesar de envolver monitoração, não pode ser resumido a este evento normativo.

A validez interna do experimento jurídico diz respeito à produção de informações utilizáveis para o propósito do experimento. Para garantir validez interna, os condutores do experimento jurídico devem garantir que fatores independentes – ou seja, aqueles não antecipados e não incluídos no planejamento do experimento – não prejudiquem os resultados cognitivos do experimento[600].

---

599 Ponto que é bem percebido pela doutrina do experimentalismo democrático. Cf.: LIEBMAN, James; SABEL, Charles. A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: the emerging model of school governance and legal reform. New York University Law Review, New York, v. 28, p. 183-304, 2003.

600 A importância de controle de fatores independentes é destacada por PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. Na doutrina do experimentalismo democrático, destaca-se a necessidade de percepção de circunstâncias imprevisíveis, como, por exemplo, em SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-

A título de exemplo, o não atingimento das metas fixadas em determinado período pode ser resultante do descumprimento da norma experimental, seja pelos órgãos responsáveis pela sua execução, seja pelos destinatários obrigados à sua observância. Assim, o descumprimento é um fator independente que prejudica a confiabilidade das informações produzidas pelo experimento que, acaso ignorado, poderiam levar, neste caso, à conclusão de que a norma experimental seria inefetiva sem que, de fato, ela fosse inefetiva para alcançar as metas e finalidades definidas.

Outros fatores independentes podem dizer respeito à questões de rotina burocrática, as quais, desconhecidas do condutor do experimento, podem não ser objeto de consideração prévia[601]. Eventos paralelos em geral, não relacionados à intervenção regulatória experimental, mas que influenciam na continuidade ou resultados da experimentação devem ser objeto de controle. Ademais, ainda a título de exemplo, o robustecimento das bases cognitivas disponíveis por fontes independentes também deve ensejar a precipitação da avaliação e revisão da norma experimental.

Por outro lado, considerando que o experimento jurídico é altamente contexto-dependente, as atividades de controle não devem abranger, via de regra, mecanismos de garantia de validez externa[602], a qual guarda relação com a produção de uma informação relevante para além do contexto de experimentação e tendente à universalização.

Isso não significa, todavia, que as informações produzidas por experimentação não possam ser aplicáveis a outros contextos. Principalmente considerando que o experimento perquire informações plausíveis, não é difícil imaginar que a plausibilidade possa ser intersetorial ou ao menos intercontextual. O que se quer destacar é que como a validez externa não deve ser perquirida no arco metodológico dos experimentos jurídicos, se, porventura, os recursos cognitivos forem dotados de alguma validez externa, ela será meramente reflexa.

Interessante notar, ainda, que os eventos de monitoramento encontram-se, sob determinadas condições, interligados com os eventos de controle. É que os desenvolvimentos

---

STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 477-498.

601 Os defensores da proceduralização com participação direta dos grupos afetados destacam que a limitação subjetiva processual às partes formais de um processo civil de interesse público excluem do processo informações sobre práticas, fatos e interesses que integram o conhecimento informal de servidores de "baixo calão". Cf.: STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. The Georgetown Law Journal, v. 79, p. 1355-1446, 1991.

602 Discorda-se, neste ponto, de PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

imprevisíveis, resultantes da interação da norma experimental com o contexto regulado, devem ser objeto de acompanhamento pelo evento normativo de monitoramento.

Contudo, a partir do momento em que os desenvolvimentos imprevisíveis podem afetar a adequação, a necessidade, ou a validez interna do processo de experimentação, eles se tornam objeto de cognição dos eventos de controle e podem ensejar a precipitação dos eventos de avaliação e revisão.

Da mesma forma, a partir dos dados coletados normalmente pelos mecanismos de monitoração, pode ser verificado um descompasso entre a previsão de riscos e custos e a sua efetiva configuração. Neste caso, o exercício das atividades de monitoração pode ensejar o controle dinâmico do desenho do experimento para evitar a sua desnecessidade superveniente.

Também integra o controle do contexto de experimentação a previsão antecipada de mecanismos de compensação dos riscos assumidos. Assim, por exemplo, a atribuição de responsabilização objetiva por danos causados, a monitoração de índices de medição de cada risco assumido, a necessidade de autorização prévia e em fases para realização de determinadas atividades perigosas, etc, configuram também uma preocupação típica de controle do contexto de experimentação.

Como mecanismo compensatório, entendemos, ainda, que o controle do contexto de experimentação deve promover o princípio da segurança jurídica como continuidade. Com efeito, para fins de efetivar a sua dinâmica normativa unificante, é preciso lidar com a sucessão condicionada de normas – principalmente quando há mais de uma iteração experimental – de modo a evitar mudanças normativas bruscas e abruptas, como forma de garantir o desenvolvimento consistente do direito.

Assim, a vinculação condicionante entre os eventos normativos sucessivos não deve ser compreendida apenas como uma ligação argumentativa ou racional entre uma norma e a outra, mas também como uma fórmula capaz de oferecer uma transição suave à descontinuação da opção regulatória anterior.

2.7.8 Avaliação

Em continuação, a avaliação é característica essencial dos experimentos jurídicos[603]. Como vimos, a avaliação pode ser o evento subsequente ao monitoramento, como pode ser precipitada pelo exercício da função de controle. No primeiro caso, pretende-se medir os efeitos reais da norma experimental no contexto regulado, bem como a atendibilidade das metas especificadas e da finalidade fixada na hipótese normativa. No segundo caso, pretende-se averiguar se é preciso redesenhar o processo de experimentação à luz de variações que afetem a sua validez, adequação e necessidade.

Assevere-se que a avaliação que caracteriza o experimento jurídico não é aquela necessária para identificação de um problema regulatório, nem tampouco aquela que lastreia a concepção inicial da norma experimental. Esta é prévia à sua formulação e integra os mecanismos de avaliação *ex ante* que podem, inclusive, tornar desnecessária a experimentação[604]. A avaliação característica dos experimentos jurídicos é, reitere-se, aquela que segue os eventos de monitoramento e de controle.

Entendemos que os parâmetros mínimos de avaliação devem ser estabelecidos de antemão à realização do experimento, tendo em vista que a própria discussão acerca de sua avaliabilidade pode ensejar a (in)adequação do método cognitivo experimental[605]. Os parâmetros mínimos, assim como os relacionados ao monitoramento, englobam a definição de um mecanismo de avaliação específico (ex.: realização de auditorias independentes, consultas com especialistas, testes de conhecimento ou desempenho, padronização algorítmica da avaliação, entrevista com os destinatários da regulação, etc), de quem serão os responsáveis pela avaliação (ex.: um único órgão dotado de expertise, dois órgãos para efetivar avaliação por pares), do momento em que será realizada (normalmente associado ao evento revisão e à delimitação temporal da norma experimental; ou, no caso do evento controle, por provocação ou periodicamente), além dos critérios de avaliação que condicionarão à análise empreendida.

Os critérios de avaliação deverão ser específicos e adequados à função desempenhada. Como seguimento aos eventos de monitoramento, os critérios de avaliação deverão medir os efeitos diretos, indiretos e simbólicos da regulação experimental[606]. Para tanto, poderão ser

603 Por todos, GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014.
604 MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001.
605 Conforme destacado supra.
606 Sobre a classificação, cf.: GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. Texas Law Review, v. 89, p. 1669-1698, 2011.

desenvolvidos indicadores de performance (melhorias ou pioras segundo atividade realizada) e indicadores de resultados (atingimento de metas gerais, medição de dados objetivos, como qualidade da água, ocupação de leitos, congestionamento de trânsito por horário, etc)[607].

Em nosso entendimento, é possível pensar em indicadores interligados à verificação de outros indicadores, desde que relacionados à hipótese normativa. A título de exemplo, um indicador de "percepção comunitária" de crimes patrimoniais por bairro (indicador de performance) poderia ser avaliado em relação à medição de metas gerais de redução de crimes patrimoniais por bairros (indicador de resultado), como forma de avaliar se medidas regulatórias voltadas a incrementar aquela podem auxiliar na redução destes.

No que se refere aos indicadores de resultados, entende-se necessário estabelecer de antemão quais serão as metas gerais perseguidas pelo experimento jurídico. Veja-se que a finalidade do experimento não se confunde com as metas gerais fixadas. É só pensar, por exemplo, num experimento jurídico projetado para reduzir a superlotação dos presídios. Neste caso, a finalidade seria a promoção dos direitos dos presos pela melhora das condições carcerárias (finalidade normativa) provocada pela redução da superlotação dos presídios (finalidade fática – estado de coisas objetivado).

Nenhuma das duas finalidades se confunde com as metas gerais. A título de exemplo, poder-se-ia fixar como meta geral a redução de 20% dos índices de superlotação de celas e o incremento de 30% da qualidade das condições carcerárias.

Vale notar que tanto as metas gerais, como as finalidades do experimento jurídico condicionam todos os seus eventos normativos. Desde a concepção da hipótese normativa e da norma experimental em si, passando pelo monitoramento, controle e revisão, todos são influenciados pelas metas gerais e finalidades específicas do experimento jurídico.

Já para os eventos de controle, os critérios de avaliação deverão medir o incremento/decréscimo de riscos, custos e benefícios prospectados, o cumprimento da norma experimental pelos órgãos de execução e pelos seus destinatários, o impacto de fatores independentes no processo de experimentação, etc. Para tanto, podem ser desenhados indicadores de riscos específicos, fixadas metas percentuais de cumprimento da norma experimental, etc.

607 Falando em indicadores de processo (performance) e de resultado, cf.: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 210-214. A divisão também é abordada em alguns exemplos dados em SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

No que se refere aos fatores independentes, a avaliação deve ser capaz de traduzir a interrelação entre os dados do monitoramento propriamente dito e do monitoramento necessário ao desempenho da função de controle, de modo a acessar dinamicamente a adequação e necessidade do processo de experimentação. Trata-se de uma atividade complexa que exigirá, no mais das vezes, uma abordagem multidisciplinar, tendo em vista que os centros cognitivos de cada monitoramento e de cada avaliação podem ser distintos.

2.7.9 Revisão condicionada

Após a avaliação, a norma experimental deverá passar por uma etapa de revisão condicionada, a qual também caracteriza os experimentos jurídicos[608]. A revisão fecha o ciclo de experimentação e representa a introjeção dos recursos cognitivos aprimorados no processo de criação normativa.

Para nós, a revisão normativa deverá ser condicionada pelo aprimoramento cognitivo obtido, o qual não pode ser simplesmente ignorado[609]. Seja para o fim de adicionar uma iteração experimental – e, assim, formular uma nova norma experimental – seja para o fim de formular a norma que extinguirá o processo de experimentação, ou ainda para concluir que a norma experimental deve ser mantida em vigor, é certo que a cognição produzida pelo monitoramento e avaliação serão condicionantes do processo de revisão normativa.

É por isso que o experimento jurídico foi descrito em tópico supra como um método cognitivo condicional, porquanto a sucessão normativa por ele encetada é marcada por condicionamentos autorreferentes que bitolam a discricionariedade do centro decisório.

Elencam-se os seguintes resultados possíveis da revisão condicionada da norma experimental: (i) adicionamento de uma nova iteração experimental, com a projeção de uma norma experimental ajustada; (ii) formulação de uma norma final com base no aprimoramento cognitivo obtido; (iii) reformulação de aspectos do processo de experimentação como resultado do exercício da função de controle; (iv) extinção do experimento jurídico por

608 Trata-se de etapa fundamental do "direito ao julgamento", conforme destaca CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

609 Rememore-se que o experimento jurídico configura uma limitação interna ao exercício de uma função estatal, de modo que a opção pelo método cognitivo experimental sujeita o centro decisório a condicionalidade ínsita à sua dinâmica normativa unificante.

verificação superveniente de sua inadequação ou desnecessidade; (v) suspensão do experimento jurídico como resultado do exercício da função de controle; (vi) extinção anômala do experimento jurídico por externalidade; (vii) suspensão anômala do experimento jurídico por externalidade.

Fugiria do escopo da presente dissertação analisar cada um desses resultados no âmbito do processo de experimentação. O que é importante destacar, desde logo, é que todos os resultados prospectados são condicionados de modo autorreferente pelos eventos normativos mínimos que compõem o experimento jurídico.

No entanto, no caso de suspensão anômalas por externalidade, a preservação do elemento condicional ocorre de maneira diferente. Apenas a título de exemplo, pense-se que um determinado Estado, em conjunto com Municípios aderentes, realize um experimento jurídico para analisar qual seria a melhor forma de dispersar territorialmente unidades escolares, para fins de atender a demanda por ensino fundamental.

Próximo ao momento de avaliação, contudo, sobrevêm um estado de calamidade de saúde pública que, no âmbito da educação, faz com que Estado e Municípios tenham que redirecionar os seus recursos para viabilizar formas de ensino remoto, disponibilização de material de acesso, distribuição de alimentos aos alunos, etc.

Em casos como este, parece que o mais adequado seria suspender anomalamente por externalidade a continuidade do experimento jurídico. É que, em situações como essa, a continuação do experimento torna-se muito onerosa, o que, em decorrência da função de controle, pode ensejar a reconcepção do experimento jurídico[610]. Eventuais interesses

610 Note-se que o resultado (v) diferencia-se do (vii), porque naquele o controle é interno ao próprio processo de experimentação, ou seja, relaciona-se com o próprio desempenho de seus eventos normativos. No caso exemplificado, a externalidade não ocorreu por ressonância da implementação da norma experimental, senão por fatos alheios que alteraram a pauta de prioridades referente à continuação do experimento, em cotejo com outras necessidades. Em nossa opinião, a defesa de que a realização da função cognitiva de controle pode induzir resultados semelhantes ao (vii) oferece sustentação teórica a diversas proposições complementares. Em primeiro lugar, veja-se que a possibilidade de indução do resultado (vii) posiciona o evento controle como "receptor" de estímulos normativos externos, relativizando as fronteiras do próprio contexto de experimentação, que não pode ser compreendido por mera correspondência ao contexto regulado. Conquanto o experimento gravite em torno do contexto regulado, o contexto de experimentação exorta os seus lindes. Introjeta, dessa forma, em sua engenharia normativa autorreferente condicionamentos mais fluidos e não explicáveis por simples referência ao contexto regulado. Em segundo lugar, ao serem recepcionados pelo evento controle, os estímulos normativos externos podem induzir realocações funcionais (porque relacionadas ao controle) em sua estrutura normativa matricial, as quais, a bem da verdade, superam a simplicidade da resposta trinomial sugerida acima (continuação/suspensão/extinção). Vale conferir alguns cenários alternativos para demonstrar o afirmado. Neste diapasão, observe-se que, em determinados casos, pode-se entender, por exemplo, que o estímulo normativo externo justifica uma simples modulação de intensidade dos eventos de monitoração e avaliação. Apenas para ilustrar, pode-se substituir a realização de auditorias mensais *in loco* pela apresentação de relatórios bimestrais,

prejudicados pela mudança abrupta deverão ser considerados por mecanismos de compensação sistêmica, também em exercício da função de controle.

Observe-se, todavia, que a suspensão anômala exemplificada, embora prejudique a sucessão normativa inicialmente prospectiva pelo experimento, preserva o caráter condicional da revisão que somente será realizada quando a externalidade deixar de tornar a continuidade do experimento onerosa demais. Assim, a externalidade condiciona a suspensão – por

---

ou permitir a constituição de comitês mistos (participação pública e privada) de fiscalização e acompanhamento em detrimento da manutenção de uma infraestrutura específica para desempenhar a mesma função. Em outros casos, pode-se pensar na projeção de um evento de apoio regulativo para limitar e controlar a aplicação da norma experimental, como forma de garantir um aproveitamento cognitivo mínimo em continuidade do experimento. Para tanto, diversas espécies de limitação poderiam ser provocadas: subjetiva, espacial, objetiva, temporal, híbridas, etc. A título de exemplo, em hipóteses de absorção periódica de estruturas administrativas compartilhadas – para lidar concomitantemente com a externalidade e com o contexto regulado – seria possível conceber "estados parciais de dormência", em que periodicamente – segundo critérios objetivo-temporais – fossem viabilizadas desmobilizações parciais da estrutura afetada à experimentação, seguida da redução da abrangência subjetiva, espacial ou objetiva de aplicação da norma experimental. Em casos mais intensos – mas ainda assim marcados pela periodicidade – "estados totais de dormência" poderiam ser dimensionados, os quais poderiam ser descritos como microssuspensões em cadeia, as quais não induziriam, entretanto, microrrevisões em cadeia, mas simples remobilizações para continuação da experimentação microssuspendida. Em outro grau de intensidade, o condutor do experimento poderia acoplar à suspensão anômala do experimento original uma cisão cognitiva objetiva para projetar um experimento intersetorial para buscar elementos informativos de como lidar com a externalidade em concomitância com o problema inicial do contexto regulado. Ao término da estimulação deletéria, as razões consistentes obtidas poderiam ser incorporados ao evento de revisão do experimento original, garantido, dependendo do caso, uma verificação de intercontextualidade, para analisar a pertinência das bases incorporadas. Perceba-se que conquanto as situações exemplificadas gravitem em torno da suspensão e continuidade da experimentação, as possibilidades – ou o que significa suspender ou continuar em cada caso – são plúrimas e certamente suplantam os cenários brevemente exemplificados. Em outras palavras, a recepção dinâmica de estímulos normativos externos pode dar ensejo a uma multiplicidade de realocações funcionais para dar concretude a vinculação condicionante produzida pelo controle do contexto de experimentação. Em terceiro lugar, insta salientar que a possibilidade de realocações funcionais, provocadas pela receptividade de estímulos normativos externos, detém o potencial de oferecer um "início de resposta" ao problema de descoordenação interregulatória ou de escolhas regulatórias paralelas (externas entre si). Não é raro, por exemplo, que se discuta, de forma genérica, em processos judiciais, que a falta de atuação ou o desenvolvimento precário de determinada política pública deveu-se ao atendimento de outras prioridades ou à limitações imediatas não diagnosticas pelo Poder Público. Em parte, o problema decorre da pluralidade de pautas axiologicamente relevantes, de dificuldades fáticas e políticas, sem contar com a inexorabilidade de limitações pragmáticas, cuja desconsideração tende a provocar efeitos negativos sistêmicos. Contudo, de outra parte, o problema decorre da adoção de perspectivas e mecanismos regulatórios microcósmicos, marcados pelas distorções da disponibilidade e da "visão de túnel". Assim, projetam-se respostas regulatórias incomunicáveis, o que certamente resulta da prevalência de uma lógica de "fraturas" normativas, em que a descontinuidade – por fatores internos ou externos – constitui o *modus* predominante de interagir com os contextos de regulação. Diversamente, a dinâmica normativa unificante do experimento jurídico amplia a receptividade da função de controle, vocacionando a sua estrutura normativa para desempenhar o papel de "interface" para discussões interregulatórias específicas, repercutindo as suas implicações normativas em sua própria estrutura normativa. Ressalte-se, apenas, que a vinculação condicionante, oriunda da receptividade de estímulos normativos externos, é meramente residual e continua sendo autorreferencial, o que corrobora a afirmação de que somente se pode vislumbrar, no ponto analisado, um "início de resposta" ao problema de descoordenação interregulatória. Com efeito, trata-se de vinculação residual no sentido de que o *locus* interregulatório, promovido pelo evento de controle, não é abrangente, tampouco difuso, mas restrito a certas hipóteses. Neste sentido, realocações

desnecessidade, em exercício da função de controle – e o seu fim condiciona a realização do evento de revisão anteriormente suspendido.

Com efeito, a suspensão, ainda que anômala, surge como um resultado condicional que, em nosso entendimento, pode ser exigido pelas partes interessadas. Se o condutor do experimento não o retoma após o fim da externalidade, há um interesse jurídico na sua continuidade, o qual é respaldado pela superação da condição suspensiva. Nada impede que o condutor do experimento, por outras razões, decida extinguir o experimento por sua inadequação superveniente. O que não pode fazer, diante do fim dos efeitos onerantes da externalidade, é deixar de revisar a suspensão anômala realizada.

Em complemento, caso a retomada do experimento ocorra depois de um longo lapso temporal, novamente a função de controle poderá ensejar o retorno a eventos normativos pretéritos, como forma de garantir, por exemplo, a validez interna do experimento.

Destaque-se que o duplo condicionamento não ocorre no caso de extinção anômala por uma razão óbvia: uma vez extinto, não há nenhum condicionamento que exija a sua retomada subsequente.

Em caráter derradeiro, caso se decida por introduzir uma nova iteração experimental, a norma experimental condicionada ensejará uma nova hipótese normativa a ser investigada. Da mesma forma, as metas gerais podem ser ajustadas, tanto para introduzir indicadores relativos ao novo conteúdo regulatório, como para corrigir equívocos oriundos de metas inadequadas ou impraticáveis.

---

funcionais por receptividade de estímulos normativos externos somente poderão ser vislumbradas em face de obstáculos macroestruturais imobilizantes ou sobreonerantes. Assim, descoordenações interregulatórias menos intensas ou de formação progressiva ou irregular não serão, via de regra, alegáveis, a título de vinculação condicionante, no bojo do processo de experimentação. Por outro lado, as realocações funcionais discutidas são, ademais, meramente autorreferentes, ou seja, não vinculam reestruturações fora do âmbito do processo de experimental, apenas impõem uma revisão interna. Em outras palavras, ainda que o condutor do experimento também seja competente para decidir o aspecto interregulatório, a vinculação condicionante, oriunda do experimento jurídico, não lhe abrange, a despeito do caráter interferente. Se o sujeito competente decidir suspender determinada intervenção regulatória ou lhe restringir diante da repercussão do experimento em outro contexto regulado, em decorrência de situações excepcionais, como aquelas descritas nessa nota, não se poderá dizer que se trata de dever criado por força da vinculação condicionante experimental, mas sim, eventualmente, por discricionariedade sua ou em virtude de um juízo ponderativo para resolução de um conflito normativo. Por conseguinte, a "cegueira" interregulatória não é solucionada diretamente pelo processo de experimentação, seja porque o controle não abrange toda e qualquer interferência desse tipo, como porque a realocação funcional é autorreferente, não vinculando alterações nos outros âmbitos regulatórios. Entretanto, não há dúvidas, de outro lado, que a "cegueira" interregulatória é diretamente reduzida e pode ser, ainda, minorada indiretamente pela ampliação volitiva do centro decisório para lidar com outros aspectos interregulatórios a partir da interface inicial produzida pelo processo de experimentação.

Em outros aspectos, os eventos de monitoramento e avaliação, via de regra, não devem ser alterados, a não ser que se afigure necessário para garantir o aprimoramento cognitivo objetivado pela segunda iteração.

É possível também que o aprimoramento prospectado seja menor do que o aprimoramento anterior, o que é normal considerando o aumento de recursos cognitivos disponíveis, como resultado provável da primeira iteração[611]. Neste caso, o juízo de proporcionalidade que justifica determinada intensidade de monitoramento e/ou de avaliação pode sofrer uma alteração, ensejando uma redução de intensidade justificável.

Por outro lado, a finalidade normativa do experimento não deve ser alterada. É que o aprimoramento cognitivo objetivado pela segunda iteração deve ser um desdobramento do aprimoramento produzido pela primeira iteração. No máximo, pode-se pensar em readequar ou redelinear o estado de coisas objetivado, sempre, contudo, garantindo o nexo de desdobramento cognitivo entre iterações experimentais.

Em suma, a finalidade normativa do experimento representa, pois, um parâmetro normativo estável que interliga todas as iterações experimentais e cuja revisão poderia descaracterizar a continuidade do experimento, enquanto a finalidade fática pode sofrer alterações, desde que garantido o nexo de desdobramento cognitivo que marca a decisão por uma nova rodada experimental.

2.7.10 Reversibilidade dos efeitos do experimento jurídico

A última característica que será analisada é se os experimentos deveriam ser projetados buscando antecipar consequências normativas dotadas de reversibilidade. A reversibilidade dos efeitos de um experimento jurídico está ligada tanto a sua finalidade cognitiva, como a percepção de que ele envolve a assunção de riscos. Com efeito, devido a sua finalidade precipuamente cognitiva, entende-se que as consequências do experimento jurídico deveriam ser reversíveis, como forma de preservar a plena possibilidade de escolher, ao final, qual dos regimes regulatórios afigura-se o melhor[612].

611 Conforme destacado por Pascual, o valor cognitivo agregável tende a diminuir conforme se aumentam as bases informativas. PASCUAL, Gabriel Doménech. El seguimiento de normas y actos jurídicos. Revista de administración pública, n. 167, p. 97-145, 2005.

612 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

Acresce-se que quanto mais amplo for o espectro de aplicação do experimento, mais relevantes são os efeitos de seu eventual fracasso. Também por isso deveria o experimento ser projetado de modo a garantir a reversibilidade de seus efeitos[613].

Nada obstante, concorda-se com a opinião prevalecente no sentido de que a irreversibilidade potencial dos efeitos do experimento jurídico é inevitável. Principalmente quando se observa que o seu suporte fático hipotético abrange hipóteses de elevada incerteza, razão pela qual a própria prognose de reversibilidade seria provavelmente falha. O que deve haver, simplesmente, é um esforço de minimização dos riscos da experimentação e a introdução de mecanismos de compensação adequados[614].

Não se deve esquecer, contudo, que um experimento só deve ser realizado se, ponderados os seus riscos e custos com os benefícios esperados, sem (nunca) perder de vista o *status quo*, revelar-se proporcional. Neste sentido, sempre que a irreversibilidade for antecipável *ab initio*[615], ou mediante mecanismos de controle incidentais, deve-se garantir uma possibilidade de sua consideração no juízo de proporcionalidade, com a possibilidade de sua extinção antecipada, da eventual introdução de novos mecanismos de compensação ou ainda da introdução de novos condicionamentos ao processo de experimentação[616].

Em suma, a irreversibilidade dos efeitos projetados não caracteriza os experimentos jurídicos, no entanto, pode compor o substrato normativo do juízo de proporcionalidade que é necessário à possibilidade e a conformação de cada experimento jurídico.

2.8 **A concepção de experimentos jurídicos defendida**

Neste tópico, será oferecido um panorama, geral e sintético, da concepção de experimentos jurídicos defendida com base nos esforços analíticos contidos nas laudas

613 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

614 Nunca se deve perder de vista que os riscos também existem fora do experimento jurídico. A diferença é que eles são ignorados, não recebendo tratamento sistêmico adequado. Da mesma forma, não se pode tomar a irreversibilidade potencial com base em um vácuo de comparação: analisar a situação anterior à intervenção experimental é relevante na análise dos riscos de danos irreversíveis introduzidos pelo experimento jurídico.

615 Não parece aplicável analogicamente o art. 300, §3º, do CPC/15 ao experimento jurídico, tendo em vista que o frustro prognóstico superveniente não lida com uma hipótese de correção de um juízo de incidência normativa, conforme já analisado supra. Vale dizer: o tipo de "acerto" prospectado é diverso, razão pela qual o sinal normativo do art. 300, §3º, do CPC/15 não deve ser aproveitado para analisar a admissibilidade da norma experimental.

616 Como uma restrição espacial ou subjetiva, por exemplo.

anteriores[617]. A partir da reconstrução proposta, ficará evidente que o experimento jurídico não pode ser resumido a recalcitrâncias cognitivas, a revisibilidade ampliada, a proceduralização de centros decisórios deliberativos alternativos, tampouco a um genérico método de tentativa e erro.

Em caráter prefacial, o experimento jurídico, como categoria normativa, foi estudado a partir de seu aspecto objetivo (processo de experimentação em si), como forma de evitar que condicionamentos normativos infundidos pela consideração de seu condutor (aspecto subjetivo) confundissem a análise proposta.

O experimento jurídico consiste em um método atípico de cognição diferida e condicional em que o centro decisório projeta uma limitação interna ao exercício de suas próprias funções, baseada em uma vinculação normativa condicionante entre eventos normativos distintos, que permite a incorporação de razões consistentes ao processo de tomada de decisão, equalizando recursos cognitivos não disponíveis ao tempo da decisão.

Para tanto, o experimento jurídico reproduz uma dinâmica normativa unificante entre eventos normativos que antes eram tratados de modo difuso, eventual, externo e/ou separado, os quais passam a estar fundidos em torno de uma estrutura normativa matricial, que se caracteriza por um estado de polivalência funcional variável (funções cognitivas e regulatórias diferenciadas), cuja operabilidade depende de uma engenharia normativa autorreferente (implicações recíprocas intranormativas), orientada ao aprimoramento cognitivo (*telos* cognoscente). As funções mínimas do estado de polivalência funcional espelham suas características essenciais que exigem projeção no formato de eventos normativos.

Por se tratar de um método cognitivo, o experimento jurídico será admissível de acordo com a formulação de juízos de adequação e necessidade. Somente quando a experimentação jurídica permitir a "melhor cognição possível" em determinado contexto, sob um prisma de alocação otimizada de recursos, é que será possível reconhecer um dever de experimentação jurídica. Cuida-se de um método cognitivo reversível, eis que os juízos de adequação e necessidade que lhe dão sustentação devem ser realizados dinamicamente.

Para que a experimentação jurídica seja adequada, é preciso que a capacidade prognóstica do centro cognitivo e decisório seja ultrapassada, o que pode ocorrer tanto em ambiências marcadas por mutabilidade acelerada (aderência contextual) como em ambiências

617 O objetivo não é descrever todas as posições defendidas, mas apenas aquelas que permitem um panorama geral do que foi abordado.

marcadas por incertezas elevadas (estado cognitivo deficitário inicial), desde que haja condições técnicas de aprendizagem. Para que a experimentação jurídica seja necessária, é necessário que o experimento jurídico componha as diversas alternativas regulatórias e alternativas entre eventos funcionalmente diferenciados como forma de impor a menor onerosidade possível.

O aprimoramento cognitivo pretendido pelo experimento jurídico baseia-se em plausibilidade teleológica, a qual exerce um papel heurístico de redução de alternativas regulatórias, promovendo ganho de eficiência, porque baseada em informações qualitativamente superiores que previnem erros, assunção de riscos indesejados, além da produção de efeitos negativos. Além disso, o "teste de realidade" que programa é aferível de acordo com a pauta axiológica de determinado sistema jurídico e os seus eventos normativos são projetados sob base dialógico-argumentativas, considerando o elemento comunicativo inerente ao Direito.

O experimento jurídico caracteriza-se pela introdução da norma experimental, uma espécie de pré-decisão supervisionada, a qual é a projeção regulatória de uma hipótese normativa. Com efeito, devido as deficiências do juízo prognóstico que marcam o contexto regulado, a norma experimental deve ser formulada com base em um juízo hipotético adicional e explícito que será cotejado, no momento de avaliação e revisão, à luz do aprimoramento cognitivo obtido. A hipótese normativa perquire a plausibilidade teleológica de determinada intervenção regulatória.

A norma experimental é caracterizada por sua temporariedade pré-definida, a qual é essencial para garantir que cada evento normativo possa ser realizado segundo uma dinâmica normativa unificante. Sua forma pode ser expressa em critérios temporais ou objetivo-temporais, resguardada a cláusula resolutiva implícita decorrente da suficiência antecipada das bases informativas disponíveis, dentre outras condições descritas.

Ademais, o experimento jurídico é caracterizado pelo monitoramento dos efeitos da norma experimental. Trata-se de característica que conforma evento normativo funcionalmente diferenciado, cujos parâmetros mínimos devem ser definidos *ex ante*, a despeito da possibilidade de sua modificação ulterior.

Em complemento, o controle do contexto de experimentação também é característica essencial dos experimentos jurídicos. Trata-se de característica que conforma evento

normativo funcionalmente diferenciado que visa a assegurar a validez interna do experimento jurídico, a preservação de sua adequação e necessidade e a compensar os riscos assumidos com o seu desenvolvimento e a transição suave entre a sucessão condicionada de eventos projetada pelo experimento.

A avaliação da intervenção regulatória experimental também é essencial ao método cognitivo estudado, abrangendo a medição dos efeitos reais da norma experimental no contexto regulado, a atendibilidade das metas especificadas e da finalidade fixada na hipótese normativa, bem como averiguando se é preciso redesenhar o processo de experimentação à luz de variações que afetem a sua validez, adequação e necessidade. Trata-se de característica que conforma evento normativo funcionalmente diferenciado, que segue os eventos de monitoramento e de controle, cujos parâmetros normativos mínimos devem ser estabelecidos de antemão à realização do experimento, tendo em vista que a própria discussão acerca de sua avaliabilidade pode ensejar a (in)adequação do método cognitivo experimental.

Por fim, o experimento é caracterizado pela revisão condicionada da intervenção regulatória experimental, a qual fecha o ciclo de experimentação e representa a introjeção dos recursos cognitivos aprimorados no processo de criação normativa. Trata-se de característica que conforma evento normativo funcionalmente diferenciado, que conduz a uma sucessão normativa condicionada pelos eventos normativos anteriores, bitolando a discricionariedade do centro decisório.

O panorama do processo de experimentação apresentado permite compreender o que é um experimento jurídico, a sua dinâmica normativa, os seus fundamentos normativos, a sua natureza jurídica, o seu *telos* normativo, a espécie de vinculação normativa condicionante que produz e o que lhe orienta, quais são as suas características essenciais, quais são as funções que compõem o seu estado de polivalência funcional mínimo, bem como os eventos normativos que integram a sua estrutura normativa matricial.

Os avanços descritivos são claros. Contudo, para atender ao escopo da presente dissertação, é preciso continuar. Para tanto, faz-se necessário começar a discutir o que ocorre com a adição de um elemento subjetivo aos experimentos jurídicos.

2.9 **Os experimentos jurisdicionais de reestruturação**

2.9.1 O que é um experimento jurisdicional?

Antes de estudar os experimentos jurisdicionais de reestruturação, é imprescindível responder o que é um experimento jurisdicional. De forma direta, o experimento jurisdicional consiste no experimento jurídico projetado pelo Judiciário no exercício da função jurisdicional. Se o experimento jurídico foi estudado até agora à luz do processo de experimentação em si (aspecto objetivo), a partir de agora o foco recairá sobre o processo de experimentação projetado por um sujeito específico (aspecto subjetivo-funcional)[618].

Como já adiantado supra, a identificação do condutor do experimento adiciona uma camada de condicionamentos normativos específicos ao processo de experimentação. Dito de outro modo, o experimento legislativo lida com condicionamentos normativos distintos do experimento jurisdicional, porque as exigências processuais e os limites típicos de seu exercício funcional não coincidem.

Sem pretensão de esgotamento, a amplitude do *contrario actus*, a garantia de imparcialidade, a configuração do contraditório, a provocação e atuação oficiosa, as redundâncias internas de revisão do ato normativo editado, a possibilidade de intervenção para simples (tentativa de) aprimoramento ou em estados de controvérsia ou disfuncionalidade, a diferença das razões empregáveis em cada processo, dentre muitos outros aspectos, diferenciam o exercício da função legiferante da função jurisdicional. Não é de se estranhar, portanto, que os condicionamentos e limites aplicáveis aos experimentos jurídicos variem de acordo com quem seja o seu condutor.

---

618 A designação "experimento jurisdicional" foi preferida em detrimento de "experimento judicial" porque entendemos que o experimento judicial pode se dar tanto no âmbito da função jurisdicional, como no âmbito da função administrativa. Em verdade, o aspecto subjetivo deve ser compreendido em termos funcionais, razão pela qual talvez a denominação mais adequada – considerando a possibilidade de exercício de funções atípicas por cada instância de poder – fosse, em realidade, experimento judicial jurisdicional de reestruturação (órgão-função). Nesse sentido, um experimento projetado por medida provisória, por exemplo, poderia ser denominado de experimento executivo legiferante. Parece, contudo, desnecessário plasmar na nomenclatura do instituto a designação órgão-função, bastando a referência à função predominante exercida na projeção do experimento, complementando, contextualmente, a identificação do órgão condutor. É que, em nosso sentir, a infusão de condicionamentos normativos oriundos do aspecto subjetivo está mais relacionada à função predominante exercida do que na identificação do sujeito propriamente dito. Seja como for, ao menos no que se refere ao experimento jurisdicional de reestruturação, a questão não apresenta nenhuma relevância prática, eis que todo experimento jurisdicional de reestruturação será judicial. Vale dizer: a única instância de poder que detém jurisdição para solucionar estados de desconformidade estruturada é o Judiciário, principalmente tendo em vista a tipicidade do exercício jurisdicional por outras instâncias de poder. Fora das instâncias de poder – ainda que se admita a projeção de experimentos de reestruturação – não parece haver prejuízo descritivo em complementar contextualmente a identificação de outro órgão condutor da experimentação.

Apenas a título de exemplo, a adoção de um experimento com limitações espaciais baseado em processos de variação e seleção (darwiniano) pode fazer mais sentido na esfera administrativa do que na esfera judicial, notadamente caso se trate de um experimento administrativo interfederativo, quando se observa que a descentralização provocada pela forma federalista e pela previsão de competências comuns pode criar a estrutura propícia para esse desenho de processo experimental[619].

Ou ainda, a adoção de um experimento no âmbito de um contrato pode depender tanto de sua previsão expressa pelo Legislador, no caso de ordenamentos em que prevaleça um princípio de tipicidade das formas contratuais, como pode depender apenas da moldura dos institutos jurídicos envolvidos na avença, no caso de ordenamentos em que prevaleça um princípio de liberdade das formas contratuais, como o nosso[620].

Por conseguinte, admitir a possibilidade e analisar a conformação de experimentos jurídicos exige que se saiba quem será o seu condutor. Somente então conheceremos uma camada menos geral dos limites e condicionamentos que serão aplicáveis ao experimento. Diz-se "menos geral" porquanto o arco metodológico e os eventos normativos de cada experimento jurídico ainda são extremamente dependentes do contexto regulado. Assim, o contexto regulado adiciona outras camadas de limites e condicionamentos, cuja análise especifica-se quanto mais concretude reveste a sua perspectiva inicial.

Cumpre destacar, neste sentido, que o controle jurisdicional de experimentos legislativo ou administrativos não transfigura a sua natureza em experimento jurisdicional. É que neste caso o Judiciário apenas exerce um controle normativo dos limites e condicionamentos impostos pelo ordenamento jurídico àquele experimento específico. Dessa forma, o Judiciário não assume o projeto de experimentação, apenas eventualmente lhe reconduz ao que for exigido pelo ordenamento.

---

619 PASCUAL, Gabriel Doménech. Descentralización administrativa y experimentalismo democrático. Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n. 52/53, p. 43-67, 2005. É bom lembrar que a forma federalista não é pressuposto do processo de experimentação, conforme ensina RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 81-82: "Sunset clauses and experimental legislation can be used both in federal and unitary jurisdictions". Vale lembrar, por fim, que a previsão de competências comuns e forma federalista oferece uma estrutura propícia, *mas* insuficiente para projeção de um experimento interfederativo, conforme já destacado supra.

620 Sobre a adoção da liberdade das formas contratuais, cf.: TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado: conforme a constituição da república. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012. p. 5-15.

Por essa razão, os exemplos dados por Durand em que o Conselho Constitucional e o Conselho de Estado franceses exerceram sua função de controle sobre experimentos legislativos ou administrativos ainda permanecem sendo experimentos legislativos ou administrativos[621].

Veja-se que o controle jurisdicional de um experimento legislativo, administrativo ou privado não adiciona as camadas de limites e condicionamentos aos experimentos jurídicos quando estes são projetados no exercício da função jurisdicional, razão pela qual não há como confundi-los com experimentos jurisdicionais.

Por outro lado, isso não significa dizer que a cisão cognitiva subjetiva na condução do experimento jurídico descaracterize um experimento jurisdicional. É que o Judiciário pode delegar competência para um centro cognitivo externo, desde que ele seja capaz de garantir a melhor cognição possível (princípio da cognição adequada)[622]. Neste caso, o experimento não deixa de ser projetado pelo Judiciário que retém cognição secundária acerca das questões atinente ao experimento. Ademais, o Judiciário poderá retomar a cognição primária posteriormente e terá a sua decisão condicionada pelos resultados do experimento.

Note-se, neste sentido, que o experimento jurídico, embora pressuponha uma cisão objetiva da cognição, poderá, em determinadas situações, ser objeto de cisões estruturais e subjetivas. Nenhuma delas descaracteriza o seu processo de experimentação (aspecto objetivo), tampouco a identificação do condutor do experimento (aspecto subjetivo).

Se é certo que o controle de um experimento legislativo não caracteriza um experimento jurisdicional, interessa indagar, no próximo subtópico, o que exatamente significa projetar o experimento.

2.9.1.1 O que significa projetar um experimento jurídico?

Em princípio, parece suficiente asseverar, de forma direta, que o experimento jurisdicional é aquele projetado pelo Judiciário no exercício de sua função jurisdicional. No entanto, indaga-se: o condutor do experimento é aquele que estrutura os eventos normativos,

621 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

622 Amplamente em VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 178-180; 189-190; 197-199.

sem necessariamente desempenhá-los (controle diretivo-estrutural)? É aquele que desempenha os eventos normativos decisórios, sem necessariamente estruturá-los (controle diretivo-decisório)? É preciso exercer um controle abrangente da engenharia normativa autorreferente do experimento como um todo (controle diretivo total)? Ou basta reter a direção da função de controle (controle de integridade cognitiva)?

A questão, como se observa, não é simples, principalmente porque não se tem notícia de que tenha sido feita anteriormente[623]. Há uma pluralidade de parâmetros descritivos que poderiam ser aventados para dizer o que significa exatamente projetar um experimento e, por outro lado, uma falta de esquemas argumentativos formulados para a defesa de cada ponto de vista.

Destaque-se que todos os parâmetros descritivos vislumbrados lidam com os efeitos de um eventual compartilhamento decisório ou estrutural no âmbito do experimento jurídico. Fora desses casos não haverá dúvidas: o compartilhamento cognitivo externo não é suficiente para descaracterizar o diretor estrutural e decisório do experimento, pois o experimento submete-se à lógica do princípio da cognição adequada. Assim, como já foi defendido supra, a cisão cognitiva subjetiva no experimento jurisdicional, por exemplo, não detém aptidão para lhe descaracterizar.

Defende-se, de início, que a direção estrutural do experimento não parece ser suficiente para designar o seu condutor. Pense-se no caso de uma lei que estruture um dever administrativo de experimentar em determinado contexto regulado. O experimento, neste caso, será legislativo ou administrativo? Parece claro que será administrativo, pois todas as decisões fundamentais acerca de cada experimento concreto serão tomadas pela Administração Pública.

Da mesma forma, eventual defeito estrutural não terá como referencial os condicionamentos normativos da função legiferante. No exemplo anterior, elabore-se que a lei prescreve a possibilidade de revogar amplamente o experimento jurídico[624] ou dispense a

623 Os autores que estudam a categoria dos experimentos jurídicos não realizam a cisão analítica entre aspectos objetivo e subjetivo da qual partimos. Por isso, a questão elaborada não faz parte das indagações da doutrina especializada.

624 Rememore-se que a vinculação condicionante entre eventos normativos é resultante da dinâmica normativa unificante do processo de experimentação e não de seu aspecto subjetivo-funcional. Não se pode esquecer, no mesmo sentido, que a adoção do mecanismo experimental provoca uma limitação interna ao exercício funcional de seu condutor que é ínsito à categoria. Por essas razões, não parece correto assumir que a revogação ou derrogação posterior possa ser realizada sem qualquer atenção à dinâmica normativa do experimento jurídico, simplesmente porque conduzido pelo Legislativo no exercício de sua função legiferante. É claro que isso não

formação de um processo administrativo com respeito ao contraditório nos eventos de avaliação e revisão. Será que o modelo de processo legiferante poderia condicionar um experimento que será dirigido pela Administração Pública, somente porque exigido pelo Legislativo? A resposta parece claramente ser negativa. Em sentido semelhante, se é o Judiciário que reconhece um dever de experimentação e projeta as exigências mínimas do experimento, por certo, ele não deixará de ser promovido pelo destinatário do referido dever[625].

De outro lado, o controle de integridade cognitiva, dependendo de sua inserção na dinâmica dos experimentos jurídicos, pode indicar um compartilhamento decisório que justifique a infusão de condicionamentos normativos próprios ao sujeito que revisa (ou retém a função de revisão) a norma experimental de forma precipitada em decorrência do exercício da função de controle.

No entanto, a mera determinação para que o condutor do experimento leve em consideração determinado fator independente, outro mecanismo de monitoramento ou indicador de performance não parece ser suficiente para provocar a infusão de condicionamentos normativos mistos. Principalmente porque a hipótese se assemelha à função de controle que o Judiciário exerceria normalmente quando provocado a compulsar a regularidade de um experimento legislativo ou administrativo. A determinação para que se considere um fator independente ou para que se realize uma cisão cognitiva estrutural-objetivo em relação a determinada matéria não erige o Judiciário à posição de mestre do experimento.

A questão torna-se menos clara na medida em que a entremistura cognitivo-regulativa proporcionada pelo experimento jurídico estiver sujeita a controles recíprocos e compartilhados. O condicionamento recíproco entre centros decisórios emula o aspecto

---

significa dizer que o grau de vinculatividade condicionante produzido seja o mesmo independentemente da identificação do seu condutor. Considerando que o escopo da presente dissertação não abrange o estudo da engenharia normativa autorreferente do estado de polivalência funcional mínimo do experimento jurídico, tampouco a análise do regime de vinculação condicionante em consonância com seu aspecto subjetivo-funcional, a questão não será objeto de desenvolvimentos ulteriores.

625 Pascual traz a lume que a doutrina alemã reconhece a possibilidade de reconstruir, a partir dos direitos fundamentais, deveres de experimentação implícitos ao Legislador. Neste caso, se o Judiciário invalida determinada lei e exige que o Legislador estabeleça um método cognitivo experimental, não há dúvidas de que o condutor do experimento será o Legislador. PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

condicional do experimento jurídico, o que pode indicar limitações internas recíprocas ao exercício funcional de cada condutor do experimento.

A construção de um critério normativo preciso demanda análises ulteriores. Apresentaremos apenas um esboço de parametrização que nos afigura suficiente. Em primeiro lugar, é preciso que haja a retenção de um grau relevante de entremistura cognitiva-decisória, ou seja, não basta só cognição, nem só decisão. Explica-se o parâmetro quando se observa que o experimento é um método cognitivo por intervenção regulativa, de modo que a entremistura é necessária para identificar o seu condutor.

Em segundo lugar, como explicado anteriormente, não basta a projeção estrutural abstrata do experimento, tampouco um controle fraco de integridade cognitiva, sendo necessário algum grau de controle concreto do experimento e de sua engenharia normativa autorreferente.

Em terceiro lugar, o experimento, por sua dinâmica normativa unificante, que introduz uma sucessão condicionada de eventos normativos, produz uma limitação interna ao exercício da função estatal ou uma limitação convencional ao exercício de comportamentos por entes privados. Neste caso, se a condução do experimento jurídico não provocar uma limitação interna, por força da experimentação, ao exercício da função de determinado sujeito não faz sentido considerá-lo condutor do experimento. No caso de compartilhamento decisório, os condicionamentos normativos são recíprocos entre os condutores (limitação externa), no entanto, ainda é possível indagar se a criação do experimento em si provocou uma limitação interna ao exercício de função pelo pretenso condutor analisado.

Por fim, o estado de polivalência funcional concreto pode induzir a preferência normativa pela infusão de condicionamentos normativos oriundos de sujeitos diversos. Explica-se o afirmado quando se rememora que a dinâmica normativa unificante do experimento jurídico reproduz a lógica do princípio da segurança jurídica como continuidade. A infusão de condicionamentos normativos plúrimos incrementa a previsibilidade objetiva dos contornos do processo de experimentação, razão pela qual sempre que for justificável, pelo acréscimo de eventos normativos diferenciados à sua estrutura normativa matricial, deve-se admitir a hibridação subjetiva de condutores do experimento.

O próximo ponto que vale a pena comentar brevemente é se o experimento jurisdicional sempre seria dependente de uma situação de regulação prospectiva. É que, ainda

que se admita que o Judiciário possa formular regulações prospectivas, certo é que no exercício de sua função típica, lida-se com questões ligadas tipicamente à regulações retrospectivas, ou seja, hipóteses de interpretação de normas eficazes e vigentes aplicáveis a um caso concreto.

2.9.1.2 Nem todo experimento jurisdicional lida com regulação prospectiva

Considerando o afirmado no último parágrafo do subtópico supra, indaga-se: será que não haveria espaço para experimentação jurisdicional no âmbito de regulações retrospectivas com efeitos prospectivos referentes à aplicação de normas de textura aberta que se proliferam, por exemplo, em nosso ordenamento? E, neste sentido, será que o enfoque doutrinário nas regulações prospectivas não derivou justamente da concepção subjetivista da categoria normativa estudada?

Em nosso sentir, ambas as perguntas devem ser respondidas positivamente. É que a incerteza elevada, que marca o suporte fático hipotético dos experimentos jurídicos, produz os seus efeitos negativos tanto em casos de regulações prospectivas, como em casos em que, apesar de regidos por normas jurídicas pré-sintetizadas pelo ordenamento jurídico, a sua baixa densidade normativa induz um estado de carência regulativa[626].

Para os fins deste trabalho, a carência regulativa pode abranger tanto um estado de lacunosidade normativa[627] como um estado de baixa densidade normativa[628]. A carência regulativa pode, de acordo com esta intelecção, ser propositada (baixa densidade normativa) ou "acidental" (lacunosidade).

No caso de baixa densidade normativa, o Legislador textualiza dispositivos normativos mais abertos com a finalidade de garantir flexibilidade interpretativa e, dessa

626 Sobre o problema da carência regulativa no âmbito da formulação de regras de transição, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 216-218.

627 Para Diniz, a lacuna surge da "quebra" da isomorfia que existe entre os subsistemas normativo, fático e axiológico. A inexorabilidade da "quebra" advém do dinamismo inerente ao direito, sendo certo, todavia, que, para a autora, o direito pode ser descrito, simultaneamente, como lacunoso (sob um prisma dinâmico) e sem lacunas (sob um prisma de solucionabilidade). Cf.: DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2000. p. 109-118; 268-286.

628 Relacionando a baixa densidade normativa à necessidade de projetar fechamentos sistêmicos, cf.: GUSMÃO, Lucas Araújo Lage de. Reestruturação Hiperimplicante da superação prospectiva: a segurança na provisoriedade. 2018. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 66-87.

forma, permitir regulações mais sensíveis a contextos diferenciados. No caso de lacunosidade, as peculiaridades do caso concreto revelam uma situação que não foi antecipada e que, por vezes, dificilmente o seria pelo Legislador.

A título de exemplo, um princípio é uma espécie de norma de textura aberta que tipicamente apresenta baixa densidade normativa[629] e que introduz no ordenamento um mandado de otimização[630]. Devido a tais características – e considerando a eficácia direta de um princípio – não é incomum que um mesmo caso concreto tenha que lidar com conflitos entre normas principiológicas. A solução frequentemente empregada para solucionar o conflito normativo e reduzir o espectro de variância que surge de sua textura aberta é aplicar técnicas ponderativas, como o postulado da proporcionalidade.

Ocorre que em um cenário de elevada incerteza, em que as alternativas interpretativas que serão ponderadas possam atrair riscos indesejados e não antecipáveis razoavelmente por um juízo prognóstico, afigura-se adequado admitir a possibilidade de se projetar um experimento jurídico como expediente cognitivo para reduzir as incertezas e, assim, aperfeiçoar o juízo ponderativo que recairá sobre a regulação daquele caso concreto[631].

O experimento, se bem conduzido, permitirá ao órgão julgador e às partes interessadas conhecer, a partir da mensuração dos efeitos reais experienciados, a afetação real dos princípios conflitantes naquele caso. Dessa forma, o experimento jurídico auxilia o centro decisório na redução do espectro de variância normativa que viceja em determinado caso concreto que envolve normas de textura aberta[632].

O órgão julgador liberta-se de ponderações baseadas em meras conjecturas ou impressões e passa a perquirir concretamente os efeitos de cada uma das alternativas

629 "De um lado, o objeto da interpretação é composto por textos naturalmente equívocos, seja por serem ambíguos – admitindo a construção de mais de uma norma, às vezes distintas e incompatíveis –, complexos – por conduzirem à construção de mais de uma norma, sendo elas distintas, mas coexistentes –, implicativos – quando permitem a construção de norma que implica outra (dita implícita) (…)" BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 74.

630 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 90-92; 93-109.

631 A falibilidade das técnicas interpretativas tradicionais para lidar com estados de elevada incerteza é destacada em SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Contextualizing regimes: institutionalization as a response to the limits of interpretation and policy engineering. Michigan Law Review, v. 110, p. 1265-1309, 22 mar. 2012.

632 E, assim, continua sendo um mecanismo de gestão de incalculabilidade. Em vez de reduzir alternativas regulatórias (prospectivas), o mecanismo reduz a variância normativa (retrospectiva) pela medição dos efeitos da alternativa experimentada.

decisórias reconstruídas a partir da eficácia direta dos princípios aplicáveis ao caso concreto[633]. Daí se percebe que o experimento jurisdicional, como método cognitivo, pode ser adequado e necessário também em hipóteses de regulação retrospectiva.

Por outro lado, a carência regulativa por lacunosidade aproxima-se de um modelo de regulação prospectiva. É que o reconhecimento da lacuna implica necessariamente o reconhecimento de uma situação não regulada[634]. Neste caso, com maior facilidade, poder-se-ia admitir a projeção de um experimento jurisdicional, desde que presente o seu suporte de adequação normativa.

Isso não significa que os métodos integrativos previstos pelo art. 4º, da LINDB deixariam de ser aplicáveis. De fato, os métodos integrativos prestam-se ao papel de reduzir o espectro de discricionariedade regulativa jurisdicional. No entanto, sem uma capacidade prognóstica razoável, a sua aplicação continua a ser baseada em meras conjecturas e impressões. Assim, a realização de experimentos jurisdicionais, em caso de lacunosidade, normativa pode conferir maior objetividade à aplicação dos métodos integrativos previstos pela LINDB, assim como aos métodos ponderativos de resolução de conflitos entre princípios.

Neste caminhar de ideias, vale a pena ressaltar que nem todo caso de regulação prospectiva decorre de uma resposta a um estado de carência regulativa. A maior parte dos exemplos de experimentos legislativos revelam a descoincidência. Veja-se o caso da descriminalização do aborto na França. Não havia carência regulativa, tendo em vista que antes a lei criminalizava a descontinuação deliberada da gravidez.

Todavia, o que o exemplo da lacunosidade revela é que também é certo que nem sempre um estado de carência regulativa diz respeito à regulações retrospectivas. Isto é, há hipóteses em que a regulação prospectiva é necessária devido à carência regulativa.

Este parece ser o caso do problema estrutural. Ainda que fosse possível regular, antes da consolidação do estado de desconformidade, a situação concreta a partir da reconstrução de normas de baixa densidade normativa, o "remédio" necessário para reestruturar o problema estrutural torna necessário projetar um regime jurídico comum que adquire uma feição de regulação prospectiva. Neste caso, as normas de baixa densidade normativa somente

633 Deixa-se claro, dessa forma, que os problemas de improvisação acrítica e distorções impressionistas, anteriormente descritos, não estão circunscritos ao âmbito da regulação prospectiva.

634 Neste caso, há um direito produzido judicialmente, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 642-643.

emolduram o regime jurídico comum que, conforme já analisado, precisa ser capaz de (re)ordenar temporalmente as perspectivas eficaciais contrastantes, dotadas de inconsistência prática.

É bom lembrar, neste sentido, que se uma regulação administrativa pode ser qualificada como regulação prospectiva[635], ou ainda, se, por exemplo, uma revisão contratual privada também pode ser assim considerada, não há incoerência em se qualificar a projeção de um regime jurídico comum como uma espécie de regulação prospectiva. Veja-se que é claro que o regime jurídico comum, o contrato revisado e a regulação setorial deverão observar as normas de menor densidade normativa do ordenamento jurídico. Contudo, neste caso, tais normas oferecem apenas a "moldura" da regulação projetada e não o seu formato concreto.

Dito de outro modo, sempre que o ordenamento jurídico vigente somente traçar os limites (a "moldura") da regulação projetada, seja propositalmente (como no caso da revisão contratual), seja acidentalmente (como no caso da tutela reestruturante), estaremos diante de uma regulação prospectiva. Se assim não fosse, somente o Legislador e o constituinte projetariam regulações prospectivas.

Em síntese, desde que presente o seu suporte fático hipotético, o experimento jurídico poderá abranger hipóteses de regulação retrospectiva, notadamente em casos de normas de baixa densidade normativa, para fins de auxiliar na aplicação dos métodos ponderativos de resolução de conflitos entre normas.

Uma vez compreendido o experimento jurisdicional, é possível entender o que são os experimentos jurisdicionais de reestruturação. É o que se passa a analisar no subtópico a seguir.

2.9.2 Experimentos jurisdicionais de reestruturação: primeira aproximação

Com tudo isso em mente, pode-se entender que os experimentos jurisdicionais de reestruturação nada mais são do que experimentos jurídicos projetados pelo Judiciário que objetivam robustecer, por meio de intervenções regulatórias, a cognição necessária ao

635 Vale lembrar que a doutrina dos experimentos jurídicos costuma empregar a expressão "*experimental regulation*" de modo a abranger as regulações administrativas. Todos os autores citados neste capítulo utilizam essa expressão.

desenvolvimento do regime jurídico comum que servirá à resolução de um estado de desconformidade estruturada.

O experimento jurisdicional de reestruturação constitui uma espécie[636] de experimento jurisdicional. Isso significa que, no âmbito das características essenciais de um experimento jurídico conduzido pelo Judiciário, o experimento de reestruturação submete-se a um condicionamento regulativo suficientemente diferenciado, conformado, sobretudo, pelas características essenciais da cognição e decisão estruturais[637].

Como reflexo das características do processo estrutural, a projeção dos experimentos de reestruturação deve desenvolver, por exemplo, um grau de dinamismo ampliado como resposta a diversas problemáticas que não necessariamente marcam os experimentos jurisdicionais como gênero comum[638]. Com efeito, a pressão multicausal por uma margem ampliada de alterabilidade exige a concepção seja de técnicas processuais diferenciadas, como a de segregação iterativa, seja de eventos normativos de "apoio regulativo", dotados de aspectos organizativos volantes, que certamente representam um condicionamento regulativo que inspira análise apartada. Em outras palavras, o balanceamento entre constância e alterabilidade com preservação da integridade cognitiva desenha uma equação particularizada o bastante para que se possa falar em uma espécie de experimento jurisdicional.

Por outro lado, veja-se que a definição dos experimentos jurisdicionais de reestruturação confirma o acerto em se afastar a essencialidade de um elemento experimental aos processos estruturais. É que nem sempre estará presente o seu suporte de adequação normativa (incerteza elevada ou mutabilidade acelerada), nem sempre os seus custos relativos justificarão o emprego do método cognitivo experimental em cotejo com os benefícios esperados (necessidade), tampouco a defesa de recalcitrâncias decisórias ou de uma revisibilidade ampliada no processo estrutural depende da instituição de um método experimental[639].

---

636 A diferença do raciocínio de especiação e de tipicidade pode ser conferida na nota 161.

637 O ponto será retomado no capítulo 3. Algumas das diferenciações se refletem na justificação do instituto e, por isso, serão destacadas no referido capítulo.

638 A oponibilidade do evento em contrário, o policentrismo, a multifocalidade, a gradualidade são características que introjetam o germe da alterabilidade na condução de um experimento jurídico, o que pode pôr em risco a sua integridade cognitiva. Sob pena de adotar um expediente teleologicamente contraditório, a projeção adequada de um experimento de reestruturação pressupõe uma preocupação constante com a preservação de sua integridade cognitiva.

639 A revisibilidade ampliada pode ser justificada pela elevada transitividade dos elementos que compõe os esquemas de agir discutidos em um processo estrutural e, como já visto, não deve ser utilizada sequer como característica do processo estrutural. O que se quer destacar é que a revisibilidade da decisão estrutural não

Com efeito, a ausência de um estado de incerteza elevado pode ocorrer, por exemplo, diante de parâmetros de comparação institucional disponíveis (*benchmarking*), os quais ofereçam recursos cognitivos suficientes para um juízo prognóstico tido como razoável. Ademais, pode ser que existam outros mecanismos de redução de alternativas regulatórias que se afigurem adequadas, como por exemplo, em casos de falência, observa-se no acordo de credores. Nestes casos, uma norma revisável ou de terminação programada pode ser suficiente e menos custosa para garantir a flexibilidade cognitiva e decisória necessárias para tratar de problemas complexos.

Além disso, o aprimoramento cognitivo pode ser obtido por outros expedientes menos diferenciados. Vitorelli, por exemplo, sustenta a possibilidade de utilizar, nos processos estruturais, os relatórios de cumprimento, oriundos da execução de uma decisão parcial de mérito, para analisar as demais parcelas do mérito que não estão prontas para julgamento. Neste caso, tem-se um mecanismo de cisão cognitiva objetiva, que produz aprimoramento cognitivo recíproco, mas que não adquire caráter experimentalista[640].

Em complemento, considerando que a cognição nos processos estruturais é preponderantemente global e que a decisão é gradual, condicionada e incidental, é possível que apenas uma parcela do regime jurídico comum ou do estado de desconformidade seja submetida a um método de cognição experimental.

Isso é possível porque a admissibilidade de desníveis eficaciais (gradualidade), principalmente em um cenário de intertemporalidade, permite que as diversas perspectivas eficaciais, dotadas de inconsistência prática, sejam acomodadas no instrumento protetivo de maneira assíncrona, sendo possível, em uma fase ulterior, revisar, total ou parcialmente, o regime jurídico à luz das implicações normativas (condicionalidade) oriundas de cada parcela decisória (incidentalidade). Uma vez que o tratamento global do estado de desconformidade pode congregar questões muito variadas entre si, não seria de se estranhar que os juízos de adequação e necessidade aplicáveis a cada um respaldassem métodos cognitivos também diferenciados e tendentes a interferir no problema estrutural de modos diversos.

Apenas a título de exemplo, nada impede que haja cisões cognitivas que concentrem as questões (cisão cognitiva objetiva) submetidas a estados cognitivos deficitários iniciais ou

---

depende da conformação de um evento normativo de revisão, no bojo de um experimento jurídico.
640 VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 364.

de baixa aderência contextual em um ou mais juízos determinados (cisão cognitiva subjetiva)[641], enquanto outros aspectos sejam concentrados em outros juízos e submetidos a outros métodos cognitivos (cisão cognitiva estrutural). É, inclusive, recomendável que haja cisões estruturais-objetivas – acompanhadas (ou não) de cisões subjetivas – para garantir a maior adequabilidade e eficiência em relação ao método cognitivo empregado.

Da mesma forma, é possível que a projeção de um experimento jurídico, conduzido pelo Judiciário, no âmbito de um processo estrutural, não tenha como objeto o instrumento de proteção atípico que lhe caracteriza, mas outras questões regulatórias incidentais que estejam sujeitas a um estado de carência regulativa. Pense-se nas condições de interação "intrafoco" de interesse, cuja eventual regulação experimental, conduzida pelo Judiciário no âmbito de um processo estrutural, não pode ser descrita como um experimento jurisdicional de reestruturação.

Conclui-se, portanto, em uma primeira aproximação, que (i) o experimento jurisdicional de reestruturação é uma espécie de experimento jurisdicional; (ii) a resolução de um problema estrutural nem sempre depende de um método experimental; (iii) é possível que apenas parcela do problema ou da tutela de reestruturação seja submetida a um método experimental; e que (iv) nem todo experimento jurídico conduzido pelo Judiciário no âmbito de um processo estrutural pode ser qualificado como um experimento jurisdicional de reestruturação.

Em acréscimo, insta salientar que (v) a conjugação das proposições anteriores permite posicionar o experimento jurisdicional de reestruturação como um esquema metodológico disponível de adequação combinatória fluida. De acordo com essa intelecção, o que está sendo objeto de estudo neste capítulo são os aspectos normativos centrais de seu método cognitivo diferenciado, expediente analítico que visa, conforme antecipado no capítulo anterior, a entrega de um substrato hermenêutico mínimo para a resolução de eventuais problemas concretos.

Esclarecidas essas cinco proposições básicas sobre a relação entre experimento jurisdicional e processo estrutural e entendido, em termos gerais, o que são os experimentos

641 Neste caso, poder-se-ia pensar na criação de infraestruturas judiciárias episódicas, criando fluxos diferenciados de tratamento do problema estrutural, com objetivo de adaptar as estruturas judiciárias para melhor atender as necessidades da tutela de reestruturação sem, ao mesmo tempo, exaurir os recursos judiciários disponíveis. Defendendo a possibilidade de criação de infraestruturas judiciárias pontuais, episódicas e mutáveis, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. cap. 4.

jurisdicionais de reestruturação, avança-se para a descrição do experimentalismo democrático, uma proposta doutrinária, muito difundida no Brasil, que costuma ser relacionada aos seus contornos normativos.

Cuida-se de uma proposta doutrinária robusta, que difere, portanto, da abordagem genérica fundada em revisibilidade ampla, recalcitrâncias cognitivas e métodos de "tentativa e erro". Não é de se estranhar, como já adiantado no tópico prefacial deste capítulo, a dependência de caminho criada, entre os autores brasileiros, em referenciar o experimento jurisdicional ao experimentalismo democrático[642].

Todavia, conforme ficará mais claro ao final do próximo tópico, é de se questionar se o experimentalismo democrático realmente descreve um experimento jurisdicional de reestruturação. Conforme será demonstrado, abre-se a oportunidade perfeita para testar os parâmetros normativos de identificação do condutor do experimento defendidos supra.

2.10 **A proposta do experimentalismo democrático**

2.10.1 Experimentalismo democrático para além do processo judicial: a proposta mais ampla

O experimentalismo democrático consiste em uma proposta doutrinária que certamente exorta os lindes do processo judicial. De forma mais ampla, o experimentalismo democrático abrange uma modificação do próprio padrão de abordagem das estruturas estatais[643], como um todo, em relação à sociedade[644], encontrando inspiração filosófica no experimentalismo pragmático de John Dewey[645].

642 Sobre as dependências de caminho no direito, cf.: AHDIEH, Robert B.. Between Dialogue and Decree: international review of national courts. New York University Law Review, v. 79, n. 1, p. 2029-2163, dez. 2004.

643 Entendo que, em termos normativos, os experimentalistas democráticos postulam uma verdadeira evolução da cláusula do Estado de direito em razão de modificações contextuais identificadas na contemporaneidade. Por isso, o experimentalismo democrático, em uma visão mais ampla, representa um novo padrão de abordagem das estruturas estatais em relação à sociedade. Apesar de não esquematizar a proposta nestes termos, essa conclusão transparece no trabalho de DORF, Michael; SABEL, Charles. A Constitution of Democratic Experimentalism. Columbia Law Review, v. 98, n. 2, p. 267-473, mar. 1998; SABEL, Charles F.; ZEITLIN, Jonathan. Learning from difference: The new architecture of experimentalist governance in the EU. European Law Journal, v. 14, n. 3, p. 271-327, 2008. Relacionando o padrão de abordagem das estruturas estatais à cláusula do Estado de direito, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 354-360.

644 DORF, Michael; SABEL, Charles. A Constitution of Democratic Experimentalism. Columbia Law Review, v. 98, n. 2, p. 267-473, mar. 1998.

645 A inspiração é destacada em LIEBMAN, James; SABEL, Charles. A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: the emerging model of school governance and legal reform. New York University Law Review, New York, v. 28, p. 183-304, 2003. Sobre o pragmatismo de Dewey KRIKORIAN, Yervant H. Recent Perspectives in

Em caráter geral, trata-se de uma ideia que se contrapõe ao "modelo burocrático" de Administração Pública[646], rejeitando imposições verticalizadas de regras rígidas e fixas, baseadas em "comando e controle"[647], como modelo incapaz de enfrentar a complexidade das relações contemporâneas.

Com efeito, os experimentalistas democráticos aludem aos problemas da elevada incerteza e da mutabilidade acelerada em domínios interligados, como características inerentes às relações contemporâneas. Com base nisso, "a capacidade de antecipar (…) os futuros estados do mundo" restaria sobremaneira prejudicada, demarcando a insuficiência de conhecimentos apriorísticos para formulação dos juízos prognósticos necessários para guiar comportamentos[648].

Por força disso, afasta-se a suficiência de métodos interpretativos textuais, consequencialismos *ex ante*[649] e mesmo de conhecimentos especializados[650] para solucionar

---

American Philosophy. The Hague: Martinus Nijhoff, 1973. p. 6-13; WAKS, Leonard J. Experimentalism and the Flow of Experience. Educational Theory, v. 48, n. 1, p. 1-19, mar. 1998. Simon alude, ainda, à teoria de Mangabeira Unger, chegando a falar em uma "condição Unger" (SIMON, William H. Critical theory and institutional design: David Trubek's path to new governance. Columbia Public Law Research Paper, n. 12-319, 2012. Wis. L. Rev., p. 227, 2010. p. 8-9.). Sobre o experimentalismo democrático em Unger, cf.: TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. Lua Nova, São Paulo, v. 80, p. 45-69, 2010; ARGUELHES, Diego Werneck. Entre ideias e instituições: considerações sobre Mangabeira Unger e a 'situação constitucional' do Brasil. Revista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 257, p. 73-89, maio/ago. 2011. Em nossa opinião, embora haja semelhanças, a literatura jurídica que trata do experimentalismo democrático aparta-se, em pontos fundamentais, da teoria ungeriana, razão pela qual, somente a "condição Unger", apontada por Simon parece transponível.

646 Segundo Sabel, "Bureaucracies operate through centrally promulgated stable and hierarchical rules", diferente dos mercados que "operate through individual contracting and price signals". De acordo com o autor, esses teriam sido os dois tipos de organização que predominaram durante o século XX. Diversamente, o século XXI teria inaugurado um tipo de organização denominado pós-burocrático, o qual seria caracterizado por regras provisórias e derrogáveis em concreto, análise da raiz de eventos inesperados, revisão por pares, em processos de auditoria proativos e a especificação de indicadores para medição de incrementos performáticos. SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 477-498.

647 Rejeitando um modelo de comando e controle para construção do sistema público de educação, cf.: LIEBMAN, James; SABEL, Charles. A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: the emerging model of school governance and legal reform. New York University Law Review, New York, v. 28, p. 183-304, 2003.

648 "Deep knowledge of what has gone before becomes a poor guide of what is to come", SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, p. 477-498. 2017. p. 477-478.

649 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Contextualizing regimes: institutionalization as a response to the limits of interpretation and policy engineering. Michigan Law Review, v. 110, p. 1265-1309, 22 mar. 2012.

650 SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 477-498.

questões normativas e fáticas que circundam os complexos e cambiantes problemas que surgem na contemporaneidade.

Em detrimento de "estabilidade e uniformidade", o mundo atual demandaria uma nova organização ("pós-burocrática"), de caráter híbrido (público-privada), que busca "compensar os limites do conhecimento apriorístico, permitindo a exploração rápida de novos riscos e possibilidades, por meio de processos paralelos e colaborativos de aprendizagem deliberativa"[651].

Neste diapasão, o experimentalismo democrático propõe a equalização dinâmica do padrão de abordagem estatal às necessidades e percepções sociais a partir da internalização dos interessados num processo (também) dinâmico, fundamentado e amplamente revisável de tomada de decisões. Permite-se, dessa forma, um processo deliberativo contínuo (*ongoing stakeholder participation*)[652] de ajuste dos instrumentos e das metas de políticas públicas[653].

Os processos deliberativos, defendidos pela doutrina, contrapõem-se a um processo de negociação meramente consensual[654], em que os membros formulam propostas com base em trocas econômicas, baseadas na maximização de seus próprios interesses egoísticos. A deliberação buscaria, de outra banda, "aproximar interesses comuns", o que seria possível diante dos empecilhos preditivos acerca da conformação de estados de coisas futuros[655].

Para justificar suas posições, neste cenário, os atores sociais deveriam fundamentar adequadamente as soluções defendidas, com base, por exemplo, em praticabilidade, eficiência

---

651 SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, p. 477-498. 2017. p. 478.

652 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. Para outros exemplos, cf.: FORD, Alberto. Variaciones y efectos del experimentalismo democrático. Miríada: Investigación en Ciencias Sociales, v. 2, n. 3, p. 153-174, 13 ago. 2009.

653 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 147-153.

654 Outro problema de uma base puramente consensual é denominado por Simon de "condição Unger", a qual serviria como "(…) an antidote to the tendency of consensus and cooperation to congeal into unreflective and dysfunctional conformity". Neste sentido, a condição, baseada no trabalho de Mangabeira Unger, sugere que "entrenched social practices and structures should be subject to institutionalized pressures that encourage challenge and induce re-examination" (SIMON, William H. Critical theory and institutional design: David Trubek's path to new governance. Columbia Public Law Research Paper, n. 12-319, 2012. p. 13 (versão eletrônica)).

655 Fala-se em um "efeito de véu", em alusão à teoria de Rawls. Neste sentido, a substituição do *status quo* por alternativas de efeitos desconhecidos, garantiria um efeito de véu real, em que as partes não seriam capazes de antecipar *ex ante* em qual cenário os seus interesses individuais seriam maximizados. Por isso, haveria uma tendência à argumentar em torno de interesses comuns. SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

e aderência axiológica a valores comuns[656]. Em complemento, os debates deveriam ser, na medida do possível, publicizados, tanto no que se refere ao substrato que respaldou determinada solução provisória, como no que se refere aos resultados de sua aplicação prática. Dessa forma, a deliberação incrementa a responsividade dos atores participantes e, ao mesmo tempo, garante o escrutínio franco e bem informado das soluções provisórias nas novas etapas de negociação[657].

Os experimentalistas democráticos reconhecem, ainda, que, no mundo atual, o enfeixamento de interesses relevantes é marcado por uma ampla diversidade que não deve ser suprimida por expedientes centralizantes[658]. Tanto a insuficiência de conhecimentos apriorísticos, como a necessidade de acomodação da diversidade de interesses relevantes respaldam a tese dos experimentalistas democráticos de que os processos deliberativos contínuos devem ser descentralizados. Cada processo deliberativo descentralizado fica, dessa forma, responsável pela criação de suas regras, as quais devem estar sempre abertas à revisão, à luz de novas informações[659].

A descentralização deliberativa, além de permitir a participação direta de uma ampla gama de interessados em soluções contextualizadas, deve criar espaço para interações interfederativas de aprendizagem mútua, de modo a assegurar incrementos recíprocos de performance entre cada unidade[660].

Para tanto, a descentralização dos processos de deliberação decisória deve ser acompanhada por uma entidade centralizadora, cujas funções precípuas divergem fundamentalmente da padronização de regramentos rígidos e fixos. A entidade centralizadora deve, em primeiro lugar, estabelecer parâmetros gerais mínimos que, antes de ditar o que deve

656 STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. The Georgetown Law Journal, v. 79, p. 1355-1446, 1991. Vale lembrar que outros autores admitem que a eventual consensualidade não informada pelos valores deliberativos poderia ter o seu curso corrigido em rodadas subsequentes de negociação que são típicas do modelo experimentalista.

657 No âmbito do direito à igualdade, cf.: GARRETT, Brandon L; LIEBMAN, James s. Experimentalist equal protection. Yale Law & Police Review, v. 22, p. 261-327, 2004.

658 PASCUAL, Gabriel Doménech. Descentralización administrativa y experimentalismo democrático. Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n. 52/53, p. 43-67, 2005.

659 Não se defende propriamente uma derrogabilidade de regras gerais, como defende parcela considerável da doutrina dos experimentos jurídicos, mas a fixação centralizada de parâmetros gerais, de modo a garantir a autonomia de cada núcleo deliberativo. SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

660 LIEBMAN, James; SABEL, Charles. A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: the emerging model of school governance and legal reform. New York University Law Review, New York, v. 28, p. 183-304, 2003.

ser feito a cada núcleo deliberativo, serve para orientar os processos deliberativos descentralizados na elaboração de suas próprias regras e regimes[661].

Ademais, as funções da entidade centralizadora consistem, sobretudo, na criação de indicadores performáticos padronizados e na coleta e difusão de informações relevantes produzidas paralelamente em cada núcleo deliberativo menor. Com isso, projeta-se uma ambiência de "comparabilidade disciplinada", o que permite a aprendizagem mútua preconizada pelos experimentalistas democráticos[662].

Por fim, a entidade centralizadora deve estruturar sistemas de incentivos e desincentivos, para que cada núcleo busque melhorar sua performance comparada[663]. O sistema pode se basear, dentre outras possibilidades, em complementação de financiamento, auxílio técnico e, principalmente, na modulação das margens de autonomia dos núcleos deliberativos descentralizados[664].

Em suma, a partir deste modelo de "governança multinível", garante-se a pluralização das tentativas de incremento performático, a consideração de um parâmetro democrático para exploração de novos riscos e possibilidades[665], bem como um ambiente de aprendizagem mútua e de generalização de boas práticas[666].

Percebe-se que o elemento experimental associa-se, fundamentalmente, à resposta – provisória, flexível e supervisionada – ao problema da incerteza elevada e mutabilidade acelerada entre domínios interligados. Por outro lado, o elemento democrático associa-se à internalização descentralizada dos interessados nos processos de tomada de decisão.

---

661 LIEBMAN, James; SABEL, Charles. A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: the emerging model of school governance and legal reform. New York University Law Review, New York, v. 28, p. 183-304, 2003.

662 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1019; 1096-1097.

663 Veja-se uma aplicação prática do modelo em LIEBMAN, James; SABEL, Charles. A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: the emerging model of school governance and legal reform. New York University Law Review, New York, v. 28, p. 183-304, 2003.

664 Quanto mais disfuncional, comparativamente, for a sua performance, menos autonomia é conferida ao núcleo. No âmbito da rede educacional pública, o nível mais elevado de intervenção parece consistir na terminação da unidade escolar disfuncional. LIEBMAN, James; SABEL, Charles. A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: the emerging model of school governance and legal reform. New York University Law Review, New York, v. 28, p. 183-304, 2003.

665 Embora essa questão não seja discutida pelos experimentalistas democráticos, a justificação da exploração rápida de novos riscos e possibilidades por meio da participação direta de todos os interessados parece indicar que se exige, para o fim de experimentação, uma espécie de "consentimento participativo". Diante das incertezas, somente os interessados em conjunto com as autoridades públicas poderiam desenhar o experimento necessário para produzir os melhores resultados.

666 Admite-se, inclusive, a imposição verticalizada pelo centro de determinadas soluções bem-sucedidas que substituem os padrões mínimos aceitáveis para determinada atividade.

Neste formato, o experimentalismo democrático pode ser qualificado como uma proposta que se insere no movimento de "nova governança"[667], o qual propõe uma estrutura governamental multinível que já foi caracterizada pela sua "textura aberta, participatividade ampliada, horizontalização decisória, orientação ao consenso, contextualização, flexibilidade, integratividade e pragmatismo"[668].

O movimento da "nova governança" busca, ainda, a ampliação de bases informacionais e empíricas disponíveis, para fins de incrementar a racionalidade decisória em ambiências de incerteza elevada, bem como aumentar a responsividade e transparência dos processos de tomada de decisão[669] [670].

A perspectiva cognitiva adotada pelo experimentalismo democrático aproxima-se, em algum nível, daquela inerente aos experimentos jurídicos. Critica-se a improvisação acrítica oriunda de processos de criação normativa não dotados de recursos cognitivos suficientes. Admite-se intervenções provisórias e supervisionadas paralelas, assemelhando-se, metodologicamente, aos processos de variação e seleção, preconizados pelos experimentos darwinianos. Com isso, busca robustecer as bases cognitivas disponíveis, como forma de garantir a confecção de uma norma aperfeiçoada.

De outro lado, pressupõe uma perpetuidade e uma cisão cognitiva objetiva (parâmetros gerais/soluções provisórias) que não são essenciais aos experimentos jurídicos. O enfoque na transparência, conquanto relevante aos eventos de monitoramento, avaliação e revisão, também foge aos elementos mínimos da categoria normativa estudada.

Outras características, como a descentralização, interações interfederativas, processos de participação direta de interessados, relacionam-se à defesa de uma cisão cognitiva e decisória subjetiva (estrutura governamental multinível) que, no máximo, poderia ser

667 SUPER, David. Laboratories of destitution: democratic experimentalism and the failure of antipoverty law. University Of Pennsylvania Law Review, v. 157, p. 541-616, 2008. De outra banda, enxergando similaridades e diferenças entre as duas propostas, cf.: BÚRCA, Gráinne de. New governance and experimentalism: An introduction.Wisconsin Law Review, v. 2010, n. 2, p. 227-238. 2010.

668 KARKKAINEN, Bradley C. "New Governance" in Legal Thought and in the World: some splitting as antidote to overzealous lumping. Minnesota Law Review, v. 89, p. 471-497, 2004.

669 SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as Catalysts: rethinking the judicial role in new governance. Columbia Journal Of European Law, v. 13, p. 565-591, abr. 2007. O próprio Sabel reconhece que o experimentalismo democrático aproxima-se do modelo catalisador descrito por Sturm. SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

670 Como se nota, todas as características da nova governança encontram-se espelhadas, em grande medida, nas características do experimentalismo democrático.

aventada como condicionamento normativo orientado ao condutor do experimento e não ao processo de experimentação em si.

Veremos, no próximo tópico, que essas conclusões são ligeiramente alteradas quando se analisa o experimentalismo democrático nos processos estruturais. É que, neste caso, a cisão cognitiva e decisória levanta o questionamento acerca de quais condicionamentos normativos devem ser infundidos ao processo de experimentação. A pergunta que se colocará será: o experimentalismo democrático realmente propõe um experimento jurisdicional de reestruturação?

Com base nos esforços argumentativos realizados no próximo subtópico, ficará (ainda) mais claro os efeitos deletérios do baixo grau analítico conferido aos experimentos jurisdicionais de reestruturação.

2.10.2 O experimentalismo democrático nos processos estruturais

O modelo de experimentalismo democrático nos processos estruturais emula as características e a filosofia da proposta mais ampla no âmbito judicial. Para esta finalidade, o papel do Judiciário consiste fundamentalmente em estruturar ou proceduralizar as condições de interação entre os diversos atores sociais que devem se envolver para que se estabeleça uma ambiência adequada ao desenvolvimento do experimentalismo democrático[671].

Na classificação de Tushnet, trata-se de uma espécie de controle jurisdicional fraco (*weak-form of judicial review*), haja vista que não é o órgão jurisdicional quem decide a conformação específica do regime jurídico comum (remédio) que é projetado no âmbito dos processos estruturais[672]. Dessa forma, o Judiciário não "centraliza" a resolução do problema estrutural, mas apenas projeta uma "estrutura para reforma institucional"[673], fixando parâmetros gerais e métodos de monitoramento.

Segundo Sabel, a intervenção experimentalista, nestes casos, presta-se ao papel de "desestabilizar" instituições públicas disfuncionais que se tornaram não responsivas aos mecanismos comuns de controle político. Assim, tutela-se um "direito de desestabilização"

671 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.
672 TUSHNET, Mark V. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights: and democracy-based worries. Wake Forest Law Review, v. 38, p. 813-838, 2003.
673 HERSHKOFF, Helen. Positive Rights and State Constitutions: the limits of federal rationality review. Harvard Law Review, v. 112, n. 6, p. 1131-1196, abr. 1999.

que asseguraria "o interesse dos cidadãos em abrir organizações de larga-escala ou searas ampliadas de práticas sociais que permaneceram fechadas aos efeitos desestabilizadores oriundos do conflito ordinário e terminaram por sustentar hierarquias insuladas de privilégio e poder"[674].

A ideia central, neste sentido, parece ser que a insulação não responsiva de instituições de baixa performance criaria a necessidade de reestruturação das condições de interação entre os diversos atores sociais e políticos relevantes de modo a superar os efeitos deletérios da não responsividade. A diferença é que, antes da configuração da insulação não responsiva, os atores políticos e institucionais reteriam amplas margens de autonomia para determinar o futuro da instituição reestruturanda, porquanto presumida a sua atuação responsiva.

No entanto, diante da necessidade de desestabilização, os interessados no funcionamento institucional – cuja participação indireta fora frustrada pela não responsividade – passam a ter direito de participar diretamente em interações deliberativas de escolha decisória, além de ter acesso ao monitoramento contínuo dos efeitos reais de cada solução provisória definida[675]. Supera-se, dessa forma, a insulação não responsiva tanto pelo escrutínio contínuo por parte dos grupos interessados, como pelo *feedback* de performance realizado por comparação entre instituições assemelhadas.

Veja-se, portanto, que há uma espécie de situação jurídica de vantagem processual ou "procedural" e não uma situação jurídica de vantagem substantiva sendo tutelada pelo Judiciário[676]. Embora a fixação de parâmetros gerais mínimos remeta a critérios substantivos, o modelo traz para a tutela jurisdicional o entendimento de que, devido a limitações cognitivas iniciais, não é possível saber de antemão qual deveria ser a conformação de determinada situação jurídica substantiva.

Nesta situação, não caberia ao Judiciário tutelá-la, senão remeter a questão ao centro cognitivo e decisório adequado. Na verdade, caberia ao Judiciário estabelecer as condições

674 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1055-1056. A definição, usada por Sabel, é de Mangabeira Unger. Frise-se, todavia, que tanto a visão de direito, como a visão institucional do autor brasileiro não parecem ser compartilhadas por Sabel. Conforme ficará mais claro a seguir, Sabel aproxima a noção de direitos de desestabilização de mecanismos capitalistas típicos de controle antimonopolista. Sobre a visão de Unger, em termos gerais, cf.: TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. Lua Nova, São Paulo, v. 80, p. 45-69, 2010.

675 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

676 O ponto é criticado em SUPER, David. Laboratories of destitution: democratic experimentalism and the failure of antipoverty law. University Of Pennsylvania Law Review, v. 157, p. 541-616, 2008.

para que este centro cognitivo e decisório possa desempenhar adequadamente suas funções. O centro seria resultado de uma hibridação público-privada que surge a partir da tutela do direito procedural de participação dos interessados. Em última análise, o experimento é uma resposta à incerteza, enquanto o direito de participação, uma resposta à insulação não responsiva de baixa performance.

Sabel, neste sentido, assevera que a intervenção experimentalista é análoga a outros tipos de desestabilização induzidas por normas de *common law* relacionadas ao controle do mercado[677]. Em casos como de falência, por exemplo, seriam as partes interessadas que definiriam a solução do problema, sendo que a função do Judiciário limitar-se-ia, em grande medida, a pronunciar a antijuridicidade intolerável proveniente do estado não responsivo da empresa aos valores do mercado. Da mesma forma, em casos de direito anticoncorrencial, o Judiciário induziria a desestabilização de empresas que "reduziram à sua vulnerabilidade a pressões competitivas"[678].

Para solucionar o problema da insulação não responsiva – seja a valores públicos ou privados – de performance disfuncional, o Judiciário deveria garantir a coordenação de cada foco de interesse, como forma de evitar que as distorções criadas pela insulação ensejem comportamentos disfuncionais em cadeia. É como se a atuação do Judiciário "substituísse" a atuação descoordenada dos interessados e das instituições, de modo a garantir as condições para que ambos perquirissem a solução ao problema estrutural – o que deveria ou poderia ter ocorrido sem a intervenção jurisdicional[679].

Observe-se que no caso de não responsividade aos mecanismos de competição mercadológica são os atores econômicos interessados que devem ter as suas condições de interação coordenadas para encontrar a melhor solução ao caso concreto. Já no caso de não responsividade a valores públicos, a coordenação passa a depender da interação de diversos feixes de interesses que devem refletir a operabilidade de controles eleitorais e políticos. É que, nesta hipótese, a instituição reestruturanda reduz à sua vulnerabilidade a pressões

677 Assim, rejeita o caráter inovador que Chayes destacava aos remédios dos processos civis de interesse público. SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.
678 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1060.
679 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

políticas, de modo que a remediação passa a depender de uma restrição de autonomia que estimule um estado de responsividade que não existia anteriormente[680].

Parece claro, novamente, que, embora haja a certificação de violações substantivas, o foco da intervenção jurisdicional para a proposta menos ampla de experimentalismo democrático não recai sobre violações substantivas oriundas do estado de desconformidade, mas no incremento de responsividade de instituições de baixa performance. A resolução das violações vem de forma indireta a partir dos resultados da tutela do direito à participação continuada na formação de soluções provisórias aos problemas certificados.

A intervenção jurisdicional experimentalista, portanto, seria baseada na conjugação de dois fatores – insulação não responsiva e performance comparada deficiente – que ensejariam, por sua vez, tanto a declaração de antijuridicidade intolerável do estado (dis)funcional da instituição, como a proceduralização de condições de interação baseadas em negociação deliberativa continuada entre as partes e outros grupos interessados, com a definição de parâmetros gerais e supervisão dos resultados alcançados[681].

O modelo experimentalista democrático nos processos estruturais institucionais públicos, em suma, pode ser caracterizado pela adoção de normas provisórias e flexíveis, que fixam resultados (*outputs*) por meio de parâmetros gerais (*general standards*), em vez de condutas (*inputs*), pela proceduralização da participação continuada de interessados, por medições transparentes de responsividade e de performance institucional comparada, que visa a facilitação da aprendizagem, por meio da emulação do comportamento de instituições bem-sucedidas.

A toda evidência, as características centrais da proposta mais ampla de experimentalismo democrático encontram-se reproduzidas na proposta específica direcionada aos processos estruturais institucionais públicos. Com efeito, incorpora-se a rejeição a regras fixas e rígidas; projeta-se uma hibridação público-privada, estruturada pelo Judiciário, para compensar o deficit cognitivo inicial; proceduraliza-se um processo deliberativo contínuo com participação de diversos interessados, o que enseja uma cisão cognitiva e decisória subjetiva; enfoca-se a criação de normas provisórias e flexíveis, sujeitas a processos contínuos

680 O Judiciário exerce uma função de aumento de responsividade das instituições não responsivas de baixa performance. SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

681 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

de reavaliação e revisão; preocupa-se em incrementar responsividade e transparência do processo de tomada de decisão; e reproduz-se, de forma restrita, a lógica de governança multinível, preconizada pela proposta mais ampla.

Com relação a este último ponto, veja-se que é possível visualizar a intervenção jurisdicional de duas formas. Por um ângulo, o Judiciário substituiria as partes e interessados na projeção de condições de interação funcionais. Neste caso, o Judiciário deve estruturar também a governança multinível, atribuindo funções de entidade centralizadora a algum órgão ou conjunto de órgãos ou, no máximo, assumindo temporariamente essas funções enquanto não estruturado o modelo de governança.

De outro ângulo, o Judiciário assumiria, em menor medida, as funções atribuídas à entidade centralizadora da proposta mais ampla. Assim, o Judiciário fixaria parâmetros gerais, estabeleceria mecanismos de monitoramento, auxiliaria em casos de disfuncionalidade da negociação deliberativa e decidiria questões controvertidas.

Com base nessa breve descrição, reitera-se a pergunta enunciada no final do subtópico anterior: o experimentalismo democrático realmente propõe um experimento jurisdicional de reestruturação? Entendemos que a resposta a essa pergunta é negativa, como passaremos a demonstrar no próximo subtópico.

2.10.2.1 O aspecto subjetivo do experimentalismo democrático nos processos estruturais

Bem compreendidas as coisas, é de se questionar se o experimentalismo democrático nos processos estruturais realmente descreve um modelo de experimento jurisdicional de reestruturação ou se, ao revés, descreve-se a tutela de um direito à experimentação que conduz à formatação de um modelo de experimento administrativo subjetivamente diferenciado.

Com efeito, a cisão decisória provocada pela proceduralização afasta o Judiciário tanto da formulação, como da revisão da norma experimental. Desde que as condições de interação tenham sido respeitadas, fica a cargo dos interessados negociarem o conteúdo substantivo desses eventos normativos. Veja-se, neste sentido, que se a cisão provocada pela proceduralização fosse meramente cognitiva o problema não ocorreria: afinal de contas, o

princípio da cognição adequada respalda a busca pelo centro cognitivo capaz de conhecer melhor.

Nem se diga que, por se tratar de um método cognitivo, a estruturação dos eventos normativos seria o elemento preponderante para identificarmos o condutor do experimento. É que a norma experimental consiste em uma intervenção regulatória com fins cognitivos. Portanto, os principais eventos normativos que demarcam a dinâmica normativa unificante dos experimentos jurídicos são externalizados do Judiciário.

Além disso, o controle da engenharia normativa autorreferente do experimento democrático é preponderantemente atribuído aos participantes da proceduralização, na medida em que podem alterar diversos aspectos dos eventos normativos que compõem a estrutura normativa matricial analisada.

Em reforço, a descrição remedial dos "direitos de desestabilização" aproxima o seu conteúdo de uma espécie de direito à experimentação subjetivamente diferenciada, principalmente quando se parte de uma leitura da realidade como uma totalidade intrinsecamente incerta e mutável. Com efeito, nestas condições, desde que presente o seu suporte fático-hipotético (insulação não responsiva de baixa performance), o Judiciário reconheceria o direito de interessados em participar de um processo de experimentação contínuo em busca de soluções para os problemas causados pela baixa performance. Vale dizer: o Judiciário não projetaria o experimento, apenas exigiria que a Administração Pública o projetasse com a participação de interessados.

Ademais, o controle das condições de interação e da observância das regras de participação no processo de experimentação parecem aproximar a atividade jurisdicional daquela exercida no controle de experimentos legislativos ou administrativos, em que a função de controle sobre as condições normativas mínimas de experimentação não transfiguram o experimento em jurisdicional.

Veja-se que, nestes casos, a admissibilidade de experimentação é pressuposto do controle: se não for admissível a experimentação administrativa por ilegalidade, por exemplo, ou se não for admissível a experimentação legislativa por inconstitucionalidade, o exercício da função de controle normativo ensejará a sua invalidação. A diferença seria, pois, da necessidade de decisão: no caso em que a autoridade decidiu anteriormente experimentar, a admissibilidade da experimentação – caso positiva – é cognitiva apenas, enquanto no caso dos

processos estruturais, desde que configurado o suporte dúplice descrito, haveria um dever de experimentação, razão pela qual o Judiciário precisaria certificá-lo antes de remeter ao centro decisório adequado.

Neste caso, o direito à experimentação seria questão principal, enquanto naquele a admissibilidade da experimentação seria uma questão prévia cognoscível para fins de exercício da função de controle de validade. Assim, a diferença entre o controle de experimento administrativo e o controle exercido nos processos estruturais seria de poder exercido (no sentido de experimentar) e de poder não exercido (no sentido de não experimentar), mas devido (por força da insulação não responsiva de baixa performance).

Outro argumento favorável a esta posição é aquele que rememora que o experimento jurídico subjetivado enseja – devido a sucessão condicionada de eventos normativos pré-programados que produz – uma limitação interna ao exercício de funções estatais. Sob este prisma, considerando que o direito tutelado é um mero direito de participação e a experimentação limita o exercício da função administrativa – criando a necessidade de interação com outros atores sociais – o aspecto subjetivo do experimento democrático não poderia ser composto pelo Judiciário.

Vale dizer que a limitação da situação jurídica tutelada – direito de participação – não se relaciona a sucessão condicionada de eventos normativos pré-programados, mas sim a falibilidade de métodos interpretativos tradicionais e a necessidade de "consentimento democrático" para "exploração rápida de novos riscos e possibilidades"[682]. Da mesma forma, embora o estado de desconformidade devesse ser o mal a ser remediado, o remédio é direcionado à solucionar uma deficiência de responsividade. A resolução dessa deficiência ensejaria a deliberação não jurisdicional, tida como necessária para solucionar o estado de desconformidade.

Sob este ângulo, a limitação – externa ao experimento – negaria a capacidade do Judiciário para experimentar nestes casos, porque não dispõe das credenciais democráticas e informativas necessárias. O Judiciário não contribui para o desenho do regime jurídico comum, apenas assegura participação social e fomenta processos deliberativos contínuos que deverão resultar em incremento de responsividade e de funcionalidade do Poder Público. Em

682 SABEL, Charles F.; SIMON, William H. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, p. 477-498. 2017. p. 478.

outras palavras, a entremistura cognitiva-regulativa não é dirigida pelo Judiciário, mas pela Administração Pública com participação social alargada. Por isso, inclusive, é que não há equívoco em se reputar o experimentalismo democrático uma forma de controle jurisdicional fraco.

Sob o prisma da carência regulativa, não parece adequado imputar ao núcleo deliberativo proceduralizado às limitações inerentes à criação de direito judicial. Afinal de contas, o Judiciário é externalizado não apenas da cognição – que somente estrutura – como dos próprios momentos decisórios. Portanto, não há vantagem analítica de se infundir condicionamentos do exercício da função jurisdicional ao experimento dirigido e conduzido pelo núcleo deliberativo proceduralizado.

Neste mesmo sentido, veja-se que o controle da engenharia normativa autorreferente do experimento jurídico certamente não é desempenhado pelo Judiciário. Explica-se o afirmado quando se observa que o Judiciário, desde que respeitadas as condições mínimas de interação, por ele impostas, não projeta a norma experimental, não lida diretamente com a fixação e mudança de mecanismos de avaliação e monitoramento, tampouco com a sua execução. O Judiciário apenas garante o direito à experimentação subjetivamente condicionado pela não responsividade da Administração Pública.

Outrossim, quando o plano de reestruturação é fixado nos termos ideais propostos por Sabel – de normas finalísticas ou da fixação de procedimentos e resultados esperados – fica claro que o compartilhamento decisório é demarcado em concreto pela Administração Pública e o núcleo deliberativo. Ambos infundiram condicionamentos ao experimento jurídico projetado, sendo certo que o Judiciário apenas coadjuva o processo de experimentação neste caso.

Em suma, para saber se a proposta do experimentalismo democrático é adequada normativamente, precisamos indagar se os limites e condicionamentos infundidos pelo exercício da função administrativa são compatíveis ou se identificam com o formato proposto pela teoria. Em complemento, a adequabilidade do experimentalismo democrático pressupõe a inadmissibilidade apriorística de um experimento jurisdicional de reestruturação. Em outras palavras, as disfuncionalidades cronificadas discutidas no processo estrutural não deveriam ser solucionadas por experimentação jurisdicional, senão por um experimento administrativo subjetivamente diferenciado.

Observe-se que somente se porventura o remédio de desestabilização – típico do experimentalismo democrático – não funcionar, seja porque as partes não chegam a um acordo, porque não há participatividade adequada dos interessados, por não haver deliberatividade suficiente (prevalência de trocas econômicas egoísticas), ou por qualquer outro problema que normalmente afeta a hibridação público-privada proposta pela corrente, aí sim poderíamos pensar em um experimento jurisdicional de reestruturação.

A assunção do projeto de experimentação pelo Judiciário – ainda que se valha das cisões cognitivas descritas ao longo deste capítulo – cria o espaço para infusão dos condicionamentos normativos oriundos do exercício da função jurisdicional. A opção por um método cognitivo experimental representaria uma limitação interna ao projeto dirigido pelo Judiciário e a introdução dos limites ao direito produzido judicialmente poderiam ser discutidos.

Ocorre que, neste caso, o instrumento de proteção concedido não é a mera desestabilização, glorificada pelos experimentalistas democráticos como o modelo ideal sem proteções substantivas apriorísticas, mas sim o regime jurídico comum, discutido no capítulo anterior. Nesta situação, o Judiciário não tutelaria apenas um direito de participação, mas sim projetaria o regime jurídico comum que seria experimentado em determinada iteração.

Perceba-se que, neste caso, ainda sob a perspectiva da proposta experimentalista democrática, talvez fosse possível pensar na sucessão de condutores do experimento jurídico. Da mesma forma que a adequação e necessidade do experimento jurídico devem ser analisadas dinamicamente, podendo ensejar uma cisão cognitiva estrutural, seria possível imaginar um experimento administrativo subjetivamente diferenciado falho que vem a ser assumido pelo Judiciário para, em seguida, ser novamente assumido pelo núcleo deliberativo proceduralizado.

Neste caso, embora não haja compartilhamento decisório, a sucessão de aspectos subjetivos pode exigir soluções de continuidade entre a infusão de condicionamentos normativos oriundos de cada condutor. Todavia, este caso somente reforça que não há um experimento jurisdicional de reestruturação quando conduzido pelo núcleo deliberativo proceduralizado pelos experimentalistas democráticos.

De outra banda, quanto mais direção cognitivo-regulativa for retida pelo Judiciário – em casos de experimentalismo democrático "incompletos", como aqueles descritos na revisão

histórica apresentada por Sabel – menos clara ficam as conclusões ora discutidas. O parâmetro da resolutividade da carência regulativa pode induzir infusões mistas de condicionamento normativo. No entanto, para admitir maior direção cognitivo-regulativa ao Judiciário, o instrumento de proteção (desestabilização) projetado não pode ser o defendido por Sabel, senão aquele defendido no capítulo anterior.

Neste caso, a proceduralização de um núcleo deliberativo de poderes restritos e submetidos a um controle conteudístico efetivo, exercido pelo Judiciário, indica um compartilhamento decisório que pode ser resultante de algum condicionamento normativo próprio do exercício da função jurisdicional nestas condições. São necessárias reflexões ulteriores para analisar se essa configuração compartilhada é exigida pelo ordenamento jurídico ou se é oferecida como uma opção adequada a determinadas hipóteses.

A conclusão a que se chega, ao final deste tópico, é que aqueles que indicam o experimentalismo democrático como modelo de experimento jurisdicional de reestruturação, na verdade, terminam por negar implicitamente que o Judiciário possa conduzir um experimento jurisdicional de reestruturação.

A dependência de caminho decorrente da importação acrítica da proposta de Sabel diz muito acerca da debilidade ou imaturidade analítica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação no Brasil. É preciso avançar e, para tanto, afigura-se imprescindível reposicionar dogmaticamente a teoria do experimentalismo democrático dentro da categoria normativa dos experimentos jurídicos.

2.10.3 Reposicionando o experimentalismo democrático: uma teoria de restrição funcional de escopo interferente excludente

A aplicação do experimentalismo democrático aos processos estruturais institucionais públicos revela uma preocupação constante da doutrina norte-americana neste âmbito. Trata-se de reconhecer que a interação entre instituições estatais de poder naquele país são normatizadas constitucionalmente.

Assim, considerando o grau de interferência funcional, provocado pelo “remédio” estrutural, a preocupação sempre recaiu na perquirição de limites ao exercício da função jurisdicional, constrita seja por questões de legitimidade democrática, federativa, de

capacidade institucional, de perversão de garantias institucionais[683] ou de separação de poderes[684].

O raciocínio limitante extrai da normatização das interações interinstitucionais uma fórmula de divisibilidade funcional entre as instituições estatais de poder, que pode ser violada por interferência no funcionamento de uma instituição pública. Ademais, a interpretação da fórmula de divisibilidade constitucional pode respaldar o reconhecimento de derivações funcionais ligadas estritamente aos poderes alocados em determinada instituição estatal. Neste caso, o raciocínio limitante independe da identificação de um escopo interferente, bastando a evocação a uma derivação funcional impertinente àquela instituição estatal de poder[685].

Como se percebeu, a resposta do experimentalismo democrático consistiu em postular uma restrição funcional de caráter protetivo (ou remedial), baseada na limitação da possibilidade de experimentação jurisdicional e no condicionamento (democrático e responsivo ao problema das incertezas contextuais) de um experimento administrativo subjetivamente diferenciado.

Em outras palavras, o experimentalismo democrático adota um raciocínio limitante ao exercício da função jurisdicional baseado na identificação de um escopo interferente (no

683 Como seria o caso da imparcialidade.

684 Exemplificam essas discussões: NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. Stanford Law Review, v. 30, p. 661-724, abr. 1978; SARGENTICH, Thomas O. The Contemporary Debate About Legislative-Executive Separation of Powers. Cornell Law Review, v. 72, p. 430-487, 1987; SHAPIRO, Martin. Stability and Change in Judicial Decision-Making: incrementalism or stare decisis?. Law In Transition Quarterly, v. 2, p. 134-157, 1965; JENNINGS, E. Judson. The Chancellor's Foot Begins to Kick: judicial remedies in public law cases and the need for procedural reforms. Dickinson Law Review, v. 83, n. 2, p. 217-241,1979.

685 Diz-se “basta” porque o raciocínio limitante baseado em escopos interferentes costuma englobar uma derivação funcional impertinente. Vejamos um exemplo para entender a diferença entre os raciocínios. Pode-se entender que o planejamento de políticas públicas previstas na Constituição integra um “rol” de funções administrativas. Assim, determinada decisão estrutural determinado uma modificação em uma política pública tida por desconforme poderia ser tida como violadora de um limite funcional. Sob esse raciocínio, haveria um escopo interferente na atuação de outra instituição estatal (Executivo) a partir de uma derivação funcional impertinente (planejamento de políticas públicas). Agora, pense-se na desmobilização de uma grande empresa de uma cidade de interior cuja economia e empregabilidade dependem de sua permanência. Se o Judiciário impõe um plano de desmobilização diferida, com apropriação privada de recursos para estabelecimento de uma nova empresa, pode-se entender que, apesar de a decisão não possuir um escopo interferente, a projeção de um regime comum não previsto em lei provoca uma derivação funcional impertinente ao exercício da função jurisdicional. Aqueles que identificam, por exemplo, uma fórmula alocativa estanque de funções não recepcionarão a possibilidade de projeção de experimentos jurisdicionais de reestruturação, assim como aqueles que atribuam à função jurisdicional um papel ligado indissociavelmente à regulações retrospectivas. Este é o caso de teorias legicêntricas que posicionam à função jurisdicional como uma “sentinela da lei” ou outras expressões assemelhada.

exercício de funções administrativas), entendendo que o remédio disponível deveria se voltar (apenas) ao incremento de responsividade da instituição de baixa performance.

Como se sabe, as interações entre instituições estatais de poder também são normatizadas constitucionalmente no Brasil. Por essa razão, parcela da doutrina brasileira que tratou dos processos estruturais institucionais públicos também se debruçou sobre essas questões, normalmente de forma pareada às discussões norte-americanas[686].

É questionável, todavia, se a discussão pareada atende às diferenças existentes entre os contextos sociais e normativos de ambos os países. Conforme Violin, o nascedouro da tutela estrutural somente lhe admitiu a partir de um conjunto de regras, em grande medida, excepcionais naquele país[687].

Todas as dificuldades contextuais norte-americanas, descritas pelo autor, são virtualmente inexistentes no Brasil, como restou concluído em sua tese. Em nosso país, admite-se uma ampla gama de direitos prestacionais, reconhece-se a eficácia horizontal dos direitos fundamentais[688], além de haver expressa previsão da função jurisdicional de controle de constitucionalidade[689].

Não há, ademais, dificuldades com o sistema de júri – restrito aos processos criminais ligados a crimes dolosos contra a vida – nem mesmo com o princípio federativo, eis que, para

---

686 Veja-se, a título de exemplo, DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional. Curitiba: Juruá. 1. ed. 2019. p. 71-88; PORFIRO, Camila. Litígios Estruturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 52-72; MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018. p. 48-64. Noutro giro, como exemplo de trabalho ainda preso, em grande medida, a caracterizações clássicas da doutrina norte-americanas, cf.: GISMONDI, Rodrigo. Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018. p. 28-41; 54-58; 79-105 (dentre outras).

687 "Eles impõem condutas positivas num país em que quase não existem direitos prestacionais; priorizam a tutela preventiva, quando o direito norte-americano prefere a repressiva; operam por meio de provimentos mandamentais e executivos, embora o processo estadunidense privilegie os provimentos condenatórios; permitem ao juiz resolver o mérito, num contexto em que essa tarefa é, em regra, função do júri; veiculam indiretamente pretensões contra Estados, num país em que a Constituição confere a esses entes imunidade de jurisdição; são justificados por normas constitucionais e federais, embora a Constituição atribua poucas competências legislativas à União e sequer preveja expressamente o controle judicial de constitucionalidade." VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 159. Criticando as "barreiras porosas" que a Suprema Corte norte-americana erigiu contra a tutela estrutural, cf.: GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops… it's still moving, University of Miami Law Review, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 146.

688 Por todos, SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

689 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 152-160.

além das amplas competências legislativas do Congresso Nacional, os ramos federal e estadual do Poder Judiciário não são divididos de acordo com a origem da norma aplicada, senão a partir da verificação do interesse da União na demanda[690].

De outro lado, as tutelas inibitória e de remoção do ilícito contam com "arcabouço legal e doutrinário", havendo uma "tendência à priorização dessas formas de tutela frente à tutela ressarcitória"[691]. A emissão de ordens e medidas executivas é mais simples do que no direito norte-americano, bastando conferir a amplitude da cláusula geral prevista no art. 139, IV do CPC/15, a qual não prevê a subsidiariedade como pressuposto normativo. E, por fim, a decisão estrutural está sujeita a ampla recorribilidade, não se restringindo apenas a casos de abusividade[692].

É claro que a existência de um cenário normativo mais propício à tutela estrutural não significa a inexistência de restrições funcionais (de escopo interferente ou por derivação funcional impertinente) decorrentes das normas constitucionais que inequivocamente conformam as interações institucionais também em nosso país. Da mesma forma, a percepção de que o experimentalismo democrático não descreve um experimento jurisdicional de reestruturação também não significa dizer que a restrição funcional defendida pela proposta não possa ser reputada razoável em algum ordenamento. Neste sentido, saber que o nosso ordenamento é mais propício à tutela estrutural e conhecer a conformação mínima de um experimento jurisdicional de reestruturação não significa dizer que o nosso ordenamento recepcione a possibilidade de sua existência.

Por conseguinte, é preciso reposicionar dogmaticamente a relevância da teoria do experimentalismo democrático dentro do marco proposto nesta sede, caracterizando-lhe como uma teoria que postula a existência de restrições funcionais de escopo interferente excludentes da possibilidade de experimentação jurisdicional de reestruturação. Dessa forma, o ponto de "diálogo" que poderia ser estabelecido entre a teoria comentada e o objeto desta dissertação

690 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 152-160.
691 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 156.
692 VIOLIN, Jordão. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019. p. 157.

consiste em analisar a (im)pertinência deste tipo de restrições funcionais excludentes no nosso ordenamento[693].

Embora o escopo desta dissertação não abranja aprofundamentos relacionados aos experimentos jurisdicionais de reestruturação no âmbito dos processos estruturais institucionais públicos, é importante salientar que a corrente do experimentalismo democrático termina por obscurecer a percepção de que a normatização das interações institucionais não precisa necessariamente ocorrer por arranjos de exclusão.

Conforme veremos no próximo subtópico, a normatização das interações institucionais pode admitir arranjos de inclusão, os quais dão ensejo à identificação de condicionamentos interinstitucionais e interfuncionais que não só podem trazer a lume questões relacionadas à engenharia normativa autorreferente dos experimentos de reestruturação, como também podem explicar seu maior ou menor âmbito de justificação em determinado ordenamento jurídico.

2.10.4 A alternativa não excludente: a normatização das interações institucionais por arranjos de inclusão

Reitere-se que fugiria ao escopo da presente dissertação analisar a (im)pertinência das restrições funcionais excludentes propostas pelo experimentalismo democrático no nosso ordenamento jurídico. O objetivo desse subtópico é mais singelo: busca-se apenas ressaltar que a normatização das interações interinstitucionais não se resume à reconstrução de arranjos de exclusão, podendo, ainda, abranger arranjos de inclusão.

Neste sentido, cumpre destacar que a própria defesa de uma restrição funcional excludente depende, em primeiro lugar, de uma argumentação em detrimento da regulação da interação normatizada por arranjos inclusivos. E isso, inclusive, é realizado pelos experimentalistas democráticos: o Judiciário, para os defensores da corrente, não disporia do conhecimento e das credenciais democráticas necessárias para desenvolver experimentos

693 Vale notar que as restrições funcionais excludentes de escopo interferente – embora não tenham abrangência para fulminar todos os experimentos jurisdicionais de reestruturação – limitariam a possibilidade de projetar experimentos jurisdicionais de reestruturação no âmbito dos processos estruturais institucionais públicos. O ponto, entretanto, foge ao escopo da presente dissertação.

darwinianos, tampouco seria teleologicamente adequada a intervenção jurisdicional para solucionar o problema da insulação não responsiva de baixa performance[694].

De outra banda, vale notar que nem sempre as interações normatizadas entre instâncias de poder precisam ser unidirecionais (exclusão ou inclusão), podendo ser bidirecionais (exclusão e inclusão). Nesse último caso, impender-se-ia investigar se o referido caráter bidirecional é orientado por critérios de preferencialidade (v.g. exclusão, em primeiro lugar, e, em seguida, inclusão), conteúdos especiais (exclusão para X e inclusão para Y), dentre várias outras hipóteses.

Por essa razão, não se pode dizer que a eventual superação da objeção à tutela de reestruturação, baseada em restrições funcionais excludentes, formulada pelos experimentalistas democráticos, convolaria a interferência jurisdicional no funcionamento de outras instituições públicas no exercício de uma "irrestrita" conformação regulativa. Principalmente diante de escopos interferentes, é improvável que não haja algum espectro de bidirecionalidade, prevista pelos ordenamentos jurídicos, a ser observado. E, neste caso, as interações institucionais constitucionais detêm aptidão para infundir outro tipo de condicionamento normativo ao exercício da função jurisdicional.

Com efeito, trata-se de enxergar na normatização das interações institucionais a possibilidade de arranjos de inclusão, capazes de prescrever relações coordenadas entre as instâncias de poder, em que refuncionalização institucional e efetivação de um estado protetivo de direitos coexistem e se retroalimentam.

Em caráter geral, a centenária técnica de instanciação de poderes deixa de sustentar apenas uma força de neutralização passiva[695], em que a liberdade é produto, sobretudo, da

694 É preciso dizer, entretanto, que essa argumentação produz diversas contradições intersubjetivamente relevantes (vide capítulo 3) que não são bem justificadas pelos experimentalistas democráticos. Dentre elas, destaca-se a aversão a garantias substantivas ampliadas e o afastamento de instâncias centralizadas em prol dos núcleos deliberativos defendidos pela teoria. Como a argumentação em detrimento da regulação da interação normatizada por arranjos inclusivos baseia-se em núcleos de sentido intersubjetivamente contraditórios, o processo de justificação não pode ser "precipitado" nessa camada superficial de raciocínio. Vale dizer: para que os argumentos dados possam se prestar a função de justificar o arranjo proposto seria necessário argumentar também a justificabilidade de suas pressuposições normatizantes contraditórias.

695 Segundo Echavarria, "Montesquieu se ocupó sólo de la neutralización pasiva (le pouvoir corete le pouvoir), pero creyó en la solución automática, como veíamos, de los problemas de cooperación en el seno del Estado". ECHAVARRÍA, Juan José Solozábal. Sobre el principio de la separación de poderes. Revista de estudios políticos, n. 24, p. 215-234, 1981. p. 228. A subvalorização da coordenação – que também pode ser atribuída ao período histórico oitocentista de maior desenvolvimento do princípio da separação de poderes – também é observável na crítica de NEGRETTO, Gabriel L. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. Revista mexicana de sociología, v. 65, n. 1, p. 41-75, 2003. Pelayo, por sua vez, recorda que a separação de poderes é um princípio e não um dogma, não sendo correto assumir a existência de um único "modelo

paralisia estatal. Diversamente, a instanciação passa a ser interligada a uma unidade superestrutural (Estado) capaz de induzir padrões de atuação cooperativos e compensatórios, em que, respectivamente, a coordenação institucional é vista como necessária para a promoção e proteção das situações jurídicas de vantagem e hibridações institucionais e funcionais são preferíveis à sobrevivência de comportamentos institucionais teleologicamente inconsistentes ou incongruentes.

Dessa forma, sob arranjos de inclusão, o padrão de abordagem estatal, antes de orientado precipuamente pela garantia de neutralizações recíprocas, passa a depender de signos combinatórios e compensatórios, os quais, apesar de manterem a centralidade do binômio fragmentante instituição-função, multiplicam as interações limítrofes e alteram a sua métrica estruturante.

No âmbito do processo de experimentação, não se trata de identificar quem é o condutor do experimento – o que infundirá condicionamentos normativos próprios – mas de perceber que, acaso seja possível reconstruir interações entre instituições estatais de poder baseadas em arranjos de inclusão, outros condicionamentos serão infundidos à condução do experimento[696].

Dentre esses condicionamentos, pode-se destacar, a título de exemplo, a formulação de um evento normativo de apoio regulativo[697], adicionado ao estado de polivalência funcional mínimo[698], descrito neste capítulo, cuja função diferenciada consistiria na garantia de harmonização institucional. Em seu cerne, um amálgama formatado por exigências de

planteado (…) sino que ésta tiene en cada tiempo sus propias peculiaridades de configuración" (PELAYO, Manuel García. La división de poderes y su control jurisdiccional. Revista de Derecho político, n. 18-19, p. 7-16, mar/1983. p. 12).

696 Pense-se no seguinte caso: o Legislador fixa o dever da Administração Pública de realizar um experimento na regulação do sistema financeiro nacional. Contudo, a Administração Pública adota um padrão regulatório não experimental ou formula um experimento deficiente. Digamos que um legitimado extraordinário ajuíze ação civil pública e pretenda obrigar a Administração Pública a formular o experimento exigido por lei. Ainda que o experimento seja, ao final e ao cabo, administrativo, a interação entre jurisdição e administração infundirá condicionamentos neste processo. O exemplo narrado não trata de experimentação jurisdicional, mas de controle da experimentação administrativa que, dependendo do escopo interferente, ensejará a necessidade de se pensar em um evento normativo de harmonização institucional.

697 Os eventos normativos de apoio regulativo surgem no âmbito dos experimentos de reestruturação como técnica de gerenciamento do crescente dinamismo resultante da superposição de características essenciais do processo estrutural e do experimento jurídico. O ponto será brevemente retomado no capítulo 3.

698 Com efeito, o desempenho dessa função não se confunde com as demais funções brevemente descritas neste capítulo, razão pela qual o estado de polivalência funcional resultante exorta a sua conformação mínima, como é natural que ocorra quando se analisa o experimento jurídico em cotejo com o contexto regulado. Ressalte-se que é possível que a função de harmonização institucional infunda condicionamentos normativos ao aspecto subjetivo do experimento jurídico sem, contudo, se confundir com uma restrição funcional de escopo interferente.

efetividade e refuncionalização é capaz de induzir desde suspensões e extinções anômalas, como a própria sucessão de condutores do experimento jurídico[699].

Em sentido semelhante, o estudo das derivações funcionais admissíveis – embora não referentes, como visto, à teoria do experimentalismo democrático – também não precisa ter como base apenas arranjos de exclusão (impertinência). Basta pensar que se o desempenho funcional deve contribuir para a formação de padrões de abordagem teleologicamente consistentes e a promoção de direitos *lato sensu* não deve enfocar, na contemporaneidade, no desenvolvimento de estruturas reciprocamente neutralizantes, parece mais razoável admitir a existência, sob determinadas condições, de espectros de interfuncionalidade, ainda que não acompanhados de interinstitucionalidade[700].

Note-se que admitir a existência de espectros de interfuncionalidade implica o reconhecimento de elementos funcionais originários e derivados, ao mesmo tempo em que oferece uma resposta contraintuitiva – porque concentrante e não fragmentante de poder – que expressa a percepção de que, em determinadas situações, a combinação interna e concreta de funções detém aptidão para promover um estado protetivo de direitos qualitativamente superior tanto à insatisfatória resposta das neutralizações recíprocas, como à resposta de coordenação interinstitucional, sobretudo em cenários refratários ao desenvolvimento de relações de coordenação[701].

---

699 O ponto foge ao escopo delineado no capítulo 3. Entretanto, afigura-se razoável sustentar que o princípio da separação de poderes infunde, no processo de experimentação, desenvolvido no âmbito dos processos estruturais institucionais públicos, um vetor de refuncionalização preferencial, como forma de garantir condições de coordenabilidade entre as diversas instâncias estatais. Uma consequência desse vetor parece, por exemplo, estar ligada à sucessão de condutores do processo de experimentação, em determinados casos, como, por exemplo, no âmbito de experimentos malsucedidos ou diante de expressões interinstitucionais deliberativas funcionais.

700 O ponto foge ao escopo da presente dissertação. Entretanto, vale ressaltar que espectros de interfuncionalidade são expressamente desenhados pela nossa Constituição, de modo a permitir a promoção de estados protetivos de direitos ou simples temporalização do direito. Um claro exemplo de interfuncionalidade – seguido de interinstitucionalidade necessária – é a possibilidade de edição de medidas provisórias pelo Presidente da República. Outro exemplo é a competência do Senado Federal para julgar certas autoridades pelo cometimento de crimes de responsabilidade. A questão teórica remanescente consiste em saber se outros arranjos de inclusão podem ser contextualmente formatados e o que lhes condiciona.

701 Pense-se em casos de bloqueios políticos, em que a tentativa de compor relações de coordenação pode representar uma escolha ineficiente diante de instituições que não estão dispostas à – ou são capazes de – fazê-lo. Ademais, a coordenação mediante coerção pode provocar reações institucionais, estimulando a piora do estado de deterioração das condições de interação entre as instâncias de poder, inclusive para além do problema gerado pelo bloqueio. Nestes casos, pode ser justificável combinar, concreta e internamente, espectros delimitados de interfuncionalidade, como forma de conferir tratamento normativo à controvérsia a despeito do bloqueio político, para fins de proteger as posições jurídicas por ele prejudicadas, pelo menos enquanto as relações interinstitucionais se mantiverem disfuncionais. Observe-se que quando o tempo de reação estatal a determinado problema não se afigura bem sintonizado (por bloqueios, por exemplo), a resposta combinatória por interfuncionalidade provoca a segregação, não necessariamente linear, mas certamente interconectada, entre o

A importância de se reconhecer que a normatização das interações institucionais pode abranger tanto arranjos de exclusão, como de inclusão, em caráter unidirecional ou bidirecional, seja no que se refere ao problema de escopos interferentes, seja no que se refere ao problema das derivações funcionais admissíveis, revela o quão multifacetada deve ser a discussão em torno da eventual pertinência descritiva e prescritiva da teoria do experimentalismo democrático em nosso país.

Em caráter mais amplo, oferece a "planta" básica de justificação sistêmica de alguns aspectos de determinados experimentos jurisdicionais de reestruturação que envolvem a averiguação de implicações oriundas de interações interinstitucionais ou interfuncionais normatizadas constitucionalmente pelo nosso ordenamento jurídico.

Vale lembrar que a justificação normativa é expediente que depende tanto da superação de obstáculos, como da defesa de fundamentos normativos[702]. Pense-se, por exemplo, no fato de que o experimento de reestruturação baseia-se em regulação prospectiva. Para justificar a possibilidade de sua projeção jurisdicional, insta perquirir se a regulação prospectiva, neste caso, representa uma derivação funcional impertinente (arranjo de exclusão)[703].

Superado este obstáculo, ainda assim pode ser relevante – em caso de interações interfuncionais bidirecionais – analisar se a justificação da possibilidade de regulação prospectiva por experimentação pode advir da identificação de um espectro de interfuncionalidade, em que arranjos de inclusão justificam a combinação concreta de funções, desde que observados os condicionamentos desenhados por determinado sistema normativo. É possível, ainda, justificar a possibilidade de projeção jurisdicional de

---

tempo de refuncionalização institucional e o tempo de garantia de direitos. A segregação não linear entre as referidas temporalidades representa a busca por estados protetivos qualificados sem, para tanto, abrir mão da busca pela refuncionalização das instâncias de poder, o que está de acordo com o amálgama típico dos arranjos de inclusão, descrito neste subtópico. Da mesma forma, a segregação prenuncia que o tempo de garantia não é dependente do tempo de refuncionalização institucional. Por sua vez, a independência entre temporalidades significa que a funcionalização institucional não é um pressuposto da reatividade estatal, o que, por certo, relaciona-se diretamente à superação da visão da separação de poderes como fórmula de alocação estanque e compartimentada de funções e atribuições. Destaque-se, por fim, que o exemplo dos bloqueios políticos revela como a resposta combinatória por interfuncionalidade também pode ser vislumbrada em casos de escopo interferente.

702 Nossa compreensão do processo de justificação sistêmica será explicada em detalhes no limiar do próximo capítulo.

703 Na verdade, conforme destacado supra, cumpriria, em primeiro lugar, analisar a unidirecionalidade ou bidirecionalidade da normatização das interações entre instâncias de poder para, em seguida, averiguar se sequer haveria a primacialidade, preferência, etc, de arranjos de exclusão.

experimentos de reestruturação fora de arranjos de inclusão, o que significaria que a normatização das interações institucionais não obstaria, nem condicionaria a sua admissibilidade.

Conclui-se que a adesão irrefletida ao experimentalismo democrático, como modelo de experimento jurisdicional de reestruturação, para além de não perceber a restrição funcional excludente que lhe torna inidônea para essa finalidade, detém o potencial para fomentar, como segunda dependência de caminho, a subjustificação sistêmica do processo de experimentação, na medida em que obscurece a possibilidade de normatização constitucional de interações inclusivas entre as instâncias de poder estatal, especialmente no que se refere ao instrumento atípico de proteção de interesses que caracteriza o processo estrutural.

2.11 **Conclusão parcial**

O propósito deste capítulo consistiu em dar um "passo atrás" na análise dos experimentos jurisdicionais de reestruturação. Considerou-se que sem entender exatamente o que é um experimento jurídico não seria possível descrever adequadamente os experimentos jurisdicionais de reestruturação. Para tanto, foi proposta uma redução analítica da categoria dos "experimentos legislativos" ou "experimentos regulatórios" ao seu aspecto objetivo comum: o processo de experimentação em si.

Como se pôde observar, tratou-se de um expediente que resultou em uma rica análise que não encontra paralelos na doutrina especializada nos processos estruturais. A categoria estudada é capaz de promover uma reordenação sistêmica do que se entende como experimento jurisdicional de reestruturação, introduzindo as "perguntas certas" que não foram elaboradas anteriormente.

O exemplo mais claro de ultrapassagem argumentativa decorre do questionamento da natureza do experimento proposto pela tão difundida corrente do "experimentalismo democrático". O "remédio de desestabilização", uma forma fraca de controle jurisdicional, constitui um experimento jurisdicional de reestruturação? Ou representa o mero reconhecimento ao direito de realização de um experimento administrativo subjetivamente diferenciado?

As respostas apresentadas a ambas as perguntas revelam que a doutrina brasileira, ao não estudar a categoria normativa dos experimentos jurídicos, escorou-se em uma dependência de caminho que acabou respaldando implicitamente uma contradição: o formato do experimento jurisdicional de reestruturação deveria ser o formato do experimentalismo democrático, o qual, no entanto, não descreve um experimento jurisdicional de reestruturação.

A despeito dos inequívocos avanços, as proposições defendidas, até o presente momento, apenas solucionam parcela dos problemas de pesquisa enunciados na introdução desta dissertação. É que se já foi possível provar a primeira hipótese de pesquisa, acerca da insuficiência e inadequação descritiva e prescritiva do experimentalismo, ainda não se esclareceu se ou porque o Judiciário brasileiro pode projetar experimentos jurisdicionais de reestruturação.

Para tanto, faz-se necessário enfrentar o problema da justificação sistêmica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, o que depende, como destacado no tópico 2.10.4, tanto da superação de possíveis objeções, como da complementação do que fundamenta a condução de processos de experimentação pelo Judiciário no âmbito dos processos estruturais. Este é o tema do próximo capítulo, ao fim do qual seremos capazes de afirmar a comprovação ou refutação da segunda hipótese de pesquisa.

3. JUSTIFICAÇÃO SISTÊMICA DO EXPERIMENTO JURISDICIONAL DE REESTRUTURAÇÃO

3.1 **Diretrizes de justificação sistêmica da projeção jurisdicional de experimentos de reestruturação**

3.1.1 Breve recapitulação e próximos passos

Por meio dos capítulos anteriores, perquiriu-se à descrição adequada dos dois institutos que conformam a noção de experimentos jurisdicionais de reestruturação: o processo estrutural e o experimento jurídico. Com efeito, sem precisar o que são os processos estruturais não seria possível entender o objeto e o espaço processual em que se desenvolvem os experimentos jurisdicionais de reestruturação. Por conseguinte, no primeiro capítulo, a partir de uma amostra das diversas caracterizações disponíveis de processo estrutural, defendemos o que lhe define, bem como o que caracteriza a sua cognição, decisões e procedimento.

Já no segundo capítulo, enfrentando um estado de indefinição e imprecisão teórica predominante acerca do experimentalismo, trouxemos à lume diversas características e elementos normativos do experimento jurídico, reduzido ao seu aspecto objetivo (processo de experimentação), como referencial categórico-sistêmico que informa os experimentos jurisdicionais de reestruturação.

Sem pretensão de esgotamento, esclareceu-se o funcionamento da dinâmica normativa do experimento jurídico, a problemática que busca debelar, o seu *telos* normativo, sua natureza jurídica, a técnica processual que emprega, a solução projetada pelo processo de experimentação, o seu principal fundamento normativo e os mecanismos que dele decorrem, as suas características essenciais, os eventos normativos mínimos que integram o seu estado de polivalência funcional, a parametrização mínima de sua adequação e necessidade, bem como a sua relação com os experimentos científicos e seus tipos ideais.

Com base na compreensão do experimento jurídico, prosseguimos no estudo dos experimentos jurisdicionais, oportunidade em que, para além da diferenciação de figuras congêneres, foram oferecidos parâmetros para identificação do condutor de cada experimento

jurídico e identificadas as espécies de carências regulativas que poderiam ser supridas pelos experimentos jurisdicionais.

Finalmente, uma vez entendido o processo de experimentação e como identificar o seu condutor, foi possível definir o experimento jurisdicional de reestruturação, cuja compreensão, certamente, foi robustecida pela revisão crítica anterior acerca das características essenciais do processo estrutural. Por fim, ainda foram defendidas cinco proposições que permitem afastar equívocos gerais relacionados à projeção dos experimentos de reestruturação.

Conquanto os esforços envidados nos primeiros capítulos promovam uma compreensão, razoavelmente precisa, acerca dos experimentos jurídicos, em geral, e dos experimentos de reestruturação, em particular, ainda não se afigura possível responder, com a mesma precisão, à seguinte indagação: o Judiciário brasileiro pode projetar experimentos de reestruturação?

O objetivo deste tópico é oferecer o "caminho", as diretrizes gerais para responder este questionamento. Parte-se da premissa de que para respondê-la é preciso, antes, saber o que, em termos argumentativos, representa uma resposta adequada ou suficiente para a problemática enunciada.

3.1.2 O processo argumentativo de justificação: condições positivas e negativas de validez sistêmica

Em caráter prefacial, a questão pendente de resposta enuncia um problema de justificação sistêmica[704]. Para os fins desta dissertação, a justificação sistêmica deve ser

704 O termo "justificação" é equívoco. Conforme afirma Alexy, o termo, que em algumas leituras é sinonímico de "fundamentação", pode ser utilizado, em um sentido mais genérico, para encapsular o processo de oferecimento de razões contra uma objeção ou dúvida (ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 52, nota de rodapé 3). Num sentido mais específico (e também difundido), o termo expressa o processo de julgamento da "validade universal" de normas morais ou jurídicas, relacionando-se, pois, à possibilidade de sustentar argumentos passíveis de universalização, observadas determinadas regras de discurso. Para os autores, em geral, que adotam esta perspectiva, numa sociedade pluralista, a única forma de se decidir moralmente é compor regras procedimentais, abrindo mão de regulações conteudísticas. Adotando esse sentido, confira-se a descrição e contraposição de alguns expoentes teóricos da teoria do discurso em PARDO, David Wilson de Abreu. Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação. 2005. 327 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. p. 130-181. O próprio Alexy se insere entre autores que compartilham essa perspectiva, valendo conferir a crítica de Bäcker ao seu modelo procedimental de quatro níveis (BÄCKER, Carsten. Direito como razão institucionalizada? Sobre a concepção teórico-discursiva do Direito de Robert Alexy. Revista Direito GV, v. 14, n. 1, p. 222-239, 2018). Veja-se, ainda, a posição de Günther,

compreendida como um expediente argumentativo que visa a valorar a admissibilidade ou receptividade sistêmica de um instituto jurídico em um dado ordenamento, dependendo tanto da superação de eventuais objeções existentes, como da sustentação de fundamentos normativos ou da reconstrução de pontos de reforço sistêmico[705]. Justificável, neste sentido, é o instituto jurídico que detém "validez sistêmica", ou seja, que, além de não contrariar as

que diferencia discurso de justificação, relacionado à validade normativa, abrangente da consideração de "circunstâncias constantes", iguais em qualquer caso, e discursos de aplicação, relacionados à adequação normativa, a partir da qual seria aferida, com base em todas as circunstâncias do caso concreto, qual, dentre as normas válidas aplicáveis *prima facie* ao caso concreto, produziria uma resposta sistematicamente coerente. Guardadas as diferenças entre os discursos, em ambos dever-se-ia partir de um discurso que leve em consideração os correspondentes interesses universalizáveis. Cf.: GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessôa. Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade, n. 6, p. 85-102, 2000. Assevere-se, desde já, que não se pretende enveredar, neste capítulo, pelas infindáveis controvérsias jusfilosóficas que integram esse debate. Justificação, nesta sede, é aquela decorrente das implicações recíprocas e estruturais, bem como das relações de prioridade existentes entre as normas jurídicas e que caracterizam, como defende Habermas, a linguagem artificial do Direito. Neste sentido, o termo será empregado para descrever a operação sistêmica de receptividade de um dado instituto jurídico em um dado ordenamento. Em nosso caso, a receptividade do experimento jurisdicional, e em especial do jurisdicional de reestruturação, em nosso ordenamento jurídico. Por esta razão é que optamos por qualificar a justificação como "sistêmica", qualificativo que não costuma ser utilizado, mas que nos parece designativo do que pretendemos realizar. Em suma, o escopo deste capítulo é bem mais singelo do que poderia parecer em um primeiro momento: a questão é saber se é possível – sem alterações sistêmicas – ao Judiciário projetar experimentos jurisdicionais e não se é universalmente "válido" projetar jurisdicionalmente experimentos ou se é "adequado" fazê-lo diante de um grupo de circunstâncias específicas. Em alusão ao primeiro sentido exposto nesta nota, esta é a "dúvida" normativa enunciada, a qual será respondida com base na averiguação da superabilidade de objeções e da sustentação por fundamentos normativos, ambos (objeções e fundamentos) reconduzíveis à linguagem própria do sistema jurídico.

705 A compreensão adotada, nesta sede, afigura-se compatível, em grande medida, com uma definição mais ampla de justificação que pode ser conferida, por exemplo, em FITÓ, Enric Custodio; MÁRQUEZ, Conxita; SANMARTÍ, Neus. Aprender a justificar científicamente a partir del estudio del origen de los seres vivos. Enseñanza de las ciencias: revista de investigación y experiencias didácticas, p. 133-155, 2015. Os autores identificam nos processos de justificação científica três operações interrelacionadas, a saber: (1) "producir razones y argumentos"; (2) "establecer relaciones que lleven a modificar el valor epistémico en relación al corpus de conocimientos"; (3) examinar su aceptabilidad y valorar la resistencia a las objeciones, recurriendo al corpus de conocimientos". Veja-se que, guardadas as devidas proporções, é isso que se pretende realizar neste capítulo: formular argumentos (operação 1) que sustentem a existência de fundamentos normativos ou pontos de apoio sistêmico ("relación al corpus de conocimientos" – operação 2) e que, ao mesmo tempo, ofereçam resistência à eventuais objeções normativas (operação 3), para fins de defender a receptividade sistêmica do instituto jurídico estudado no ordenamento jurídico brasileiro ("valor epistémico").

normas de um determinado sistema jurídico, encontra nelas respaldo para sua reconstrução normativa[706] [707].

Note-se que a importância de perquirir a resposta à pergunta enunciada reside na assunção de que para que determinado instituto faça parte de um dado ordenamento, ou possa nele ser reconstruído, não basta descrevê-lo, apontar suas vantagens e desvantagens, ou compreender adequadamente o seu funcionamento[708]. Diversamente, o emprego de determinado instituto jurídico depende, para além de tudo isso, da averiguação de suas condições de validez sistêmica, as quais tendem a variar de ordenamento para ordenamento jurídico.

Neste ínterim, a descrição da conformação normativa de um instituto jurídico, desvinculada da análise de suas condições de validez sistêmica, constitui um discurso jurídico

706 Uma das funções do sistema jurídico para Canaris consiste em prevenir contradições de valores, o que significa que uma "nova proposição jurídica não entre em contradição com o sistema legal mas antes se deixe 'incluir sem quebra no todo pré-existente da ordem jurídica'". Ressalte-se, entretanto, que o autor não desconsidera a possibilidade de, em virtude da abertura do sistema jurídico, haver um aperfeiçoamento sistêmico, cumprindo destacar que "deve-se evitar, perante a obtenção do Direito a partir do sistema, o malentendido de que o sistema é sempre dado, de antemão, como pronto e, desde logo, faculta as soluções para os problemas (…) [havendo entre Direito e sistema] uma relação mútua: tal como o sistema influencia a obtenção do Direito, assim se desenvolve, de modo inverso, a formação plena do sistema apenas no processo de obtenção do Direito." CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 173 e 188-189.

707 O termo "reconstrução" alude a uma determinada concepção hermenêutica, conforme explica ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 34-38. Por outro lado, ressalte-se que a identificação da teoria hermenêutica empregada em um determinado raciocínio jurídico indicia o paradigma comum do qual se parte para sua formulação. Neste sentido, cf.: OST, François; VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998.

708 Na verdade, para fins de receptividade sistêmica, não basta a descritibilidade, a controlabilidade descritiva, tampouco a adequabilidade da descrição disponível ou postulada acerca de determinado instituto. Essas são questões importantes, mas insuficientes para receptividade sistêmica do instituto. Todavia, a conveniência e/ou utilidade do instituto *pode bastar* acaso o ordenamento estudado condicione a validez sistêmica a tais signos normativos (ou *normatizados*). A utilidade pode, ainda, ser insuficiente para justificar, mas relevante para fundamentar determinado instituto.

essencialmente incompleto[709], porquanto não pode veicular uma pretensão de correção própria[710], na medida em que realizado fora de "limitações jurídicas específicas"[711].

Apenas a título de exemplo, imagine-se o ordenamento X, o qual traz, como condições de validez sistêmica, o devido processo legal e a reserva de lei para a normatização de um método de cognição judicial qualquer. Digamos, ainda, que o sistema jurídico, reconstruído a partir de X, não permite que, com base em exigências do devido processo legal, admita-se a superação eventual do óbice da reserva de lei para normatizar a cognição judicial.

Nestas condições, suponhamos os métodos cognitivos Y, Z e W. Y escora-se no devido processo legal, mas não foi previsto em lei, enquanto Z contraria o devido processo legal, mas foi previsto em lei. Por sua vez, W cumpre as exigências do devido processo legal e conta com parametrização legal.

Diante do exemplo dado, apenas W atende as condições de validez sistêmica de X, de modo que somente aquele método cognitivo é justificável neste ordenamento. Por outro lado, Y atende às condições positivas de validez sistêmica de X (fundamento no princípio do devido processo legal), desatendendo, no entanto, às suas condições negativas de validez

709 Criticando a baixa sistematização do Direito na atualidade, Ost e Van Hoecke apontam como fatores que contribuem para essa tendência a modificação acelerada do direito, um grau crescente de especialização e excesso de "pontualismo" ou "concretismo", a proliferação de atores que contribuem no campo doutrinário, a pluralização de sistemas e fontes normativas, bem como a inflação de informações disponíveis de baixa qualidade. Segundo os autores, fortalece-se uma tendência de simplificação doutrinária, em que, dentre outras vicissitudes, "(…) seems to be limited to a pure description, with, at the most, some very weak form of systematisation, namely locating the new rules and the new judicial decisions in the context of the previous legislation and case law". OST, François; VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998. p. 201.

710 Exaltando a importância da pretensão de correção nos discursos jurídicos e a necessidade de abandono da "facilidade simplificadora da ausência de discurso no paradigma silogista-legalista (lei-fato-decisão)", cf.: ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-2.10 (versão e-book). De forma mais contudente, o autor vaticina (RB-2.11) que "um ordenamento que não formule a pretensão de correção não pode se considerar um ordenamento jurídico".

711 Segundo Alexy, a argumentação jurídica pode ser tida como um caso especial do discurso prático geral, de modo que a sua completude depende da identificação de uma questão prática, discutida com uma pretensão de correção, que deve ocorrer sob "limitações jurídicas específicas". Neste sentido, cf.: "La cuestion de como se distingue la argumentacion juridica de la argumentacion pnictica general es una de las cuestiones centrales de la teoria del discurso juridico. Aqui se puede ya establecer un punto: la argumentaci6n juridica se caracteriza por la vinculatoriedad, como quiera que deba determinarse, al Derecho vigente. Con ello se menciona una de las principales diferencias entre la argumentaci6n juridica y la argumentaci6n practica general. En las disputas juridicas no se someten todas las· cuestiones a discusion. Dichas disputas tienen lugar bajo ciertas limitaciones. La amplitud y los tipos de limitaciones son muy distintos en las diferentes formas. La mas libre es la discusion de la ciencia juridica. En el proceso se dan las mayores limitaciones." ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 206. Em sentido semelhante, cf.: PECZENIK, Aleksander. Legal reasoning as a special case of moral reasoning. Ratio Juris, v. 1, 1988,p. 123-136.

sistêmica (reserva de lei), sendo o oposto verdadeiro para Z[712]. Em outras palavras, apenas W atende às "limitações jurídicas específicas" de X[713].

O exemplo, por outro lado, introduz a oportunidade adequada para esclarecer melhor a divisão hipotética de condições que iremos analisar neste capítulo. Frise-se, desde logo, que a divisão entre condições positiva (fundamento normativo) e negativa (superabilidade de óbice normativo) não é ontológica, constituindo uma mera "hipótese de trabalho"[714], ou seja, "noções operacionais, instrumentos de trabalho, que analiticamente representam o fenômeno normativo real"[715] e que "devem indicar, de forma verificável, certas diferenças durante o processo de concretização"[716].

Parte-se da premissa de que toda norma jurídica, na medida em que inserida em um sistema, induz a reconstrução de sentidos normativos plúrimos e contextualmente

712 Perceba-se, no entanto, que a condição negativa de validez sistêmica no exemplo dado é "superável" pela interposição legislativa, o que significa, neste caso, que Y seria justificável mediante interposição, enquanto Z nem assim o seria, porque descumpre a condição positiva de validez sistêmica. Essa reflexão pode ajudar a esclarecer um possível equívoco referente à sufixação da descrição da justificação como receptiv[idade] sistêmica. Com efeito, o termo "receptividade" poderia induzir que Y é justificável, considerando que, atendidas as condições positivas de validez sistêmica, a condição negativa (desatendida *ex ante*) poderia ser tratada como um ponto de reforço por implicatividade negativa – a seguir explicado – submetendo a justificabilidade de Y à interposição legislativa. Dessa forma, considerando que o condicionamento restritivo seria suficiente para justificar Y, seria possível concluir (equivocadamente) que Y é justificável em X, sob condição restritiva. Contudo, como ficará mais claro a seguir, atribuímos o resultado "justificável" apenas ao instituto que supera *ex ante* as condições negativas de validez sistêmica. Assim, para obtenção desse resultado, a condicionalidade restritiva depende da superação preliminar ou antecedente – e não mera "superabilidade" em contexto derivativo – das condições negativas de validez sistêmica. Em outras palavras, a condição negativa precisa ser desclassificável *ex ante* para ponto de reforço e não simplesmente interpretada *alternativamente* como ponto de reforço, o que importaria na supressão argumentativa de um ponto temporal intermédio (interposição legislativa) e, portanto, na alteração *não declarada* da perspectiva temporal do processo argumentativo de justificação sistêmica.

713 Frise-se, porém, que sem adequabilidade e controlabilidade descritiva o processo de justificação é frustrado sem que sequer haja a possibilidade de analisar as condições de validez sistêmica. É bom dizer, contudo, que, assim como a divisão entre condições positiva e negativa, a separação epistêmica entre descrição e justificação é mais hipotética do que ontológica, conforme intuído por Canaris ao descrever a existência de um processo de esclarecimento duplo dialético. Neste sentido, descrição é conformada durante o processo de justificação e esta também é modificada diante dos *inputs* descritivos da norma a ser justificada e das normas justificantes. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 154-157.

714 A noção é explicada por Friedrich Müller para explicar a diferença, em sua teoria estruturante do direito, entre programa e âmbito normativo. Cf.: MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito II. Tradução de: MUNDT, Renata Dias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 18-19.

715 FERRAZ, Sérgio Valladão. Hermenêutica constitucional: a teoria estruturante do direito e suas repercussões no controle de constitucionalidade e na realização dos direitos fundamentais. Joinville: Bildung, 1. ed., 2015, p. 83.

716 MÜLLER, Friedrich. Teoria Estruturante do Direito II. Tradução de: MUNDT, RenataDias; FARAH, Gabriela. Joinville: Editora Bildung, 2019, p. 24.

derivativos[717]. A plurivocidade de sentidos normativos decorre de diversas razões que abrangem, desde a equivocidade e ambiguidade linguística, até o fato de que, devido a organização em formato sistêmico, as normas estão imbricadas em relações de implicatividade recíproca e estrutural[718], bem como em relações de prioridade. Por esta razão, as normas jurídicas detêm aptidão para apresentar ambivalência condicional, ou seja, para operar, em determinados contextos normativos, ora como óbice (condição negativa de validez sistêmica), ora como fundamento (condição positiva de validez sistêmica).

A título de exemplo, uma norma processual A pode estar fundamentada na celeridade processual, mas, ao mesmo tempo, atentar contra algum dos conteúdos eficaciais do devido processo legal, princípio que, neste caso, funciona como óbice, mas que poderia, em outros casos, funcionar como fundamento – como no exemplo dado anteriormente.

Por força da ambivalência condicional, a divisão hipotética proposta não pode, sob pena de imprestabilidade de trabalho, basear-se em um critério de averiguação *ex post* da qualidade positivo-negativo. Sob um tal critério, para saber se determinação condição seria positiva ou negativa seria necessário, em primeiro lugar, submetê-la ao processo de justificação para verificar se a relação de implicatividade analisada prescrevia um padrão sistêmico não alcançado pela norma a ser justificada (óbice), proscrevia um conteúdo prescrito pela norma a ser justificada (óbice), ou, ao revés, prescrevia um comportamento ou padrão tutelado por uma norma justificante (fundamento) ou proscrevia um comportamento repugnável por uma norma justificante (fundamento). Dessa forma, como a qualificação da condição dependeria do resultado do processo de justificação (obstaculizante/fundamentante),

717 Como, por exemplo, defende ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015. p. 52. Segundo Ost e Van Hoecke, os sistemas jurídicos pós-modernos são baseados em uma lógica de "complexidade" e imprecisão (*fuzzy logic*), de modo que para atender ao caráter complexo e "pluricultural" das sociedades contemporâneas, deve-se adotar um paradigma de "compatibility, rather than to impose strict uniformity; one has to find probabilities rather than to assert certainties", capaz de transitar "'between order and disorder'" (OST, François; VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998. p. 209). Günther, por sua vez, ao diferenciar discurso de justificação de discurso de aplicação e abordar, dessa forma, o problema das condições ideais do discurso, explica nele a importância da consideração do contexto para argumentação da adequação da norma aplicada dentre as normas válidas referenciáveis a determinado caso (normas aplicáveis *prima facie*). GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessôa. Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade, n. 6, p. 85-102, 2000.

718 GUSMÃO, Lucas Araújo Lage de. Reestruturação Hiperimplicante da superação prospectiva: a segurança da provisoriedade. 2018. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 22.

a ambivalência condicional tornaria o binômio positivo-negativo irrelevante para qualquer propósito qualificatório.

Para solucionar este problema, sugere-se que a divisão hipotética proposta seja baseada em um critério de averiguação *ex ante,* associando o conteúdo prescritivo/proscritivo da norma justificante ao seu correspondente padrão de suficiência ou necessariedade no processo de justificação. Assim, conteúdos prescritivos ou proscritivos necessários, abrangidos pelo processo de justificação da norma a ser justificada, poderiam ser qualificados como condições negativas de validez sistêmica, independentemente de sua atendibilidade pela norma a ser justificada.

Em outras palavras, se o padrão normativo necessário, de acordo com a condição de validez B, é atendido pela norma a ser justificada, isso significa que um óbice normativo foi considerado no processo de justificação, no entanto, ele foi superado e a sua superação não desconfigura a sua natureza de condição negativa. Da mesma forma, a sua natureza de condição negativa, por estar relacionada a um padrão prescritivo de necessariedade, não rejeita a propriedade normativa de ambivalência condicional. Não por outra razão, a mesma norma que induz uma condição negativa de validez B, pode induzir uma condição positiva de validez C, desde que possua um conteúdo eficacial que esteja associada a um padrão normativo de suficiência em um determinado contexto de justificação.

De outra banda, é preciso destacar que o padrão prescritivo suscitado por uma condição positiva de validez sistêmica não mantém uma relação de suficiência com o próprio resultado do processo de justificação. Dito de outro modo, se a norma X é fundamentada na norma Y, o processo de justificação não deve ser precipitado sem a análise do óbice normativo Z, principalmente porque não há necessariamente correspondência argumentativa entre a defesa de um fundamento e a superação de um óbice normativo[719].

O padrão prescritivo das condições positivas de validez sistêmica, diversamente, mantém uma relação de suficiência entre si: a norma a ser justificada não precisa, em tese, ser justificada por mais de um fundamento normativo. Isso não significa dizer, entretanto, que a norma a ser justificada não possa estar escorada sistemicamente em mais de uma norma

719 O óbice pode, por exemplo, ser superado diante da não configuração de seu suporte normativo, de uma exceção construída com base em outra norma, etc. O exemplo do ordenamento X oferece um caso (norma Y) de dissociação ou não correspondência argumentativa entre fundamentação e superação de óbice normativo.

jurídica, principalmente porque os fundamentos normativos não detêm pretensão de exclusividade[720].

Inclusive, a possibilidade de aduzir de uma pluralidade de normas justificantes positivas serve ao propósito de demonstrar o nível de coerência de um determinado sistema normativo, ao mesmo tempo em que permite reconstruir conteúdos normativos mais consistentes[721].

Da mesma forma, a pluralidade de fundamentos pode advir da complexidade dos contornos normativos do instituto jurídico analisado. É possível, por exemplo, que a norma a ser justificada produza em um mesmo contexto normativo dois ou mais efeitos, cada qual fundamentado por norma justificante diversa.

Por conseguinte, a identificação de uma pluralidade de normas justificantes positivas – diferentemente da superabilidade de todos os óbices normativos aventáveis – não serve necessariamente ao propósito de justificação normativa que, via de regra, basta-se com um único fundamento, estando relacionada ao estudo de coerência sistêmica ou de reconstrução de sentidos normativos consistentes.

Excepcionalmente, a pluralidade de normas justificantes pode servir ao propósito de justificar, o que ocorre, por exemplo, no caso de pluralidade de efeitos normativos heterogeneamente fundamentados, ou ainda quando a superabilidade dos óbices aventados dependa da convergência de fundamentos identificáveis.

Note-se que a descrição das condições positivas e negativas de validez sistêmica tomou, até o presente momento, como perspectiva, as relações de implicatividade entre normas jurídicas. Contudo, consoante aventado supra, parte-se da premissa de que as normas jurídicas, organizadas em formato sistêmico, também se estruturam de acordo com relações de prioridade, o que, conforme se verá a seguir, também exprime uma diferenciação na divisão hipotética de trabalho proposta.

---

720 CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 90-91; 88-99.

721 "Assim, um sistema equilibrado [segundo Peczenik] – coerente – seria aquele no qual os seus elementos estabelecem relações recíprocas entre si: um é fonte de sustentação para o outro, de tal forma que as partes só podem ser compreendidas com a compreensão do todo, mas esse todo só é coerente e completo em razão dessa simbiose." VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 147-148. Principalmente quando se admite, conforme defendido supra, que a abertura e mobilidade dos sistemas jurídicos na contemporaneidade induzem, cada vez mais, a reconstrução de sentidos normativos plurívocos e contextualmente derivativos, a coerência surge clara como um constructo relevante que tende a se basear em múltiplos pontos de apoio normativo ou reforço sistêmico.

3.1.2.1 Relações de prioridade normativa: os pontos de reforço sistêmico

Para confirmar o afirmado no fim do subtópico anterior, vale ressaltar, de início, que o padrão de fundamentação depende de uma relação de prioridade hierárquica ou formal. Para uma norma X ser fundamento normativo de uma norma Y, é preciso que X seja hierarquicamente superior a Y (relação de prioridade hierárquica). Outra possibilidade seria que X estivesse previsto em um diploma que não poderia ser alterado pela autoridade que editou Y e que Y devesse levar em consideração X na sua edição (relação de prioridade formal).

No primeiro caso, pode ser exemplificado que o princípio do contraditório pode ser aventado como fundamento do art. 799, I, do CPC/15 que prevê a citação do credor hipotecário, quando a penhora recair sobre bem gravado por hipoteca. No segundo, pode ser exemplificado determinada norma contida em lei instituidora de imposto em cotejo com as normas previstas no CTN (lei ordinária/lei complementar)[722].

Destaque-se que ainda que ausente relação de prioridade hierárquica ou formal entre a pretensa norma justificante e a norma a ser justificada, é possível enxergar outro tipo de implicatividade positiva, cuja identificação pode servir, por exemplo, ao propósito de superar óbices e reforçar ou condicionar determinado efeito ou consequente normativo. São os pontos de reforço sistêmico, os quais podem, por exemplo, aumentar a relação de prioridade relativa entre a norma a ser justificada e determinado óbice normativo, ou ainda servir ao propósito de demonstrar a consistência da reconstrução de sentido normativo postulada em contexto de aplicação.

Vale destacar, ainda, que a implicatividade positiva entre a norma a ser justificada e outra norma pode ser marcada por uma relação de prioridade entre esta e aquela, a qual, apesar de não ser idônea para identificação de uma condição positiva de validez sistêmica, pode ser qualificada como um ponto de reforço sistêmico. Apenas para que fique claro, neste caso, a implicatividade positiva não criaria uma relação de prioridade relativa externa, ou seja,

722 De acordo com o STF, a relação entre norma prevista em lei ordinária e norma prevista em lei complementar não é de hierarquia. Em hipótese daquela "violar" o disposto nesta haveria, na verdade, invasão da esfera de competência reservada a outro ente ou a utilização de ato legislativo inidôneo (inconstitucionalidade formal). MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 2.006-2.007.

entre a norma a ser justificada e um óbice normativo, mas sim uma relação de prioridade relativa interna, estabelecida entre a norma a ser justificada e a própria norma justificante.

A título de exemplo, não se duvida que as normas fundamentais do processo, previstas no CPC/15, ocupam uma posição de relativa prioridade sistêmica em relação as demais normas da lei processual. Assim, a implicatividade entre uma norma fundamental e uma norma do procedimento comum, por exemplo, ainda que não ocorra em sentido unidirecional (norma geral – norma do procedimento comum), certamente pressupõe uma superioridade axiológica da primeira em relação à segunda, a qual subordina a sua interpretação e aplicação (reconstrução normativa)[723]. A despeito disso, de acordo com o que foi dito, a norma geral não poderia ser reconhecida como um fundamento da norma de procedimento comum, senão como um ponto de reforço sistêmico de implicatividade positiva orientada por uma relação de prioridade relativa.

De outra banda, as condições negativas de validez sistêmica não dependem da existência de uma relação de prioridade formal ou hierárquica. Pelo contrário, o óbice normativo pode ter a mesma hierarquia e estabelecer uma pretensão meramente argumentativa de prioridade relativa em cotejo com a norma a ser justificada.

O que é importante é que determinado conteúdo eficacial seja contrastante com algum aspecto normativo da norma a ser justificada, de tal modo que seja possível sustentar argumentativamente uma pretensa relação de prioridade entre a condição negativa e a norma a ser justificada. A partir daí, a superabilidade (argumentativa) da obstaculização, provocada pela pretensa relação de prioridade (hierárquica, formal ou relativa) havida entre a condição negativa e a norma a ser justificada, é necessária (e insuficiente) para reconhecer a receptividade sistêmica de determinado instituto jurídico.

Observe-se, em complemento, que é possível que a implicatividade negativa entre as normas contrapostas possa ensejar o reconhecimento de condicionamentos normativos, em vez de, efetivamente, obstar a norma a ser justificada. Neste caso, também devem ser reconhecidos pontos de reforço sistêmico, haja vista que, apesar de oriunda de uma implicatividade negativa, que visava à imposição de um padrão prescritivo necessário, a adução de condicionamentos normativos termina por reforçar a receptividade da norma a ser

723 "As normas fundamentais elencadas pelo legislador infra-constitucional constituem as linhas mestras do Código: são os eixos normativos a partir dos quais o processo civil deve ser interpretado, aplicado e estruturado. (…)". MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Código de Processo civil comentado. 3ª ed. revisada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 152.

justificada, conquanto possa implicar na redução do seu âmbito normativo ou restrição aos seus conteúdos eficaciais[724].

Diversamente do que ocorre com as condições positivas de validez sistêmica, é possível que uma mesma norma seja analisada, no processo de justificação, como condição negativa de validez sistêmica e como ponto de reforço sistêmico[725]. Neste sentido, há quase um "princípio de eventualidade" justificativo, pois a superação do óbice normativo aventado pode induzir a sua análise (eventual) sob o prisma de reforço sistêmico[726].

Por outro lado, uma diferença importante entre o ponto de reforço oriundo de implicações normativas negativas e o oriundo de implicações positivas é que, devido ao resultado condicionante restritivo daquele, deve ser reconhecida uma relação de prioridade ao menos relativa entre ele e a norma a ser justificada. É que se não houver relação de prioridade, não haverá, por via de consequência, padrão prescritivo necessário.

Exploradas as condições negativa e positiva de validez sistêmica, bem como os pontos de reforço normativo, nos próximos subtópicos serão expostos mais três parâmetros necessários para prosseguir.

3.1.3 Segmentação do material a justificar

A descrição do processo de justificação sistêmica, ao mesmo tempo em que delimita o que será argumentado no presente capítulo, oferece as primeiras diretrizes gerais para o percurso que será trilhado nos próximos tópicos. Com efeito, a divisão hipotética entre condições negativa e positiva de validez sistêmica orientará a argumentação que será desenvolvida em cada tópico, pensados para justificar o instituto dos experimentos jurisdicionais de reestruturação.

De outro lado, frise-se que o enfoque não abarcará pontos de reforço sistêmico, os quais somente serão discutidos quando necessários à argumentação formulada, sem pretensão de esgotamento.

---

724 Trata-se de premissa compatível com o aspecto temporal da análise de justificação sistêmica estabelecida no subtópico anterior.

725 Ao longo do capítulo, a eventualidade justificativa ficará clara, notadamente no estudo da relação do princípio da igualdade com o experimento jurídico.

726 Na verdade, isso até pode ocorrer na argumentação de condições positivas de validez sistêmica, mas de uma forma diferente por duas razões. Em primeiro lugar, é preciso que haja uma relação de prioridade hierárquica ou formal entre a norma justificante e a norma a ser justificada. Além disso, considerando que os fundamentos não induzem padrões prescritivos necessários, não há eventualidade entre os argumentos.

Seja como for, vale destacar que o processo de justificação sistêmica é tendencialmente permanente (aberto)[727], considerando inolvidável e pertinente a advertência de Günther de que a ordenação normativa é necessariamente transitiva, tanto por resultado da realização meramente aproximada de cada situação[728], devido as condições não ideais de discurso, como em virtude da alterabilidade dos interesses e da própria relação de coerência existente entre as normas jurídicas.

O que é preciso, neste momento, é propor uma camada de argumentação adicional em relação aos experimentos jurisdicionais de reestruturação para que o discurso jurídico – já iniciado nos capítulos anteriores – possa contar com uma pretensão de correção com lastro na análise de (pelo menos algumas perspectivas de) limitações jurídicas específicas do nosso ordenamento.

Interessante pontuar, por outro lado, que não basta saber que tipo de condicionantes normativos devem ser incluídos em um processo de justificação sistêmica para que ele possa ser tido como razoável ou adequado. É preciso, para além disso, identificar quais os aspectos de determinado instituto precisam se submeter ao processo de justificação.

Conforme veremos a seguir, a primeira diretriz que entendemos necessária para segmentação do material a ser justificado consiste na identificação da contradição intersubjetivamente relevante.

3.1.3.1 Contradição intersubjetivamente relevante

727 O que, de certo modo, emula a característica da abertura sistêmica. Cf.: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 103-126.

728 O autor parece admitir que os discursos de justificação e aplicação se comunicam a partir de "realizações aproximadas" sucessivas, na medida em que a argumentação prática em torno de diversos casos de colisão de interesses permite uma maior compreensão de como os interesses subjacentes às normas colidentes são, de fato, afetados em um plano mais elevado. Além disso, a compreensão, cada vez mais plenificada, acerca das circunstâncias e consequências envolvidas em determinado contexto regulado termina por alterar o seu próprio estado de descritibilidade, o que, por via de consequência, pode introjetar, nos discursos de justificação, questões conhecidas, em primeira aproximação, por meio dos discursos de aplicação. A realização aproximada sucessiva, neste sentido, adéqua-se à proposta do autor de obtenção de normas perfeitas de modo indireto. Cf.: GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessôa. Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade, n. 6, p. 85-102, 2000. Conquanto se concorde com a premissa de que os discursos precisam se comunicar e que essa comunicação pode ser expressa em termos de realizações aproximadas sucessivas, discorda-se do "final da história", ou seja, da possibilidade de normas perfeitas e de respostas certas únicas para cada problema.

Rememore-se que as mesmas plurivocidade e variabilidade contextual das normas justificantes marcam as normas a serem justificadas, principalmente porque não é a posição sistêmica de fundamento ou óbice que induz esses predicados, mas sim, como já destacado, aspectos ligados ao próprio fenômeno normativo. Vale lembrar, ainda, que institutos jurídicos complexos – como é o caso do experimento jurisdicional de reestruturação – comportam, em sua estrutura normativa, diversos elementos, os quais podem demandar justificação própria.

Reduza-se disso, todavia, o fato de que nem todos os aspectos da norma a ser justificada *precisam* ser justificados. O senso comum jurídico[729] e o estado da arte científicos operam como uma espécie de estocagem de justificados, desonerando o intérprete ou operador da adoção de intermináveis (e insuportáveis para a vida em sociedade) expedientes argumentativos de justificação[730]. Deve haver, pois, uma segmentação necessária do "material" a justificar e, para tanto, cumpre propor um recorte adequado.

E o primeiro passo para propor um recorte adequado consiste, justamente, na consideração de que, devido à estocagem de justificados, apenas aquilo que foge ao estado da arte jurídico é que deve se sujeitar a processos argumentativos de justificação. Trata-se, pois, de um critério de "resgate" argumentativo[731] por contradição intersubjetivamente relevante, o qual pode ser melhor compreendido à luz de dois esclarecimentos complementares.

Em primeiro lugar, para que uma proposição normativa qualquer seja revestida por uma pretensão de correção, é preciso que seu conteúdo proposicional seja razoavelmente aceitável, sob um ponto de vista argumentativo, pelo estado cognitivo comunitário[732] referente

729 Em tom crítico, cf.: WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 03, nº 05, p. 48-57, 1982.

730 DUTRA, Delamar Volpato. Kant e Habermas: a reformulação discursiva da moral kantiana. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2002, p. 185-187.

731 "Normalmente, os interlocutores falam e se entendem com base em um consenso de fundo que não é necessário questionar, o que quer dizer que, nos contextos normais de comunicação, as pretensões de validade não são explicitamente tematizadas. O mundo da vida compartilhado pelos atores é rompido quando são postas em dúvida as justificações rotineiras e cotidianas. No caso de se tornarem problemáticas as pretensões de verdade e correção normativa, ou atos de fala constatativos e regulativos, o resgate se dá discursivamente, ou seja, aduzindo razões, de modo que o resgate de uma pretensão de validade normativa é operado através da lógica da argumentação." PARDO, David Wilson de Abreu. Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação. 2005. 327 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. p. 146.

732 Referindo-se a estado cognitivo comunitário, em um sentido mais restrito que o ora utilizado, cf.: VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 68-74. Com efeito, diz a autora "se partes e juiz atuam em uma comunidade de trabalho (no alemão *Arbeitsgemeinschaft*), não só as tarefas no processo, mas também o conhecimento, em vez e solitário, será intersubjetivamente construído, em um verdadeiro compartilhamento cognitivo entre juiz, partes e, ainda, eventuais terceiros, que reciprocamente e influenciam, ainda que os terceiros, por vezes, compartilhem essa atividade de maneira pontual, relativa a apenas algumas discussões no processo." O estado cognitivo

a determinado ordenamento jurídico. Rejeita-se, neste sentido, que a justificação sistêmica possa se escorar em raciocínios introspectivos, autoritativos ou de pura adesão volitiva majoritária. Nos dias atuais, como rememora Sabel, entende-se que a ciência se realiza intersubjetivamente, compreensão que é de todo aplicável ao Direito[733].

Dessa forma, quando se alude à estado de arte, pensa-se naquele que é expressão de um estado cognitivo comunitário, fruto, portanto, do reconhecimento intersubjetivo[734] de esquemas ou padrões argumentativos predominantes por uma dada comunidade jurídica[735]. Em outras palavras, o estado da arte representa um *corpus* aberto de conhecimento acerca de um determinado sistema jurídico, que se forma e reforma continuamente, de acordo com interações discursivas difusas ou concentradas[736], que são conduzidas no seio de uma dada comunidade jurídica[737], e que se baseiam na prevalência dialética de esquemas ou padrões argumentativos específicos aos quais os seus integrantes podem recorrer para defender e propor posições juridicamente aceitáveis[738].

---

comunitário ao qual nos referimos é outro, não restrito a realidade de um processo, mas relacionado ao desenvolvimento do Direito.

733 SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1.088-1.089.

734 A importância do reconhecimento intersubjetivo em processos argumentativos de justificação também é destacada por TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre ética. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000, p. 95.

735 Ressalte-se que o estado da arte, no sentido aqui empregado, também abrange o paradigma comum de argumentação ou raciocínio jurídico, tal qual descrito por OST, François; VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998. Frise-se, entretanto, que a relação entre os conceitos é mesmo de continência e não de coincidência, como fica claro da leitura do presente subtópico.

736 Os processos institucionais de tomada de decisão podem ser tidos como exemplos de interações discursivas concentradas no sentido utilizado no parágrafo acima.

737 A comunidade jurídica não necessariamente é territorialmente delimitada, tampouco orientada por critérios de nacionalidade. Em matéria de direito internacional, comunitário ou direitos humanos, por exemplo, contribuem "mentes" de múltiplos países e nacionalidades. Em nossa opinião, o conhecimento – jurídico ou extrajurídico – é cada vez *menos* localizado, a despeito de a concretude dos problemas e das perspectivas interpessoais permitirem a reconstrução de sentidos normativos variáveis, com significâncias ponderativas certamente diferenciadas. Paradoxalmente, o conhecimento segue tendências antagônicas, de modo que é possível dizer que, cada vez mais, o conhecimento é, ao mesmo tempo, localizado e não localizado. Destacando, no âmbito da transjudicialidade, a formação de comunidades cognitivas transnacionais, cf.: SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication.University of Richmond Law Review, n.29, 1994. p. 99-137. De outra banda, dando proeminência ao conhecimento em comunidades locais, cf.: DORF, Michael; SABEL, Charles. A Constitution of Democratic Experimentalism. Columbia Law Review, v. 98, n. 2, p. 267-473, mar. 1998. Por fim, indicando que a adoção de "conceitos paradoxais" constitui uma ferramenta para lidar com sistemas complexos, cf.: OST, François; VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998.

738 O interessante é que a estocagem de justificados pelo estado da arte não se desenvolve no mesmo ritmo das alterações do sistema jurídico, o que termina por provocar a sobrevivência de inconsistências argumentativas deletérias à interpretação dos institutos jurídicos em geral. Assim, conquanto a simplificação argumentativa traga

É justamente por compor o substrato cognitivo para proposição de posições juridicamente aceitáveis que se entende que a contradição ao estado da arte configura uma contradição intersubjetivamente relevante, a qual depende, para externar uma pretensão de correção razoável, da promoção de um engajamento dialético tal que inverta (ou pretenda inverter) o fluxo argumentativo *prima facie* prioritário por ele estabelecido. Neste sentido, o estado da parte projeta verdadeiros ônus argumentativos, que servem à "redução e controle da incerteza epistêmica que abrange o sistema jurídico e todos os [seus] processos decisórios" e introduzem, para além de *standards* específicos, "regras de parada que fixam até quais pontos o procedimento argumentativo deve ser desenvolvido"[739].

A necessidade de superação dos ônus argumentativos, impostos pelo estado da arte, demarca, portanto, os pontos de parada argumentativa que devem ser aproveitados, nesta sede, para conduzir o processo de justificação sistêmica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação.

Veja-se, de outra banda, que é possível que um elemento normativo esteja consonante ao estado da arte, mas possa ser melhor fundamentado por um esquema argumentativo dissonante do estado da arte. Neste caso, temos um ponto de parada argumentativa não obrigatório, segundo o critério estabelecido, mas que pode induzir resgatabilidade argumentativa incidental para aprimoramento do estado cognitivo comunitário. No entanto, por se tratar de parada argumentativa desnecessária para fins justificativos, o enfoque ora adotado não incluirá o questionamento de pontos consonantes aperfeiçoáveis argumentativamente.

Em segundo lugar, perceba-se que toda descrição normativa (D_1), ao ser situada em um ordenamento jurídico (O_i)[740], com pretensão de correção, baseia-se em certas

---

vantagens dialógicas referentes à redução e controle de incertezas epistêmicas, o desencontro reflexivo entre o tempo de alterações normativas e o tempo de "reestocagem" de justificado enseja a "subpercepção" das resultantes inconsistências argumentativas, cuja pontualidade e difusão tendem a estar diretamente relacionadas à dificuldade de identificá-las. Para conferir um exemplo de como o estado da arte "não acompanha" as alterações normativas pontuais e difusas contraditórias, veja-se CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. cap. 3, em que o autor oferece diversos exemplos de institutos da contemporaneidade que contrariam as proposições normativas predominantes (estado da arte) relacionadas ao princípio do juiz natural.

739 O conceito de ônus argumentativo adotado pode ser conferido em LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. 2012. 208f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012. p. 199.

740 Ressalte-se que é possível – embora incomum – que a justificação de uma pressuposição normatizante em um ordenamento X seja suficiente para reconhecer a sua justificabilidade em um ordenamento Y, desde que este

pressuposições normatizantes, contextualmente variáveis (P_1), cujo conteúdo proposicional pode (ou não) contradizer o *corpus* de conhecimento existente acerca do sistema jurídico daquele ordenamento (S_i).

A título de exemplo, pensemos na característica de regulação prospectiva. D_1 consiste na asserção de que o experimento jurisdicional de reestruturação, por visar à projeção de um "remédio" estrutural, programa uma pré-decisão supervisionada baseada em regulação prospectiva. O_i está situado no ordenamento jurídico brasileiro, no qual se pretende reconstruir, com pretensão de correção, D_1. Da pretensão de correção de D_1 em O_i é possível identificar como P_1 contraditório, dentre outras, as proposições de que, *em alguma medida* (M_p), cabe ao Judiciário editar regulações prospectivas, para as quais o órgão pode programar expedientes cognitivo-regulatórios atípicos e complexos.

Veja-se que o conteúdo proposicional de P_1 contraditório somente é razoavelmente identificável com a inserção de D_1 em O_i com pretensão de correção[741]. Mais do que isso: a medida ou contorno das proposições de P_1 contraditório não são unívocas nem após a inserção de D_1 em O_1. Com efeito, pode-se pensar, a título de exemplo, em três contornos proposicionais diferenciados: (i) não configura uma derivação funcional impertinente ao Judiciário editar regulações prospectivas; (ii) cabe ao Judiciário, apenas em caráter compensatório, editar regulações prospectivas provisórias; (iii) cabe ao Judiciário, sob

possua uma cláusula de abertura em relação aquele. No Brasil, Seixas chama a atenção para o art. 386 do Decreto 848, de 11 de outubro de 1890 que determinava que "os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na Republica dos Estados Unidos da America do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal". Segundo o autor, "O referido Decreto pareceu seguir a tradição do Direito brasileiro-português de instituir 'fontes subsidiárias' para a hipótese de existência de 'lacunas' no ordenamento jurídico. Em face, porém, do momento político de ruptura com o passado (especialmente no campo do Direito público), decidiu-se instituir como Direito subsidiário o dos Estados Unidos da América, em detrimento do Direito romano tradicionalmente apontado como referência ilustrada para o Direito nacional. Prova desta ruptura com o passado é o teor do preâmbulo da Constituição Republicana de 1891 instituída pelo Decreto nº. 510 de 22 de junho de 1890, que considera a 'revolução' de 15 de novembro a então 'origem atual' de todo o Direito público brasileiro." (SOUZA, Marcus Seixas. Os precedentes na história do direito processual brasileiro: colônia e império. 2014. 196 fls. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014. p. 128, nota de rodapé 375). Conferir também: DOLINGER, Jacob. The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System. The American Journal Of Comparative Law, Oxford University Press, v. 38, n. 4, p. 803-837, 1990.

741 O raciocínio foi inspirado no conceito de contradição performativa. Guardadas as devidas proporções e diferenciações, o enunciado assertivo, contrariado pelas pressuposições pragmáticas do ato de fala questionado, consiste em uma proposição normativa predominante (estado da arte), e as pressuposições pragmáticas do ato de fala questionada só surgem quando situadas no sistema a que pertencente o enunciado assertivo. A principal diferença entre os raciocínios está radicada no fato de que a contradição intersubjetivamente relevante não se insere em um discurso universalizante. Sobre o conceito de contradição performativa, cf.: PARDO, David Wilson de Abreu. Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação. 2005. 327 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. p. 149.

arranjos de inclusão e com preferência de sucessão de condutor do experimento, editar regulações prospectivas.

Disso se observa que D_1 não está vinculado indissociavelmente a P_1 contraditório sem a sua inserção em O_i[742] e que mesmo após a sua inserção em O_i com pretensão de correção, P_1 contraditório ainda é variante e pode ser "esclarecido" – leia-se: descrito – durante o processo argumentativo de justificação sistêmica, em resposta as condições positivas e negativas de validez sistêmica ou aos pontos de reforço por implicatividade.

É interessante notar que isso prova um fenômeno desde há muito descrito, em termos mais amplos, por Canaris como processo de esclarecimento duplo dialético[743], já comentado brevemente supra. Consoante demonstrado supra, a descrição de uma norma jurídica é também conformada pelo processo argumentativo de justificação, o qual também tem os seus contornos alterados para atender à descrição normativa. Dito de outra forma, descrição informa e conforma justificação, sendo a recíproca verdadeira. Pelo menos no que se refere à P_1 contraditório, o processo de esclarecimento duplo dialético é patente no exemplo dado.

Considerando que P_1 é variável mesmo com a inserção de D_1 em O_i, adotaremos um critério de abordagem de abrangência descritiva de redução progressiva ou eventualmente induzida. No exemplo dado, primeiro abordaríamos P_1 de acordo com (i), para depois, acaso insuperáveis os óbices ou insustentável perante os fundamentos sistemicamente disponíveis, testar (ii) (redução progressiva) *ou* outra abrangência descritiva que se afigure, a partir da análise de P_1 em (i), mais razoável desde logo (redução induzida).

A partir dos esclarecimentos, realizados neste subtópico, sabemos o que poderia criterizar a identificação do material a justificar. No entanto, ainda se faz necessário introduzir um critério para identificação do que oferece as descrições normativas (D_i) que devem ter

742 De forma mais precisa, até é possível pensar em pressuposições normatizantes não situadas em determinado ordenamento. Contudo, o seu grau de generalidade é pouco útil, para fins de justificação sistêmica.

743 CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 154-157. Em sentido semelhante, defendendo a existência de uma *dialectical relationship* ou um *spiral movement* entre descrição e sistematização, cf.: OST, François; VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998. p. 197. Não há, pois, linearidade teórica entre expedientes argumentativos descritivos e justificativos, mas imbricação e reflexividade. Ressalte-se que isso não infirma a validade do iter metodológico, adotado nesta sede, de se descrever um instituto jurídico para depois buscar justificá-lo. Apenas revela que no esforço descritivo anterior, havia resquícios de expedientes argumentativos justificativos, assim como, no esforço justificativo subsequente, haverá resquícios de expedientes argumentativos descritivos. Esses resquícios, muito antes de contrariar as asserções anteriores (ou posteriores), irão, na verdade, complementá-las de uma forma não simplesmente antecipável sem a adoção de um esforço preponderantemente justificativo.

pressuposições normatizantes (P_i) submetidas a escrutínio justificativo. É o que se passa a analisar no próximo subtópico.

3.1.3.2 Superposição das características essenciais

Para identificar as características ou descrições normativas que serão submetidas ao teste da contradição intersubjetivamente relevante, vale retomar o que foi dito acerca da definição dos experimentos jurisdicionais de reestruturação no tópico 2.9.2. Com efeito, como espécie de experimento jurídico projetado pelo Judiciário, o experimento de reestruturação submete-se a um condicionamento regulativo suficientemente diferenciado, conformado, sobretudo, pelas características essenciais da cognição e decisão estruturais.

Dessa forma, ao se decidir pela projeção de um experimento jurídico no bojo de um processo estrutural, importa-se à modelagem dos eventos normativos daquele várias problemáticas decorrentes das características essenciais deste. Dito de outra forma, o experimento jurisdicional de reestruturação lida com os problemas oriundos da superposição das características essenciais do experimento jurídico com as características essenciais do processo estrutural.

Apenas a título de exemplo, a introjeção do policentrismo no cerne da tutela de reestruturação pode induzir desde suspensões e extinções anômalas do processo de experimentação[744], como a sua reconcepção parcial ou total. Da mesma forma, o problema da integração assíncrona de focos de interesse retardatários ou ressonantes a um processo de experimentação já em andamento, dinamiza o exercício da função de controle e tensiona – pela inconstância – a atendibilidade do *telos* cognoscente do experimento jurídico. A acomodação de decisões graduais contrastantes – exaradas pelo mesmo ou por centros decisórios diversos – também detém aptidão para alteração da equação cognitivo-regulatória do experimento jurídico.

Em termos de justificação sistêmica, isso significa que a superposição de características essenciais amplifica as críticas que poderiam recair sobre o processo de experimentação conduzido pelo Judiciário, à luz das críticas que também poderiam recair sobre a cognição e decisão estruturais. Vale dizer: justificar os experimentos jurisdicionais de

744 Vide exemplo supra acerca das ações de readequação de oferta de ensino público diante da superveniência de um estado de calamidade de saúde pública.

reestruturação implica justificar os experimentos jurisdicionais em si acrescidos dos fatores complicadores oriundos do processo estrutural.

Para ilustrar o afirmado, veja-se que enquanto todo experimento jurisdicional se caracteriza pela adoção de um método cognitivo atípico, o experimento de reestruturação depende de uma cognição que, muito além de atípica, é preponderantemente global e contínua. Justificar o experimento de reestruturação, neste sentido, implica não apenas analisar a contrariedade intersubjetivamente relevante da possibilidade de adotar métodos cognitivos atípicos, como também analisar a contrariedade intersubjetivamente relevante do engajamento judiciário na resolução de um problema que exige uma cognição preponderantemente global e contínua.

Daí se observa que justificar os experimentos jurisdicionais de reestruturação é uma empreitada argumentativamente incremental, ou seja, que perpassa a justificabilidade prévia das pressuposições contraditórias dos experimentos jurisdicionais em geral, para então abranger a justificabilidade das pressuposições contraditórias superpostas oriundas do processo estrutural.

Em apertada síntese, poder-se-ia descrever o processo argumentativo que será desenvolvido no presente capítulo nos seguintes termos: justificar os experimentos jurisdicionais de reestruturação implica averiguar, em caráter incremental, a atendibilidade de condições negativa e positiva de validez sistêmica dos pressupostos normatizantes variáveis, em abrangências descritivas de redução progressiva ou induzida, oriundos das descrições normativas superpostas dos experimentos jurídicos e dos processos estruturais que provoquem contradições intersubjetivamente relevantes.

Eis um retrato geral do que significa justificar nesta sede.

Para finalizar esse tópico introdutório, entretanto, impende-se trazer à lume um problema que, de outra forma, já poderia ser deduzido da adoção do critério da contradição intersubjetivamente relevante associado ao problema de insuficiência descritiva tratado no capítulo anterior.

Conforme veremos a seguir, trata-se de reconhecer as limitações trazidas pelas dificuldades epistêmicas associadas à emulação de posições críticas hipotéticas, as quais desaconselham a estruturação de um discurso de justificação com pretensões de completude

ou de abrangência elevada sem engajamento dialógico prévio com as ideias defendidas nos capítulos anteriores.

3.1.4 A importância da alteridade no processo de justificação sistêmica: as limitações do exercício solipsista de posições críticas hipotéticas

Em nosso sentir, a síntese exposta ao final do subtópico supra revela um retrato adequado do processo argumentativo de justificação do experimento jurisdicional de reestruturação. Faltou, contudo, levar em consideração um problema decorrente da conjugação do critério da contradição intersubjetivamente relevante com a insuficiência descritiva dos experimentos de reestruturação enfrentada no capítulo anterior, o qual prejudica sobremaneira o expediente argumentativo a ser desenvolvido nesta sede. Vejamos aos poucos.

Se a contradição relevante é aquela que contrasta com o estado cognitivo comunitário, não é difícil perceber que o critério adotado nesta dissertação postula a centralidade da alteridade no processo de justificação sistêmica. Dessa centralidade, decorre a rejeição de um "cognitivismo introspectivo", no qual "o discurso [] se base[ia] em memórias isoladas, [] acarretando o afastamento do elemento intersubjetivo"[745].

Como se sabe, o raciocínio introspectivo estabelece uma relação direta entre sujeito e objeto cognoscente. Por isso, é construído sobre "memórias isoladas", eis que baseado sobretudo em autorreferencialidade[746], de tal forma que o resultado cognoscente surge como consequência das capacidades individuais de retenção, recordação[747] e ideação[748].

---

745 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 121.

746 "A produção normativa é autorreferencial, mas também reflexiva, com reação a seus próprios impulsos e a circunstâncias externas." CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 120. Com autorreferencialidade, não estamos, entretanto, afirmando que produções acadêmicos não dialogam com outras produções pré-existentes. Apenas que quando não há produções pré-existentes específicas sobre o que se discute (*in casu* justificação dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, com o delineamento defendido, no ordenamento jurídico brasileiro), desenvolve-se um raciocínio, em grande medida, limitado pela autorreferencialidade.

747 CÂMARA, Jorge Luis. O tempo do direito e o tempo da justiça: uma reflexão fenomenológica sobre a duração do processo e a essência da justiça. Cadernos da EMARF, Fenomenologia e Direito, Rio de Janeiro, v.5, n.2, p.1-125, out.2012/mar.2013.

748 Como dizia Feyerabend, "a ciência não conhece 'fatos nus', pois os fatos de que tomamos conhecimento já são vistos sob certo ângulo, sendo, em consequência, essencialmente ideativos". Assim, mais do que retenção e recordação, o conhecimento é inexoravelmente produto de um processo ideativo. FEYERABEND, Paul. Contra o método. Tradução de Octanny S. da Mata e Leonidas Hegenberg. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977, p. 20. Visto em TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães; GOMES, Técio Spínola. Um jantar com Oswald de Andrade e Paul Feyerabend: seria o direito uma refeição viável? Revista Eletrônica de Metodologia UFBA.

O iter hermenêutico poderia ser sintetizado num "vai e vem" entre sujeito e objeto, em que se conhece, em isolamento – e, por isso mesmo, a partir das próprias premissas e ideações – o objeto para, em seguida, recordar as conclusões obtidas e, a partir delas, em novo cotejo com o objeto, reconstruir ou derivar conclusões[749].

Por mais que o aporte técnico e outros mecanismos possam produzir algum grau de *debiasing*[750], o iter hermenêutico descrito é debilitado, antes de mais nada, por não se libertar da influência das pré-compreensões do próprio emissor[751], bitolando as premissas e perspectivas analíticas cognoscíveis e conclusões obteníveis.

E veja-se que essa "cegueira propositiva" pode ser causada não apenas pela influência das pré-compreensões do emissor do discurso, como também por outros defeitos cognoscentes que poderiam ser facilmente compensáveis em reflexividade.

Pense-se, por exemplo, em limitações de caráter técnico-científico[752] – o emissor não detém todo o conhecimento técnico necessário para obter a melhor cognição[753] – ou de

PPGD. v. 12. p. 21-40. 2015.

749 Vale conferir a crítica à compreensões solipsistas do direito, chegando a concluir que um sistema processual que a admita não pode ser tido como racional: "Não há possibilidade de interação discursiva entre corpo leigo e corpo técnico, em uma ciência social aplicada como o Direito, quando não se parte daquilo que Habermas denominou de o 'mundo da vida' (*Lebenswelt*) daqueles diretamente interessados na discussão posta em juízo, daí a importância da 'dupla hermenêutica'. Ou seja, um sistema jurídico-processual não pode ser entendido como 'racional' se, no momento de decidir, o juiz pode escolher não dialogar com seus interlocutores imediatos, quais sejam, aqueles diretamente afetados pela decisão judicial. Não há possibilidade de compreensão solipsista de conteúdos simbólicos no caso das ditas 'ciências sociais'. ROLO, Rafael Felgueiras. Processo coletivo e o papel da coletividade ausente: a afirmação de um contraditório transcendente. 2015. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 155.

750 A técnica de *debiasing* é, por exemplo, tratada em VITORELLI, Edilson; ALMEIDA, João Henrique de. Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias? No prelo. Disponível em https://edilsonvitorelli.academia.edu/research. Acesso em: 20/12/2021.

751 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 421-422. Ressalte-se que "pré-compreensão" é utilizado, nesta sede, como sinonímico de uma propensão compreensiva acerca do que se estuda. Embora seja possível neutralizar os efeitos deletérios dessa propensão compreensiva, o melhor remédio é a reflexividade, a qual, contudo, depende da existência de produções pré-existentes específicas sobre o que se discute (*in casu* justificação dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, com o delineamento defendido, no ordenamento jurídico brasileiro).

752 A comparação entre centros cognitivos baseada em acessibilidade a conhecimentos técnico-científicos criteriza o raciocínio exigido pelo princípio da cognição adequada, segundo VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 209 e ss. Da mesma forma, pode influir no juízo de competência adequada segundo CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-8.2; RB-8.6; RB-8.37, dentre outros.

753 As limitações técnico-científicas, inclusive, tendem a ser mais relevantes na atualidade devido ao ritmo acelerado de modificações normativas e ao grau crescente de especialização do Direito. Enquanto aquele cria, dentre outras coisas, "a constant race against time to keep legal information up to date (…) [providing a] 'instant product', which does not last much longer than the weather forecast (..) [and] diminish[ing the] amount of time available for doctrinal legal writers", este provoca "(...) the loss of an overall view of law and of its systematic

perspectiva – o emissor não conhece todas as circunstâncias especiais relevantes ou não detém os mesmos incentivos posicionais para defender ou analisar opções ponderativas diferenciadas[754] [755].

A "cegueira propositiva" pode ainda advir de "desorientações" causadas por desequilíbrios internos entre retenção e recordação[756], pela formação de dependências de caminho[757], pelo emprego de padrões heurísticos deficitários[758] ou enviesados[759], por destemporalidades axiológicas[760] ou por simples erros.

---

coherence (…) also largely restrict[ing] the size of the scientific communites withing which legal interpretations and theories may be discussed" (OST, François; VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998. p. 201).

754 "O Juiz, como qualquer ser humano, para bem decidir, precisa assumir o papel fundante da 'alteridade' para a formação de sua própria opinião jurídica acerca do caso concreto. Tudo passa pela necessidade de reconhecimento da existência de outras perspectivas sobre o direito, o que vai muito além da possibilidade tradicionalmente conferida ao juiz para 'extrair' o direito dos fatos narrados e provados pelas partes ('*da mihi factum, dabo tibi jus'*). Essas 'outras perspectivas' não são de somenos importância para a atividade judicial, pois é somente a partir desse reconhecimento mútuo que se garante autoridade à decisão estatal em um Estado Democrático de Direito." ROLO, Rafael Felgueiras. Processo coletivo e o papel da coletividade ausente: a afirmação de um contraditório transcendente. 2015. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. p. 161.

755 Conquanto haja estudiosos das ciências sociais que defendem outros tipos de limitação de perspectiva, no presente subtópico apenas se destaca que limitações de perspectiva tendem a prejudicar o raciocínio autorreferente de determinado sujeito pensante. Trata-se, contudo, de um vício que tende a se resolver diante de um estado de reflexividade, em que outros sujeitos, submetidos a outras experiências, conhecimentos, (des)incentivos, etc, complementam o debate em torno de uma ideia com uma perspectiva racional não concebida inicialmente. Diante da influência recíproca, entendemos que as limitações de perspectivas, por serem discursivamente provisórias e estarem sujeitas à hibridações, podem se modificar, seja para acolher a argumentação alheia, para inovar a própria posição defendida, seja para constituir uma entremistura de perspectivas argumentativas, que, de outra forma, dificilmente surgiria.

756 Como percebe Sunstein, ao tratar do tema da arquitetura de escolhas, o excesso de informações pode ensejar processos de tomada de decisão menos precisos. Cf.: THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.; BALZ, John P. Choice architecture. The behavioral foundations of public policy, p. 428-439, 2013.

757 AHDIEH, Robert B.. Between Dialogue and Decree: international review of national courts. New York University Law Review, v. 79, n. 1, p. 2029-2163, dez. 2004.

758 A título de exemplo, Alexy critica o catálogo de *topoi,* proposto por Struck, asseverando, dentre outras coisas que "até mesmo o valor heurístico dessas compilações devem ser motivos de dúvidas", rejeitando, em complemento, "a sua orientação exclusiva de considerar a estrutura superficial de argumentos padrão". ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Jutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2001. p. 31-32.

759 Sobre diversos vieses que podem afetar o julgamento dos processos estruturais, cf.: VITORELLI, Edilson. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 329-383, 2021.

760 Basta imaginar, por exemplo, um tribunal cujos membros foram nomeados em um período de exceção e que, mesmo após o seu fim e constituição de um regime democrático, remanescem exibindo padrões decisórios típicos daquele substrato axiológico. Sobre o tema, conferir ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Contribuição para uma análise processual dos conflitos brasileiros de atribuição. 2006. 459 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito., Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 117 e ss, que sugere, por exemplo, que a jurisprudência sobre conflitos de atribuição apresenta uma reminiscência negativa do período de ditadura militar no Brasil. Em sentido semelhante, vale lembrar as palavras de Calamandrei: "a queda do regime fascista não produziu uma radical renovação das pessoas na ordem judiciária, nem uma grande mudança na legislação ordinária. Mesmo

Todos esses problemas tendem a ser menos relevantes num contexto em que ao lado da autorreferencialidade adiciona-se a reflexividade comunicativa[761]. Com isso, a formação do conhecimento jurídico passa a ser fulcrado na formação difusa e dinâmica de condicionamentos recíprocos entre os participantes engajados no discurso jurídico[762].

A contestabilidade[763] e perquirição deliberativa[764] das construções argumentativas[765] mais plausíveis[766] passam a orientar o discurso desenvolvido, preconizando não mais uma relação sujeito-objeto, senão uma relação sujeito-sujeito[767]. A internalização da alteridade nos processos de formação de conhecimento jurídico representa, enfim, um claro aceno em prol do acerto e fortalecimento do pressuposto epistêmico da democracia[768].

---

depois da entrada em vigor da Constituição republicana, grande parte das velhas leis permaneceu em vigor e, para aplicá-las, permaneceram nos seus postos os mesmos magistrados que, por vinte anos, estavam habituados a interpretá-las com o espírito do conformismo. (…) O regime já caiu, as premissas constitucionais estão derrubadas, mas as leis a aplicar são as mesmas. Como pode fazer o juiz, envelhecido em duas décadas de ditadura, para interpretar, com novo espírito democrático, as leis que, por vinte anos, ele sentiu animadas por uma inspiração autoritária?" (CALAMANDREI, Piero. Processo e democracia. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 79-80).

761 Poder-se-ia pensar que a reflexividade é impossível num trabalho monográfico. No entanto, a reflexividade não precisa ser síncrona, como em uma conversa, nem derivar de uma interação pré-programada, como em um processo judicial. A reflexividade pode advir de qualquer tipo de interação em que o emissor se coloca na posição de interlocutor e, com isso, leva em consideração a opinião do outro com quem estabelece (ou pretende estabelecer) um diálogo. Por isso, a interação reflexiva entre sujeitos (intersubjetiva) pode ser assíncrona, episódica, difusa, heterogênea, plurissubjetiva, etc. O recurso à intertextualidade, por exemplo, pode, em um contexto dialógico, servir ao propósito de esboçar uma interação reflexiva.

762 O conhecimento resultante de interações comunicativas baseia-se em arranjos de influência. Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.120-132.

763 PENNA, Saulo Versiani. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 57 e ss.

764 Sobre a importância da deliberação no discurso jurídico, cf.: MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 203-206.

765 "(...) não existe mais um mundo em si independente da linguagem que seja copiado por ela, nem uma essência nas coisas para ser descoberta (...) não há correspondência entre linguagem e objeto, pois este é criado por ela. (...) Conhecer não significa mais simples apreensão mental de uma dada realidade, mas a sua construção intelectual, o que só é possível mediante linguagem. (...) a linguagem é a morada do ser, o lugar onde o sentido do ser se mostra." Cf.: GOUVEIA, Lúcio Grassi de; BREITENBACH, Fábio Gabriel. Sistema de precedentes no novo código de processo civil brasileiro: um passo para o enfraquecimento da jurisprudência lotérica dos tribunais. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; MACÊDO, Lucas Buril de; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de. *Grandes temas do novo CPC*: precedentes. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. Cap. 23, p. 491-520.

766 As vantagens da formação policêntrica do conhecimento científico são apontadas por FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I.. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

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

768 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 462-463. No mesmo sentido ROLO, Rafael Felgueiras. Processo coletivo e o papel da coletividade ausente: a afirmação de um contraditório transcendente. 2015. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, p. 155. Sob um

Para além da superação dos defeitos cognitivos de processos autorreferenciais, a reflexividade, adicionada pela alteridade, diversifica as linhas teóricas disponíveis[769], submete as ideias a testagens recíprocas – o que agrega maior convencibilidade ao argumento resistente – bem como abre espaço, com a contestabilidade de "dogmas mortos"[770] e a comparabilidade entre teorias diversas[771], para renovações constantes do estado cognitivo comunitário[772].

Neste sentido, é perceptível, por exemplo, o contraste argumentativo entre o conteúdo desenvolvido no primeiro e no segundo capítulo dessa dissertação. No primeiro capítulo, a profusão de linhas teóricas disponíveis criou exigências argumentativas mais robustas e, como consequência, permitiu uma maior precisão descritiva acerca das características do processo estrutural.

Diversamente, no segundo capítulo, as fragilidades descritivas projetaram um espaço que, a princípio, seria marcado pela predominância de expedientes argumentativos autorreferenciais e, apenas, marginalmente reflexivos. Para compensar a baixa reflexividade,

---

argumento qualitativo das "dinâmicas participativo-deliberativa", o autor assevera ainda, na p. 169, que "O salto qualitativo previsto é devido a melhor compreensão da relação entre as dinâmicas sociais e processuais, uma vez reconhecida a perda do monopólio das perspectivas tidas como privilegiadas sobre o sentido do direito, impondo a consideração da constante e inevitável renovação das narrativas sócio-jurídico-políticas pelos sujeitos diretamente afetados por decisões jurisdicionais".

769 No capítulo 2, conferir as variantes teóricas relacionadas à temporalidade do experimento jurídico. Fora do tema estudado, pense-se, por exemplo, no clássico contraste teórico entre Savigny e Ihering e suas respectivas leituras do instituto da posse. Ou, no âmbito do processo, o contraste entre Büllow e Goldschmidt e suas respectivas leituras do processo como relação jurídica e situação jurídica. Os exemplos são infindáveis.

770 A superação de "dogmas mortos" como decorrência instrumental da proteção da liberdade de expressão indica que a garantia de contestabilidade temporaliza conhecimentos e expectativas. Sobre a superação de dogmas mortos através da liberdade de expressão conferir a opinião de John Stuart Mill: "There is the greatest difference between presuming an opinion to be true, because, with every opportunity for contesting it, it has not been refuted, and assuming its truth for the purpose of not permitting its refutation. Complete liberty of contradicting and disproving our opinion, is the very condition which justifies us in assuming its truth for purposes of action; and on no other terms can a being with human faculties have any rational assurance of being right" (*in:* MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 216, nota de rodapé 541)

771 Veja-se o que se defendeu no capítulo 1 dessa dissertação no que toca à essencialidade do estado de desconformidade, que sofreu uma redefinição parcial a partir das noções de policentrismo e multifocalidade. A comparabilidade entre vetores teóricos diversos permite aprimoramentos recíprocos que nunca seriam possíveis ante a inexistência, em primeiro lugar, do espectro de variância teórica.

772 A alteridade também funciona como uma "bússola" do que é relevante no assunto discutido. Foi justamente essa propriedade que se buscou aproveitar ao se defender o critério da contradição intersubjetivamente relevante. Como veremos a seguir, a alteridade pode produzir estados de reflexividade interna ou externa e, em ambos os casos, o "guia" argumentativo estará presente. A diferença, em termos metafóricos, é que enquanto a reflexividade interna mapeia todas as capacidades humanas e materiais de determinada empresa, a reflexividade externa permite inferi-las, em termos gerais, a partir de uma comparação de resultados entre empresas. O ideal justificativo surge quando há um grau elevado de descritividade (capacidades averiguáveis) e de reflexividade (mapeamento e comparabilidade).

decorrente do momento analítico do qual se partiu, buscou-se, no referencial sistêmico-categórico dos experimentos jurídicos, a base intertextual necessária para ampliar a infusão de reflexividade no raciocínio desenvolvido. Contudo, o caráter ideativo das proposições defendidas aclara a diferença entre os momentos analíticos dos quais se partiu em cada capítulo.

A diferença entre estados prévios de reflexividade, embora relevante para pensar cada instituto, é menos pungente quando transportada a um plano interno – ou seja, aquele direcionado às linhas teóricas especificamente defendidas nesta sede – tendo em vista que a recomposição analítica proposta no capítulo 1 também não foi adotada, até onde se sabe, por nenhum autor, o que impede que ela já tenha sido objeto de reflexão crítica – como uma linha teórica autônoma – por outros pensadores.

Ainda assim seria, em tese, possível perquirir o exercício de posições críticas relativas a cada fragmento de característica infundida na recomposição analítica proposta no capítulo 1, o que poderia garantir um estado prévio de reflexividade mínimo, mesmo que adaptado às variações e derivações propostas.

No entanto, rememore-se que o que se pretende neste capítulo não é justificar as características do processo estrutural, ou dos experimentos jurisdicionais em si, mas dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, o que, como visto, depende, para identificação do "material" a justificar, da aferição da contradição intersubjetivamente relevante de pressuposições normatizantes oriundas da superposição de características essenciais de ambos.

E, como também já visto, o vetor da superposição de características essenciais não favorece o aproveitamento desse estado prévio de reflexividade interna mínimo do processo estrutural, pois orientado à justificação dos experimentos jurisdicionais em si acrescidos dos fatores complicadores oriundos do processo estrutural. Ou seja, o enfoque recai sobre as características dos experimentos jurídicos projetados pelo Judiciário, em relação aos quais o estado prévio de reflexividade interna é resquicial, principalmente se se considera que mesmo os experimentos jurídicos foram analisados a partir de uma redução objetiva incomum na doutrina.

Neste diapasão, extraem-se, ao menos, duas conclusões acerca das posições críticas exercitáveis nesta sede. Em primeiro lugar, as posições críticas serão, via de regra, meramente

hipotéticas, haja vista serem resultantes de um esforço emulativo de juízos reflexivos ainda não disponíveis. Em segundo lugar, esse esforço emulativo necessariamente toma forma a partir de juízos formulados com base no estado prévio de reflexividade externa, isto é, decorrente da contraposição de características superpostas ao que comumente se pensaria de qualquer instituto e não especificamente direcionadas à linha teórica defendida[773].

Essas duas conclusões bem delineiam a dificuldade epistêmica da qual se parte para justificar adequadamente o experimento jurisdicional de reestruturação. Com efeito, nenhum esforço emulativo de juízos reflexivos é capaz de efetivamente transfigurar autorreferencialidade em reflexividade[774]. Não há dúvidas, portanto, que as limitações que marcam a autorreferencialidade não são compensadas por esforços emulativos de reflexividade, os quais, no máximo, representam o reconhecimento prévio da importância da alteridade e oferecem um "convite" para um engajamento dialógico (necessariamente) subsequente.

Por outro lado, a dificuldade epistêmica, ora abordada, não evoca um ônus que repercute simetricamente no processo de justificação sistêmica. Pelo contrário, as limitações da autorreferencialidade, no que toca à projeção hipotética de posições críticas, são mais intensas, neste estudo, no que se refere às condições negativas de validez sistêmica.

Explica-se o afirmado quando se perscruta em que sentido foram vetorizados os elementos justificativos agregados à descritividade predominante nos capítulos anteriores. Rememore-se, neste sentido, que, devido ao esclarecimento duplo dialético, todo expediente descritivo agrega elementos justificativos, o que significa dizer que todo processo descritivo tem o potencial para trazer em si um esboço antecipado de (in)justificabilidade. O que, de fato, parece difícil, não é esboçar antecipadamente, por exemplo, a descrição de um instituto

773 A título de exemplo, uma condição negativa baseada em legalidade e oponível à característica de cognição atípica deve ser pensada à luz da possibilidade de projeção de métodos cognitivos atípicos em nosso sistema (reflexividade externa), não havendo nenhuma crítica prévia relativa à medida de atipicidade exigida pelos experimentos de reestruturação (reflexividade interna).
774 É que se busca antecipar a reflexividade a partir da autorreferência.

injustificável[775] (na perspectiva temporal analisada), mas sim descrever sem ao mesmo tempo vetorizar algum sentido justificativo específico[776].

Neste sentido, resta perceptível que o vetor subjacente aos esforços argumentativos desenvolvidos no capítulo 1 e, principalmente, no capítulo 2 é positivo, ou seja, esboça antecipadamente uma tendência de justificabilidade dos institutos defendidos. Diante dessa tendência vetorial, os esforços emulativos de reflexividade adquirem aptidão para produzir melhores resultados na posição discursiva potencialmente assumida pelo enunciador da ideia defendida. Como o vetor subjacente aos capítulos anteriores é positivo, revela-se uma posição discursiva favorável ao estudo de condições positivas de validez sistêmica.

Ressalte-se, todavia, que isso não significa defender uma impossibilidade de exercício de "autocrítica". Reconhece-se, apenas, que os limites cognitivos anteriormente discutidos possuem uma repercussão assimétrica no que se refere ao desenvolvimento de performances argumentativas otimizadas em sentido vetorial e antivetorial. Nesse último, a emulação de juízos reflexivos – notadamente diante de um estado prévio de reflexividade interna resquicial – tende a ser marcada por simplificações, fragilizações inconscientes, dentre outros vícios[777] da mesma estirpe, que terminam por escancarar a relevância da alteridade no processo de justificação sistêmica de qualquer instituto.

Em última análise, a consideração da presente dificuldade epistêmica é consentânea à postura cognoscente autocontida, defendida no capítulo anterior em relação aos experimentos jurídicos. Rejeita-se, dessa forma, ignorâncias deliberadas, ou ingenuidades que se prestam ao papel de superficializar a discussão[778], conferindo-lhe apenas uma aparência de justificação sistêmica adequada.

---

775 Não é difícil, por exemplo, extrair da clássica defesa de Fuller no sentido de que a forma de ordenação social, conferida pela jurisdição, que se basearia na apresentação de provas e argumentos e na resolução do problema por um terceiro imparcial, uma descrição com elementos justificativos negativos em relação à tutela jurisdicional de problemas policêntricos (FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I.. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978).

776 A descrição não vetorizada pode ser resultante da adoção de expedientes dissimulativos ou ainda pode decorrer da imaturidade reflexiva do descritor.

777 Ainda é possível, por exemplo, enxergar "fantasmas" argumentativos, supervalorizando ou subvalorizando determinados aspectos da discussão. Pode-se, ainda, de maneira involuntária, fomentar a formação de dependências de caminho. A título de exemplo, para Sabel, Chayes supervalorizou o caráter inovativo dos processos civis de interesse público, deixando de notar as semelhanças previamente existentes entre o modelo e outros procedimentos e institutos da *common law* (SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004).

778 Superficializam-se as críticas e projetam-se respostas superficiais que são inseridas na "rodada" científica como respostas facilmente superáveis. Por isso, a discussão, como um todo, é superficializada.

Há, ainda, um último problema que caminha no mesmo sentido do anteriormente exposto e que não pode ser desconsiderado.

Recorde-se que se partiu da identificação de uma necessidade analítica de reconstrução descritiva dos institutos estudados. No atual momento analítico, portanto, não se nos afigurava razoável simplesmente estipular as características essenciais das categorias analisadas – ou simplesmente aderir acriticamente à caracterização de algum autor, o que seria ainda mais difícil em se tratando de processo de experimentação – o que, por certo, permitiria que concentrássemos todos os nossos esforços no processo argumentativo de sua justificação.

Partiu-se, em suma, de um estado de descritividade insatisfatório – com graus diferenciados de insatisfatoriedade – que precisou ser "trabalhado" argumentativamente para que se pudesse prosseguir. Em virtude disso, iniciar um processo de justificação com pretensões ampliada ou de completude certamente seria uma expediente "precipitado", eis que o presente trabalho sequer teve sua parte descritiva objeto de revisões por pares, de modo que, eventualmente, seria desempenhado um esforço justificativo sobre descrição ou pressuposição normatizante rejeitada pelo estado cognitivo comunitário.

Em outras palavras, a falta de alteridade não prejudica apenas diretamente o processo de justificação, como também indiretamente, na medida em que afeta a identificação intersubjetiva das descrições normativas – e, consequentemente, das pressuposições normatizantes – relevantes. Com isso, a emulação de posições críticas assume um duplo caráter hipotético: é preciso assumir a relevância do conteúdo descritivo defendido para, em seguida, assumir quais seriam as posições críticas exercitadas. E, também devido a esse duplo caráter hipotético, afigura-se pouco proveitoso engajar em um discurso justificativo sem as devidas cautelas.

3.1.5 Resposta às limitações discursivas identificadas: duas contribuições iniciais ao processo de justificação do experimento jurisdicional de reestruturação

Diante de todo o exposto, não nos lançaremos, nessa dissertação, num pouco frutífero expediente de emulação de inúmeras posições críticas hipotéticas que, muito antes, de contribuírem ao robustecimento do debate, apenas lhe superficializariam, em uma ingênua desconsideração das nossas próprias limitações cognitivas oriundas da posição discursiva assumida e da precocidade da rodada deliberativa das ideias defendidas anteriormente. Não

iremos, pois, edificar os próximos andares deste constructo sem as mãos necessárias para tanto.

Em vez de ignorar limites cognitivos e buscar uma emulação errática de óbices nunca aventados, optou-se por realizar duas contribuições iniciais ao processo de justificação dos experimentos jurisdicionais de reestruturação sem qualquer pretensão de abrangência, completude ou pseudoreflexividade[779]. Completam-se, dessa forma, as exigências configuradoras mínimas de um discurso jurídico sem descurar do que é possível antecipar com um nível de consistência adequado[780].

A primeira contribuição que pretendemos oferecer consiste em realizar uma breve revisão do estado de reflexividade externa relacionado à justificação dos experimentos jurídicos em si, adaptando, quando se fizer necessário, o raciocínio desenvolvido às peculiaridades dos experimentos jurisdicionais de reestruturação tal qual definidos no capítulo anterior.

Neste sentido, será compulsada a compatibilidade dos experimentos jurídicos com os princípios da segurança jurídica e da igualdade de tratamento, tendo em vista se tratar de ponto de parada argumentativa (por contradição relevante) constantemente identificado pela doutrina.

A segunda contribuição que pretendemos oferecer consiste em realizar um esboço de superabilidade de pressuposições normatizantes referentes a uma característica dos experimentos de reestruturação. Neste sentido, buscaremos averiguar se a medida de atipicidade cognitiva exigida pelo processo de experimentação é admitida pelo nosso ordenamento jurídico.

Dessa forma, não abdicaremos de realizar, a partir do estado prévio de reflexividade externa, um esforço emulativo de posições críticas hipotéticas, mas também não sucumbiremos à "tentação" de pressupor mais do que somos capazes de entregar sem alteridade. Eis o "meio-termo" ou a "medida" de justificação antivetorial que entendemos possível oferecer neste momento[781].

---

779 "Pseudoreflexividade" porque, conforme defendido supra, a emulação de posições críticas hipotéticas não transfigura autorreferencialidade em reflexividade.

780 O compromisso epistêmico que ora se firma é de mero início e não de completude justificativa, o que significa, em suma, que será desenvolvido um discurso de justificação abrangente de *algumas* características dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, realizado à luz de (também) *algumas* limitações jurídicas específicas do nosso ordenamento jurídico.

Este capítulo representa, portanto, mais do que uma forma de completar o discurso jurídico, iniciado nos capítulos anteriores, com a análise de (algumas) limitações jurídicas específicas. As duas contribuições oferecidas a seguir representam um verdadeiro "convite" ao próximo passo. Uma "provocação" ao debate acerca da justificação sistêmica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, "abrindo" a rodada de discussões acadêmicas e práticas com uma defesa de justificabilidade do instituto.

Com base nessas diretrizes gerais, esclarecedoras tanto do processo argumentativo de justificação, como do escopo que será desenvolvido, entendemos possível prosseguir. E, para tanto, iremos abordar, como primeiro ponto de parada argumentativa, a compatibilidade do princípio da segurança jurídica com o instituto estudado.

3.2 **Segurança jurídica**

3.2.1 Quatro objeções de insegurança e a resposta da doutrina

A doutrina, que tratou da categoria dos experimentos jurídicos, manifestou preocupações acerca da compatibilidade entre o instituto estudado e o princípio da segurança jurídica[782]. Tais preocupações radicam-se, sobretudo, em quatro objeções gerais de insegurança: (i) aquela intrínseca ao tipo de mecanismo regulatório; (ii) a que surge no momento de revisão da norma experimental; (iii) a dificuldade epistêmica apriorística que

781 Conforme defendido no capítulo 2, as limitações cognitivas não devem levar a um estado de imobilismo, senão servir ao propósito de redimensionamento do processo de aprimoramento cognitivo.

782 Dentre outros, cf.: RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. 166-187; HELDEWEG, Michiel A. Experimental legislation concerning technological & governance innovation: an analytical approach. The Theory And Practice Of Legislation, v. 3, n. 2, p. 169-193, 4 maio 2015.; VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011; PASCUAL, Gabriel Doménech. El seguimiento de normas y actos jurídicos. Revista de administración pública, n. 167, p. 97-145, 2005; PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004; GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014. Como exceção, vale mencionar FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. Embora o relatório se debruce sobre o problema das implicações "éticas" da experimentação no âmbito do Judiciário (violação à igualdade de tratamento, à privacidade, à dignidade da pessoa humana ["respect for the person"]), não se aborda a problemática da segurança jurídica. Problemas de previsibilidade apenas são tratados sob a ótica da adequabilidade do experimento (imprevisibilidade de efeitos da inovação) e da distinção de tratamento (comparação de riscos de dano previsível com e sem a projeção de um experimento).

marca o desenho dos experimentos jurídicos; e (iv) as disparidades relacionadas à gestão regulativa de riscos[783].

Sob a primeira objeção, defende-se que mecanismos regulatórios temporários produzem necessariamente um "estado de segurança" (cognoscibilidade, confiabilidade, calculabilidade) menor do que os mecanismos regulatórios permanentes ou definitivos[784]. Segundo Ranchordás, trata-se de um argumento ligado a uma concepção estática de segurança jurídica que nela enxerga um mandado de constância ou permanência absoluta[785].

Neste sentido, leis que pretendem viger perpetuamente deveriam constituir o padrão normal ou preferencial de regulação, notadamente em tempos de turbulência política ou social, em que, segundo Emge, o interesse em segurança tende a prevalecer sobre o interesse em justiça material[786].

No que se refere à segunda objeção, assume-se que o experimento jurídico pode contrastar com as exigências de segurança jurídica, sobretudo, por afetar a previsibilidade dos destinatários da norma experimental, que não têm como projetar o que ocorrerá no momento de sua revisão: se o experimento será renovado, extinto com manutenção de uma regra anterior derrogada, transformado em regra com "aspiração à permanência", etc[787].

A multiplicidade de caminhos regulatórios possíveis aumentaria os custos associados à defesa de interesses no âmbito do processo de experimentação[788] e teria aptidão para afetar, em maior medida, agentes não econômicos[789], principalmente em um cenário em que não se enxerga um condicionamento efetivo imposto ao centro cognitivo e decisório[790].

---

783 A divisão é apenas didática. Em geral, as objeções de insegurança são tratadas de maneira conjunta.

784 "Lasting laws meant 'to govern perpetually' have been regarded as the standard or the 'normal' form of legislation." RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 166.

785 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 169. A autora fala em continuidade, durabilidade e estabilidade como termos aparentemente sinônimos, entendimento com o qual não se concorda. Preferimos o posicionamento de Cabral que diferencia os três termos. CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 366-375.

786 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 166-167.

787 Por exemplo, sob uma perspectiva comportamental, GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014.

788 GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014. GERSEN, Jacob E. Temporary legislation. The University Of Chicago Law Review, v. 74, p. 247-298, 2007.

789 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 175.

790 Como aparentemente defende Pascual em PASCUAL, Gabriel Doménech. El seguimiento de normas y actos jurídicos. Revista de administración pública, n. 167, p. 97-145, 2005. Diz-se "aparentemente" porque o autor, neste artigo, está tratando de atividades de monitoramento e, neste particular, aborda o dever de reexaminar

A terceira objeção de insegurança, por sua vez, está ligado ao entendimento de que as dificuldades ligadas à antecipação de um molde geral dos experimentos jurídicos tendem a afetar a cognoscibilidade acerca do seu formato concreto[791]. Assim, a título de exemplo, como um experimento relacionado à regulação da qualidade da água distribuída para consumo levará em consideração aspectos metodológicos não coincidentes com um experimento relacionado à regulação de critérios licitatórios de habilitação, não se teria como antecipar o que exatamente comporia os experimentos jurídicos, nem como ele seria desenvolvido em cada caso[792], o que poderia abrir espaço para o cometimento de arbitrariedades[793].

A última objeção decorre de uma percepção de que, numa perspectiva *ex ante*, o experimento jurídico é sempre uma opção regulatória mais arriscada do que uma legislação definitiva ou permanente, pois não há como se conhecer previamente o acerto da alternativa experimentada[794]. As incertezas acerca da matriz de riscos associados à experimentação tornar-lhe-iam contrastante com o princípio da segurança jurídica.

A despeito das objeções aventadas, a mesma doutrina defende que, desde que observadas determinadas condições, a segurança jurídica não apenas seria compatível com o experimento jurídico, como, inclusive, pode ser promovida pelo processo de experimentação[795]. Não obstante a superabilidade dessas objeções possa ser deduzida, com facilidade, das reflexões expostas no capítulo anterior, vale a pena aludir, sem pretensão de

---

determinada regulação legislativa "cuando la realidad muestra que el pronóstico en que se basó el legislador al establecer una determinada regulación se ha revelado equivocado". O autor ressalta, contudo, que se trata de "una obligación de procedimiento, de un requisito 'formal', no de contenido. El legislador está obligado a examinar una antigua regulación a la luz del nuevo contexto y a pronunciarse sobre su mantenimiento o su modificación, pero el examen puede arrojar como resultado que dicha regulación sigue siendo atinada y, por lo tanto, no merece ser derogada" (p. 112).

791 Por exemplo, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. Fora de um argumento de segurança jurídica, a questão também desperta preocupações, como aponta FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 23.

792 A dificuldade de transponibilidade da estruturação normativa concreta dos experimentos jurídicos é apontada por alguns dos autores já citados.

793 A associação da segurança jurídica à vedação de arbitrariedades é defendida por ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 622-624.

794 Aspecto mencionado, por exemplo, por PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

795 No que se refere ao estado de certeza temporária, é o que defende RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 188.

esgotamento, ao que concluiu a doutrina consultada para que cheguemos aos condicionamentos normativos por ela defendidos.

Costuma-se reconhecer, em termos gerais, que a segurança jurídica, nos dias atuais, não pode mais refletir um ideal de perenidade, pois a contemporaneidade é marcada por um ritmo de mudanças sociais, políticas, econômicas, tecnológicas, etc[796], que tendem a provocar um cenário de rápida destemporalização da legislação[797]. Assim, o centro decisório deve garantir "a incorporação da mudança na ordem jurídica", de modo que a "assimilação da mudança normativa seja claramente justificável e sua integração envolva o mínimo de oneração a outros valores tutelados"[798].

Dessa forma, o princípio não poderia ser reduzido a um ideal regulativo de perenidade, principalmente porque a acomodação de alterações nas condições sociais e o atendimento de problemáticas novas deveria ser objeto de atenção pelo ente regulador. Também não poderia ser reduzido a um ideal regulativo de rigidez absoluta, pois considerando que o princípio da segurança jurídica encontra fundamento na cláusula do Estado de direito[799], seus contornos conteudísticos deveriam "evoluir" de acordo com a mudanças da sociedade[800].

---

796 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

797 Ponto percebido, por exemplo, em CHINER, María Jesús Montoro. Técnica legislativa y evaluación de las normas. Anuario jurídico de la Rioja, n. 6-7, p. 155-171, 2001. O ponto já foi questionado supra e será retomado infra.

798 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 168. Na página 186, a mesma autora assevera que "Fourthly, a static concept of legal certainty makes little sense in the 21st century. In the last decades, the concept of legal certainty has evolved and so has the awareness that in a fast changing society, laws are unable to keep pace with social and technological developments and foresee all the phenomena to which they potentially apply. Legal dispositions should be adapted to both social reality and the increasing amount of knowledge gathered on a certain topic. Therefore, legal certainty has to be dynamically interpreted so that laws can remain 'certain' in the light of the available information and the dynamic phenomena they regulate. This dynamism can be guaranteed through the adaptability of a legal system since the more innovative and adaptable a legal order is, the easier it will be for it to respond to a changing environment and allow the private actors to explore new opportunities in the market. In this context, the principle of legal certainty should not be regarded as 'an obstacle in reforming norms', but rather 'as an instrument that consolidates the liberty of the legislator', enabling her to adapt laws to the social reality and the judge to interpret them in conformity with the existing precedent".

799 Neste sentido, ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: em busca da tutela de expectativas legítimas. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 64-75; CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 354-366; RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 170-171.

800 A contrariedade de uma concepção estática de segurança jurídica, em virtude de sua relação de fundamentação, com a cláusula do Estado de direito, também é apontada por Cabral e Ranchordás (Idem).

Ademais, num cenário de mutabilidade, a adoção de soluções baseadas em descrição exauriente e rigidez normativa, muito antes de promover segurança, poderia criar insegurança em níveis maiores de concretude, para os quais a insatisfatoriedade desse formato regulatório ensejaria a imprevisibilidade do processo de tomada de decisão[801]. Portanto, apesar de contraintuitivo, mecanismos temporários, como é o caso dos experimentos jurídicos, tenderiam a promover o máximo de segurança jurídica possível em cenários de incerteza elevada[802].

Nestes casos, editar um ato normativo temporário, na verdade, promoveria mais segurança do que normas de vigência indeterminadas, pois evitaria um "pulo no escuro" em que os destinatários da norma são catapultados sem conhecimento suficiente acerca da melhor opção regulatória e, a qualquer momento, podem ser surpreendidos com a necessidade de mudança[803]. Por isso, notadamente nestes casos, as normas de vigência indeterminada apenas produziriam uma ilusão de perenidade, desguarnecendo de qualquer proteção os sujeitos atingidos no momento em que a necessidade de mudança passa a ser percebida como inexorável.

Justamente por essas razões, Popelier defende que o experimento jurídico favoreceria a transição entre regulações antigas e abordagens inovativas de problemas sociais novos ou mutáveis[804].

Argumenta-se, ainda, que como o princípio da segurança jurídica não obstaria a alteração normativa, a demarcação temporal da vigência da norma experimental preservaria o princípio da segurança jurídica, na medida em que garantiria um espaço de estabilidade determinado ao mesmo tempo em que permitiria excluir a configuração de expectativas legítimas de continuidade do experimento[805], a partir da sinalização do momento de revisão da

801 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 172-173.
802 Vale retomar o que se disse no capítulo anterior: a questão é de adequação e não de preferência normativa por mecanismos temporários ou de durabilidade prolongada.
803 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. p. 550: "One may even argue that experimental legislation reduces uncertainty compared to enacting laws with no temporary character because it prevents the legislature from 'jumping in the dark' without any further limitations with respect to local circumstances, time to adapt to a new legal regime, and the possibility to fi lter out teething problems through a process of trial and error on a small scale first."
804 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 183-184.
805 O ponto já foi ressaltado no capítulo 2.

norma experimental[806]. Diante da impossibilidade de uma certeza cristalizada ou imutável, assegura-se algum grau de "certeza temporária"[807], a qual ainda se afiguraria melhor do que a ilusão de perenidade trazida por mecanismos regulatórios tradicionais.

Da mesma forma, o experimento jurídico, tomado como um ato regulatório preliminar, seria capaz de gerar conhecimento e, assim, de reduzir estados de incertezas relacionados aos efeitos de alternativas regulatórias, garantindo "uma base sólida para a edição de normas permanentes"[808].

Uma vez defendida a compatibilidade entre segurança jurídica e experimento jurídico, as condicionantes restritivas, aduzidas em eventualidade justificativa pela doutrina, costumam ser derivadas do âmbito das duas últimas objeções gerais mencionadas acima. Com efeito, remete-se, em primeiro lugar, o problema da compatibilidade do princípio da segurança jurídica com os experimentos jurídicos à dificuldade epistêmica apriorística de determinar sua moldura ou desenho normativo (*framework*)[809].

Assim, para que não ofenda a segurança jurídica – ou, para que atenda o padrão normativo necessário para sua observância – seria preciso condicionar o formato concreto do experimento jurídico à observância de determinadas exigências mínimas. Vejamos as opiniões de três autores que assim se manifestaram.

Segundo Pascual, essas exigências englobariam "mandados de clareza, previsibilidade e tipicidade (…) [que] deveriam se extremar [em matéria de experimento jurídico]" e, mais do que isso, tornariam impositivo o emprego de mecanismos de avaliação *ex ante* para que fosse analisado "com a maior previsão possível os problemas que podem surgir durante ou depois

806 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. A importância de técnicas de sinalização para promoção de segurança jurídica também é apontada por CABRAL, Antonio do passo. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no direito processual. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 56, p. 19-43, abr./jun. 2015.

807 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 187: "Laws should be instead permeable to change and as long as private actors are able to know or predict their rights and duties in a concrete situation, the temporary certainty granted by a sunset clause or an experimental regulation shall not violate the principle under analysis. The temporary certainty granted by sunset clauses and experimental legislation is probably more meaningful than the illusion of certainty that most permanent laws provide".

808 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 184. O caráter "preliminar" do ato normativo experimental também é destacado, por exemplo, por CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

809 Por exemplo, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

de sua realização, fixando [desde logo] as soluções na própria regulação experimental para que os seus destinatários saibam o que esperar"[810], sem prejuízo da manutenção de certa "margem de discricionariedade aos sujeitos encarregados de executar o experimento"[811].

Em sentido semelhante, Dijck e Gestel entendem que o princípio da segurança jurídica proscreve, em primeiro lugar, que mecanismos regulatórios temporários conduzam a um padrão regulativo "instável e incoerente", o que, segundo eles, sempre será um risco, pois "o legislador terá que decidir depois da expiração temporal se aquelas regras deverão ser revogadas, prorrogadas ou ampliadas para outros âmbitos"[812]. Além disso, conquanto reconhecida uma margem de discricionariedade ao centro decisório, o ritmo de harmonização normativa (entre a norma derrogada e a norma experimental[813]) deveria ser progressivo e levar em consideração a complexidade da matéria sob apreciação[814].

Em adição, a projeção de um experimento jurídico, notadamente se não adotado um critério de adesão voluntária, deveria levar em consideração a proscrição de critérios de seleção arbitrários para designação dos grupos de controle e de testagem. Vale dizer: para os autores, a segurança jurídica infundiria um condicionamento de justificação objetiva do critério de seleção dos participantes de um experimento jurídico[815].

Da mesma forma, Dijck e Gestel sustentam que, para observar as exigências do princípio da segurança jurídica, o experimento jurídico deveria ter o seu formato ou desenho estrutural estabelecido por lei, a qual deveria "providenciar as condições que o experimento precisa alcançar", não poderia produzir efeitos retroativos sobre os destinatários, precisaria ter

---

810 Inclusive, por essa razão, o autor defende que os experimentos jurídicos não deveriam ser projetados em casos de urgência. PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 180; 187.

811 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 176.

812 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. p. 551. A toda evidência, remete-se, neste ponto, à segunda objeção geral acima sintetizada.

813 Vale lembrar que o autor defende a essencialidade de um elemento derrogatório nos experimentos jurídicos. VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

814 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. p. 551.

815 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

a sua temporariedade fixada *ex ante,* e os seus resultados deveriam ser submetidos a uma avaliação independente antes de sua eventual revisão ampliativa[816].

Por fim, vale conferir as bases da opinião[817] de Ranchordás. Em primeiro lugar, a autora remete os condicionamentos oriundos do princípio da segurança jurídica ao núcleo protetivo da cláusula do Estado de direito que proscreveria o exercício arbitrário de autoridade. Assim, como as leis seriam um instrumento regulatório que deveria estar aberto à alterações – como forma de atender às necessidades sociais – não se poderia compreender mecanismos regulatórios temporários como intrinsecamente incompatíveis com a segurança jurídica[818].

Para fins de oferecer proteção contra o exercício arbitrário de autoridade, as alterações normativas deveriam se submeter à "observância estrita da segurança jurídica", o que entabularia "garantir tempo suficiente entre a publicação da lei e a sua entrada em vigor, editando regras de transição, e, quando apropriado, ofertar compensações proporcionais por danos causados"[819].

A autora defende, pois, que as leis deveriam apresentar o mínimo de constância e estabilidade, sem, contudo, perder a capacidade de responder à "infinita variedade [de situações] sobre as quais incidirá", sob pena de não cumprir a sua função de "instrumento supremo de regulação de ordenação social". Para tanto, seria necessário garantir algum grau de indeterminação normativa, como forma de parametrizar adequadamente uma margem de adaptabilidade do conteúdo regulatório aos casos concretos que lhe sobrevirão[820].

De outra banda, para evitar um deficit de calculabilidade, notadamente no que toca às programações e longo prazo – e, neste tocante, para evitar a inoperabilidade do Estado –

816 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. p. 553.

817 Diferente dos demais autores citados, a autora propõe um formato mínimo bem mais detalhado dos experimentos jurídicos. Deixa-se de trazer a lume, nesta sede, os detalhes da opinião da autora por força da predominância do aspecto subjetivo do processo de experimentação em seu trabalho. De toda forma, cf.: RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 254-311.

818 Isso porque a necessidade de equalização da regulação legiferante às representações sociais tornaria justificável – portanto, não arbitrário – mecanismos temporalmente diferenciados de gestão das incertezas que marcam o contexto regulado típico em que são empregados os experimentos jurídicos.

819 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 171.

820 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 171-173.

dever-se-ia, em primeiro lugar, afastar a generalização dos mecanismos regulatórios temporários[821].

Para a mesma finalidade, a definição da limitação temporal do experimento jurídico deveria levar em consideração os "ciclos de desenvolvimento" do contexto regulado[822]. De forma semelhante, antes do marco temporal pré-definido, para a doutrina alemã, "qualquer mudança ou revisão apenas deveria ser aceita com base em circunstâncias extraordinárias quando necessário para atendimento do interesse público"[823] e, neste caso, "o princípio da segurança jurídica funcionaria como um impedimento à mudanças abruptas e injustificadas"[824].

À semelhança de Dijck e Gestel, a autora defende que a segurança jurídica exige que os experimentos jurídicos tenham seus contornos definidos por lei e que seu "conteúdo, objetivo e escopo (…) sejam tão precisos e extensivamente definidos quanto possível". Vale ressaltar que, segundo a autora, a descritibilidade extensiva não seria incompatível com o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, como forma de "facilitar a reação legislativa flexível às mudanças sociais e possibilitar a contenção de tendências evasivas". Além disso, o princípio da segurança jurídica exigiria a definição e transparência[825] das metas projetadas e a direção tomada pelos experimentos jurídicos[826].

Por fim, a autora deixa claro que a segurança jurídica pode ser violada caso "os agentes privados [não] sejam capazes de conhecer ou predizer seus direitos e deveres em uma situação concreta" e caso "as 'regras do jogo' sejam quebradas, ou seja, (…) os agentes privados (…) devem ser protegidos contra mudanças legislativas abruptas"[827].

---

821 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 175.
822 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p.173.
823 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 177.
824 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 178.
825 O problema da transparência ("*obligation of candor*") também é analisado, fora do argumento de implicatividade negativa entre experimentação e segurança jurídica, em FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 44-47.
826 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 182-183.
827 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 187.

Noutro giro, alguns autores, como Pascual, por exemplo, extraem condicionamentos restritivos da assunção assimétrica (perspectiva *ex ante* mais arriscada) não estanque (progressivamente reduzida) de riscos projetada pelo processo de experimentação. Segundo o autor, considerando a sua instrumental finalidade cognoscente, o experimento jurídico deveria estar sujeito a um controle dinâmico e efetivo sobre o contexto de experimentação e o seu desenho deveria ser sempre o menos sacrificante entre as alternativas regulatórias disponíveis[828].

Ademais, a sua projeção (e manutenção) deveria ser condicionada a uma ponderação dinâmica entre o grau de incerteza (subsist)existente, os custos envolvidos e os riscos criados às situações jurídicas dos destinatários da regulação experimental, de modo que fosse garantida uma relação sempre diretamente proporcional entre os riscos assumidos e o valor que se pretende agregar com a realização (ou manutenção) do experimento[829].

A toda evidência, resta evidente que a doutrina investigada tratou da segurança jurídica como uma condição negativa de validez sistêmica no processo de justificação dos experimentos jurídicos. Adotou-se, portanto, o raciocínio de que, para que o processo de experimentação pudesse ser conduzido, seria necessária a observância do princípio da segurança jurídica, devido à sua centralidade ao sistema jurídico. Dessa forma, a análise foi vetorizada no sentido de verificar a superabilidade de um óbice normativo, a observância de um padrão de necessariedade, em vez de perquirir uma relação de fundamentação (suficiência) ou implicatividade positiva para sustentação do instituto estudado.

Em complemento, percebe-se que o *iter* argumentativo empregado baseou-se em eventualidade justificativa, ou seja, uma vez superado o óbice normativo, a mesma norma justificante (segurança jurídica) foi cotejada com o experimento jurídico à luz de sua implicatividade negativa, o que ensejou o reconhecimento de condicionamentos normativos restritivos.

Apesar de concordarmos com a equivocidade das quatro objeções gerais, acima sintetizadas, entendemos que a relação do experimento jurídico com o princípio da segurança jurídica deve ser compreendida sobretudo em termos de implicatividade positiva. Conforme veremos a seguir, um dos principais reflexos da adoção predominante desse vetor justificativo

828 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.
829 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

consiste em negar uma relação de restrição ou limitação exógena, provocada pela necessidade de se adequar à prioridade axiológica da segurança jurídica, reconhecendo, ao revés, uma verdadeira interação simbiótica entre norma a ser justificada e norma justificante, em que o experimento jurídico passa a ser uma forma de lidar com um estado refratário ao conteúdo protetivo da segurança jurídica.

3.2.2 Nossa posição: o experimento como técnica de redução de insegurança prognóstica

3.2.2.1 Reflexões introdutórias sobre as objeções levantadas: a dificuldade em se reconhecer estados de insegurança baseados em problemas de prognose

Da leitura do segundo capítulo, depreendem-se diversos argumentos contrários às objeções levantadas no subtópico anterior. Não há necessidade de repisar, de forma extensiva, os argumentos já desenvolvidos naquele capítulo, eis que a objeção pode ser "esclarecida"[830] diacronicamente, considerando a já demonstrada impossibilidade de se separar completamente descrição de justificação. Vale dizer: é possível justificar o que ainda não foi objetado, rearticulando ou conectando *a posteriori* o expediente justificatório à objeção aduzida[831].

Seja como for, vale conferir, em apertada síntese e sem pretensão de esgotamento, alguns pontos que complementam – e se diferenciam – das respostas oferecidas pela doutrina comentada.

Neste sentido, um primeiro aspecto que se contrapõe às objeções supra aventadas consiste na rejeição de representações estáticas dos processos de criação normativa e das relações sociais, o que posiciona a projeção dos experimentos jurídicos em um contexto de

830 Alude-se ao processo de esclarecimento duplo dialético, já abordado no tópico 3.1.

831 Justamente pela possibilidade de justificação assíncrona – ou seja, baseada em expediente desenvolvido anteriormente à formulação de objeções – é que surge com maior relevo a reconstrução articuladora das interações entre objeção e justificação. Quer dizer, como expedientes justificatórios são indissociáveis de esforços descritivos, é possível que já haja justificação ao que ainda não foi objetado, o que, no entanto, exige a rearticulação do justificado para se conectar com a objeção posterior. Quando a justificação é desenvolvida depois da objeção, o problema não se coloca, pois todo o raciocínio já se direciona à debelação do óbice. Isso significa, portanto, que devido a assincronia potencial dos processos de justificação, a rearticulação das fórmulas discursivas desenvolvidas anteriormente torna-se um expediente frequentemente necessário. Neste subtópico, por exemplo, pretendemos oferecer uma rearticulação sintética do que fora exposto no capítulo anterior. Nada impede que outros autores, em caráter subsequente ao presente texto, rearticulem de maneira aprofundada os aspectos justificatórios já lançados no capítulo anterior, seja por força do caráter resumido, seja por força de esforços reflexivos ulteriores, o que bem demonstra a inesgotabilidade potencial do expediente de rearticulação discursiva.

regulação dependente de aferições dinâmicas de equalização do tempo de reação estatal com o tempo das necessidades substanciais tutelandas.

Devido a essa perspectiva de codependência equalizante, não é de se estranhar o desenvolvimento de métodos de trabalho e técnicas processuais que, muito antes de partirem da superlativação de recursos cognitivos disponíveis no momento de tomada de decisão, assumem a necessidade de projetar fórmulas de complementação cognitiva dinâmica. Dessa forma, a incorporação processual de razões consistentes é obtida através da interligação de momentos decisórios sequenciados, que não mais se submetem a fraturas de descontinuidade, orientadas pela insustentabilidade política superveniente resultante de improvisações acríticas que desconsideram as limitações cognoscentes do centro decisório.

No experimento jurídico, o prognóstico passa a integrar uma etapa argumentativa pendente de verificação, conferindo, a partir de uma engenharia normativa autorreferente, tratamento sistêmico às alterações normativas por ele mesmo projetadas, na medida em que constrói uma vinculação normativa condicionante entre eventos normativos sucessivos.

Evitam-se, pois, tanto imobilismos cognitivistas, como improvisações acríticas, oferecendo-se, ainda, ao centro cognitivo e decisório, um substrato informativo qualificado de plausibilidade acerca dos efeitos reais de determinada alternativa regulatória que permite afastar, inclusive, distorções impressionistas. Tudo isso garante uma gestão diferenciada da incalculabilidade apriorística das alternativas regulatórias disponíveis ao centro cognitivo e decisório, fomentando, em princípio, a sua redução a partir da configuração de um espaço público deliberativo orientado pelas informações coletadas e devidamente avaliadas.

Entenda-se o que foi afirmado: a calculabilidade, no cenário em que o experimento jurídico se afigura método cognitivo adequado, não é necessariamente reduzida pela plurivocidade semântica da norma incidente em determinado contexto regulado. Não se procura, pois, resolver um problema de determinação, em que a escolha do centro decisório soluciona o estado de insegurança[832]. Opera-se, pelo contrário, em um plano de consistência prática, em que não é propriamente o conteúdo eficacial variante que está em discussão, mas a dificuldade de antecipar, diante de incertezas elevadas ou mutabilidade acelerada, qual

832 Essa perspectiva de calculabilidade, como um problema de determinação, é trabalhada, por exemplo, por Ávila em ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 595-598.

alternativa regulatória irá produzir na realidade os melhores resultados, ou, ao menos, estados de conformidade ao ordenamento jurídico.

A diferença entre os estados de insegurança que marcam o problema típico de calculabilidade (determinação) e o problema enfrentado pelo experimento jurídico (consistência prática) fica clara diante do exemplo da descriminalização do aborto[833]. Observe-se que, anteriormente ao experimento, não havia um problema de determinação: a lei proscrevia e criminalizava o aborto. Havia cognoscibilidade, previsibilidade e calculabilidade suficientes acerca da regulação vigente. Nada obstante, não se sabia se a criminalização era uma medida efetiva para dissuadir (*deterrence effect*) a prática abortiva, sendo certo, por outro lado, que a opção regulatória vigente restringia direitos fundamentais das mulheres grávidas em inúmeras situações[834].

Essa diferença é, novamente, clara diante de estados de desconformidade. Indaga-se: será que o problema que marca o estado de insegurança normalmente provocado por um estado de desconformidade estruturada é solucionado pela mera determinação de um regime jurídico comum que, numa análise *ex ante* ou *inter litis* afigure-se mais razoável? É evidente que não. Dificilmente uma análise *ex ante* ou *inter litis* será capaz de antecipar as variações provocadas pelo policentrismo e pela multifocalidade, por desenvolvimentos imprevisíveis, pela resistência de terceiros, por ressonâncias nodulares, etc[835].

As duas situações exemplificadas confirmam que o problema enfrentado pelo experimento não é de determinação normativa, mas de prognose regulativa[836]. Não se sabe o que vai acontecer se a alternativa X for tomada no lugar da alternativa Y. Não se conhece o

---

833 Abordado, por exemplo, em CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

834 Sobre uma análise comparativa da compatibilidade do aborto com diversos direitos fundamentais, cf.: SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e constituição. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr/jun. 2005.

835 A questão é percebida pela doutrina em geral. Por todos, cf.: ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, p. 1-15, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021. MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019. p. 167-173.

836 Isso não significa que o experimento jurídico não seja afetado por problemas de determinação. Vimos, inclusive, que o experimento jurisdicional pode ser empregado para solucionar carências regulativas ligadas à baixa densidade normativa de normas principiológicas. No entanto, a perspectiva adotada pelo experimento é sempre voltada à resolutividade de problemas de prognose, o que subordina eventuais problemas de determinação à observância de seu *telos* normativo, como será destacado a seguir.

grau de afetação ou a conformação normativa de princípios relevantes em face de cada alternativa regulatória. Em qualquer caso, diante da deficiência cognitiva do centro decisório e da inadequação de um simples diferimento decisório para fins cognitivos – caso em que se decide não decidir em espera do conhecimento vindouro[837] – escolhe-se estruturar a implementação supervisionada de uma alternativa que entabulará uma hipótese normativa própria.

Embora não se resuma a isso, concorda-se com a proposição de que o experimento jurídico incorpora à sua estrutura normativa uma sinalização normativa no sentido de que o contexto regulado precisa mudar e não se sabe exatamente ainda qual é o melhor caminho para tanto. A técnica de sinalização, muito antes de violar a segurança jurídica, a promove, pois transmite aos demais interlocutores a mensagem (o sinal) de que o problema sinalizado ainda está sob deliberação e, no nosso caso em especial, será submetido a um processo de experimentação.

Veja-se, portanto, que, sob pena de se admitir que o princípio da segurança jurídica não oferece tratamento normativo a problemas de prognose regulativa – e, portanto, que o estado de insegurança por ele produzido é admissível ou sistemicamente irrelevante – a objeção intrínseca ao tipo de mecanismo regulatório perde o sentido. A regulação permanente como ferramenta para solucionar um estado de insegurança, associado a um problema de prognose regulativa, não só é inadequada, como representa uma aposta inominada, uma escolha imprudente daquele que não sabe e se recusa a admitir que não sabe.

Por outro lado, a segunda objeção – a que surge no momento de revisão da norma experimental – torna-se insubsistente, sobretudo, se levarmos em consideração que, segundo defendido, o experimento projeta uma vinculação condicionante entre eventos normativos funcionalmente diferenciados, introjetando uma limitação interna ao exercício funcional do centro cognitivo e decisório. Em nosso sentir, nem mesmo o Legislador – instância sujeita, como se sabe, à menores restrições decisórias – detém a prerrogativa de escolher qualquer

837 No âmbito jurisdicional, decidir não decidir implicaria questionamentos em relação à regra de vedação ao *non liquet.* Adotando uma perspectiva de redimensionamento ou relativização da referida regra, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-7.13-7.14; GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 263-274.

alternativa no evento de revisão normativa, a despeito do valor cognitivo agregado pelo experimento[838].

A partir dessa compreensão, a segunda objeção não se sustenta, haja vista que a mera determinação pela escolha regulatória pretérita não agrega nenhum elemento (temporal, conteudístico, limitativo) que reduza as possibilidades de alteração associadas à fratura de descontinuidade provocada pelo *contrario actus*. A vinculação condicionante entre os eventos normativos funcionalmente diferenciados que compõem o experimento jurídico, portanto, oferece menos incertezas do que a regulação permanente, como hipótese comparada. Neste sentido, extremamente pertinente à proposição de que o experimento jurídico evita um "pulo no escuro", o que, diante de um juízo positivo de adequação e necessidade do experimento, seria um qualificativo idôneo à regulação permanente.

De outra banda, a perspectiva de que o experimento sempre seria *ex ante* mais arriscado do que outras alternativas cognitivas já foi enfrentada no capítulo anterior. Eventuais disfuncionalidades do contexto regulado, a introdução de problemas novos ou circunstâncias mutáveis podem tornar mais arriscado a manutenção do *status quo.* Da mesma forma, mesmo que se pretenda aprimorar determinado contexto, eventuais deficiências informativas sobre os efeitos reais da regulação vigente à época podem dificultar a identificação da suposta disparidade aludida.

Note-se que, embora se parta de uma perspectiva relativamente diferenciada, a nossa posição segue a da doutrina no que toca à superabilidade das objeções comentadas. No entanto, conforme veremos a seguir, as diferenças entre a posição da doutrina e a defendida nesta sede ficam mais evidentes a partir da análise da terceira objeção, a qual trará a lume uma consequência relevante ao próprio processo de justificação sistêmica.

---

838 Discorda-se de Pascual: o experimento não projeta apenas um dever procedimental de submeter a norma experimental a um momento revisional. PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. Conquanto não se possa confundir plausibilidade (valor cognitivo que se espera agregar) com demonstração ou certeza, a vinculação condicionante entre eventos normativos exclui interpretações incongruentes com os resultados obtidos. A desconsideração decisória do sentido vetorizado pelo valor cognitivo agregado precisa observar circunstâncias extraordinárias, normalmente relacionados a fatores externos, como exemplificado no capítulo 2. Ressalte-se, por fim, que o parâmetro de circunstâncias extraordinárias, neste caso, não se confunde com a opinião, a seguir comentada, de Ranchordás, a qual se refere, na verdade, à desconsideração da demarcação temporal de vigência da norma experimental e não às alternativas disponíveis ao centro decisório no momento revisional.

3.2.2.2 O dilema da terceira objeção: reconhecendo a implicatividade positiva entre segurança jurídica e experimento jurídico

Da terceira objeção, não podemos discordar integralmente, já que a dificuldade epistêmica apriorística que marca o desenho dos experimentos jurídicos foi apontada e enfrentada expressamente ao longo do segundo capítulo dessa dissertação. Ainda assim, parece que a referida dificuldade não evoca um padrão de necessariedade, a não ser em um nível de objeção residual: se não for balizável, o experimento jurídico não seria compatível com o conteúdo protetivo da segurança jurídico[839].

Todavia, para além dessa residualidade, objetar o experimento jurídico com fulcro em problemas de determinação parece ignorar que a caracterização geral do instituto, seu *telos*, natureza jurídica, técnica empregada e estrutura normativa, claramente evocam a resolutividade de estados de insegurança provocados por problemas de prognose regulativa. Não se percebe, portanto, que o estado de insegurança é outro: busca-se assegurar determinação, quando se deveria buscar, sobretudo, a redução de incalculabilidades apriorísticas por meio de uma prognose adequada.

É por isso que não se pode concordar plenamente com a resposta de Ranchordás que enxerga no experimento jurídico maior compatibilidade com o princípio analisado por promover uma "certeza temporária" no lugar de supor uma certeza definitiva ou permanente praticamente impossível. Não há dúvidas de que a demarcação temporal da vigência da norma experimental traz vantagens em termos de previsibilidade e calculabilidade e formata expectativas legítimas que devem ser consideradas na eventual revisão da norma experimental[840]. No entanto, a visão de Ranchordás relaciona a demarcação temporal à determinabilidade como limitação externa derivada da segurança jurídica e que, por isso mesmo, somente poderia ser afastada diante de circunstâncias extraordinárias[841].

---

839 Em termos mais adequados, o padrão necessário, neste caso, seria a balizabilidade do experimento jurídico. Ser balizável ou não é resultado do processo de justificação e não critério para identificação do tipo de condição (positiva ou negativa) de validez sistêmica analisada, conforme explicado no primeiro subtópico.

840 Como defende Horn, PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

841 Ainda é criticável a qualificação de circunstância extraordinária como aquela necessária apenas para o atendimento de interesses públicos. Criticando a ideia de supremacia de interesse público, cf.: SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 120. "Se a pessoa humana, como consignamos acima, não se identifica com o indivíduo isolado do liberalismo burguês, mas também não se deixa absorver completamente pelo grupo social, mantendo seu reduto inexpugnável de individualidade – a sua zona de exclusividade –, torna-se flagrante que não é a qualidade pública ou privada de

Diversamente, entendemos que os efeitos associados à resolução de um problema de determinação, decorrentes da demarcação de vigência da norma experimental, são meramente reflexos da temporariedade (característica) do experimento. Basta notar que essa determinabilidade está ligada apenas a um fragmento da estrutura normativa matricial do experimento que em muito lhe sobeja. Isso por si só indicia – ou, a esta altura, confirma – que o problema de determinação não está no cerne do experimento jurídico, uma vez que só diz respeito a parte de sua estrutura.

Neste diapasão, a demarcação em si espelha a função precípua da característica da qual ela decorre (temporalidade) que, por sua vez, consiste em garantir a integridade cognitiva do experimento. Esse ponto é importante porque altera o parâmetro para revisão antecipada do experimento jurídico. Enquanto o parâmetro das circunstâncias extraordinárias tem como justificação a compatibilidade do experimento com o princípio da segurança jurídica e sua exigência de determinabilidade, o parâmetro da garantia de integridade cognitiva – via de regra, mais singelo – tem como justificação a concretização do princípio estudado através da redução do estado de insegurança provocado por um problema prognóstico.

Segundo essa leitura, a desconsideração da demarcação, na medida em que afeta o estado reflexo de determinação, deve passar pelo teste de admissibilidade da mudança, desenhado pelo paradigma da continuidade normativa[842], o qual, dentre outras coisas, avalia a previsibilidade e durabilidade da norma experimental a partir da identificação da necessidade de reestruturação normativa (alteração interna, decorrente da engenharia autorreferente do experimento), proscrevendo-se, assim, mudanças drásticas – ou seja, aquelas que apesar de antecipáveis, são bastante intensas em seus efeitos – e bruscas – ou seja, alterações não antecipáveis, que surpreendem o destinatário que não podia contar com elas no momento de sua ação[843].

No outro extremo – e também sem comungar totalmente com o que defendemos – Pascual defende um controle dinâmico do experimento, admitindo, inclusive, a

---

um interesse que o fará prevalecer incondicionalmente sobre o que com ele concorrer". Outra crítica à suposta supremacia do interesse público pode ser lida em ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15/12/2021.

842 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 601-630.

843 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 596.

desnecessidade de temporariedade. A posição do autor a esse respeito já foi comentada e parcialmente criticada no segundo capítulo. No que interessa ao presente subtópico, impende-se destacar somente que a defesa de um grau extremado de descritividade e de avaliação *ex ante* para projeção da norma experimental relaciona-se claramente à sua visão de que há, no processo de experimentação, uma assunção assimétrica não estanque de riscos.

Com base nisso, enxerga-se o experimento a partir de lentes de excepcionalidade, que foram "prescritas" à luz do problema da determinabilidade. A sua proposta, em que pese menos distante do que se defendeu nesta sede, não reflete o raciocínio preponderantemente baseado em adequação e necessidade que foi desenvolvido no capítulo anterior. É dizer: o experimento não é, nem se torna um método cognitivo excepcional por força do princípio da segurança jurídica.

É interessante notar como a doutrina, apesar de reconhecer, em geral, a finalidade cognoscente do experimento jurídico e de perceber que a segurança jurídica não pode ser mais pensada de forma estática no século XXI, continua sobremaneira influenciada por predicados construídos com base em uma problemática alheia – ou, ao menos, não central – ao estado de insegurança evocado pelo instituto estudado.

Para além da resposta à terceira objeção, veja-se, a título de exemplo, que ainda que negue um ideal de perenidade, defende-se a aspiração à permanência do experimento jurídico, ponto que já foi criticado no capítulo anterior. Da mesma forma, por mais que se reconheça a insatisfatoriedade de padrões regulativos rígidos, defende-se, no âmbito da projeção de experimentos jurídicos, uma descritibilidade extensiva e legislada, o que, em grande medida, significa associar, de maneira contraditória, efeitos reais, que ainda serão medidos, a uma fixação normativa apriorística quase exauriente.

Por certo, a "obsessão" pela determinação (quase) absoluta do fenômeno normativo é característica de um modelo regulatório que ou ignora a existência de contextos marcados por incertezas elevadas e mutabilidade acelerada ou se contenta em operar sem necessária equalização temporal. Tanto a descritibilidade extensiva, como a previsão legal "exalam" a percepção de um mero problema de determinabilidade, alocando eventuais esforços prognósticos qualitativos internamente nos processos de criação normativa. Mais do que isso, "exalam" a clara percepção de que um sistema dotado de segurança jurídica é um sistema legislado, o que ainda será criticado em tópico infra.

Neste quadro, desenha-se um instituto claramente idôneo para desempenhar uma função inovadora no ordenamento jurídico, mas continuam a pensá-lo sob as lentes do passado. Projeta-se um computador de última geração e entregam-lhe a um usuário que se contenta em usar um aplicativo de texto e um navegador de internet. E, assim, as potencialidades do computador, tais quais as do experimento jurídico, são sublimadas, escondidas em uma "caixa" à espera de reconhecimento.

Diante da identificação do estado de insegurança associado à projeção de experimentos jurídicos, torna-se possível defender que o método cognitivo atípico e condicional que lhe caracteriza surge como uma técnica de redução de um estado de insegurança de caráter prognóstico. O princípio da segurança jurídica mantém, pois, uma interação com o experimento jurídico que em muito supera e se diferencia de uma limitação exógena, provocada pela observância de um padrão normativo necessário à justificabilidade sistêmica de um instituto jurídico.

Em última análise, isso significa reconhecer que há uma verdadeira interação baseada em implicatividade positiva entre norma a ser justificada e norma justificante, em que o experimento jurídico passa a ser uma forma de lidar com um estado de insegurança proveniente de um problema de prognóstico. Sob este prisma, o experimento jurídico não é simplesmente compatível com o princípio da segurança jurídica, ou compatível sob condições, mas sim pode ser estudado como um mecanismo para sua concretização.

Talvez essa seja, por exemplo, uma das razões que obnubilam a defesa de uma vinculação condicionante entre eventos normativos funcionalmente diferenciados como parte imprescindível da projeção dos experimentos jurídicos. Pensada a segurança jurídica somente por implicatividade negativa perde-se, portanto, a oportunidade de reconhecer, dentre outras coisas, a sua dinâmica normativa unificante em plenitude, na medida em que apenas são reconstruídas inferências pontuais restritivas de compatibilidade entre ambos.

Como se observa, uma das principais diferenças do nosso pensamento em relação ao da doutrina em geral é que, em nossa opinião, a segurança jurídica mantém com o experimento jurídico uma relação de justificação preponderantemente baseada em implicatividade positiva. O processo de experimentação, assim, passa a ser concebido como expressão de uma das dimensões protetivas do princípio da segurança jurídica.

Vale conferir, brevemente a seguir, em que medida isso afeta os condicionamentos defendidos pela doutrina. Considerando que o sistema jurídico admite iteres normativos confluentes que oferecem sustentação a um mesmo ponto do ordenamento[844] – inclusive, é o que lhe garante maior coerência[845] – não é impossível que uma mesma implicação normativa possa decorrer – ainda que com sutis diferenças – de condições negativas ou positivas de validez sistêmica.

3.2.2.3 As condicionantes defendidas pela doutrina sob uma perspectiva crítica

De início, rejeita-se a necessariedade da adoção de padrões de descritividade extensiva e legislada, exigências que foram identificadas pelos autores citados. Conforme já antecipado no subtópico anterior, tais condicionamentos associam, de maneira contraditória, efeitos reais, que ainda serão medidos, a uma fixação normativa apriorística quase exauriente.

Ademais, como também já adiantado, o grau de determinação e flexibilidade a revestir o experimento jurídico prestam-se a função de garantir sua integridade cognitiva. De forma mais completa, o grau de determinação do processo de experimento desempenha também o papel de garantir o funcionamento de sua dinâmica normativa unificante e de sua engenharia normativa autorreferente. O que isso significa, em termos de determinabilidade, já foi defendido no capítulo anterior, no qual se analisou o que de cada evento normativo deve ser definido desde logo.

Por outro lado, parece haver uma certa incoerência ao se defender a necessidade de "incorporação da mudança na ordem jurídica", associada principalmente a contextos de incerteza ou mutabilidade elevadas, e, ao mesmo tempo, submeter técnicas de redução dinâmica de estados de insegurança a padrões regulativos "saudosistas" de um estatismo reconhecidamente indefensável na atualidade[846].

844 CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 90-96.
845 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 369-370.
846 "(…) neste contexto, o próprio monopólio estatal na produção de normas é flexibilizado, pois instâncias privadas nacionais ou supranacionais, detentoras de efetivo poder social, passam a ditar regras de comportamento, que se revestem de obrigatoriedade dentro de certos âmbitos específicos, com a complacência do estado (pense-se nas normas editadas pelo Conar em matéria de publicidade). Desmistifica-se o dogma do monopólio estatal de produção de normas de conduta. o pluralismo jurídico volta à tona, e com ele o reconhecimento da existência de instâncias não estatais de regulação social e de arbitragem de conflitos. Do direito espontaneamente produzido nas comunidades carentes até a auto-regulação em setores altamente

De tal forma que, ao menos sob o prisma da segurança jurídica, considerado o seu desenho na contemporaneidade – não negado pela doutrina consultada – não parece óbvia a coerência dessas posições. Ao que tudo indica, a coerência poderia ser dedutível de uma visão de separação de poderes baseada em alocações funcionais estanques, donde – aí sim – se extrairia uma necessidade de controlabilidade antecipada do processo de experimentação pelo Legislador[847].

Neste diapasão, a violação da segurança jurídica poderia ser inferida a partir da proibição de arbitrariedade, a qual, por sua vez, adviria da manutenção dinâmica de um arranjo alocativo de poder referível a este quadro de divisões funcionais estanques. Pelo valor intrínseco e apriorístico desse arranjo alocativo, negar-se-ia pertinência a qualquer derivação funcional que lhe colocasse em risco, ainda que a projeção do experimento se desse para viabilizar o desempenho funcional típico em face de contextos de incerteza elevada ou mutabilidade acelerada.

Como se observa, a insegurança da "resposta" derivativa impertinente – por violação a um arranjo alocativo funcional estanque – precisa acoplar ao padrão de necessariedade (óbice) desenhado pela segurança jurídica um argumento de separação de poderes, sob pena de produzir uma contradição performativa. Em outras palavras, sob esta perspectiva, haveria um "resquício de estaticidade" no princípio da segurança jurídica, conformado pela separação de poderes, que tornaria, ao menos, coerente um tal raciocínio que submetesse as técnicas de redução de estados de insegurança a um padrão regulativo baseado em descritibilidade extensiva e legislativa.

Veja-se que não há, a princípio, nada de errado em deduzir, como condição negativa de validez sistêmica, um padrão de necessariedade oriundo de implicações normativas relacionadas a mais de uma norma (segurança jurídica e separação de poderes). Como já dizia

---

especializados da economia, assiste-se à proliferação de novas fontes normativas fora do aparato esta tal, para o desespero do jurista tradicional, que, na linha de Kelsen, insiste em confundir Direito com estado. Surge uma espécie de 'neo feudalismo' jurídico, caracterizado pela multiplicidade de instâncias normativas presentes no mesmo espaço territorial." SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 60. Percebendo o ponto, cf.: SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Contextualizing regimes: institutionalization as a response to the limits of interpretation and policy engineering. Michigan Law Review, v. 110, p. 1265-1309, 22 mar. 2012; OST, François; VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998.

847 A ênfase de Ranchordás sobre o respeito aos limites de delegabilidade legislativa para a condução do experimento confirmam o afirmado. RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 271-309.

Canaris, as normas não constituem uma "multitude de singularidades desconexas", razão pela qual a incoerência a qual se aludiu é apenas aparente[848].

E, a vingar essa condicionante sistêmica, a sua deflexão – o que redundaria na compatibilidade da norma a ser justificada *sem* condições – seria argumentativamente onerosa, notadamente quando se tem em mente que a separação de poderes, por se tratar de um princípio estruturante do Estado, é imponderável[849]. Isso significa que qualquer relativização não adviria de uma restrição concreta em face de outros princípios contrapostos, mas da defesa de um conteúdo específico da separação de poderes (exemplo, uma exceção, uma variação especial, etc).

Seja como for, em nosso entendimento, não se afigura transponível ao nosso ordenamento jurídico a leitura da separação de poderes a partir de uma perspectiva de alocações funcionais estanques, senão a partir de modelos básicos de funções, orientados por uma abordagem funcional e teleológico-estrutural, que se presta a racionalizar a atividade estatal[850]. Assim, a implicação normativa a que aludem os autores comentados pode ser duplamente impugnada: do lado da segurança jurídica, ignora o estado de insegurança tratado

848 CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 12-13.

849 É o que entende ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 134: "Nem todos os princípios são aplicados de maneira concorrente com outros e nem todos podem ser 'calibrados' de tal modo a receber um 'peso' maior ou menor diante do caso concreto. Essa incapacidade de afastamento decorre da diferente natureza de alguns princípios. Os chamados princípios estruturantes, como os princípios federativo e da separação dos poderes, por exemplo, normatizam o modo e o âmbito da atuação estatal. Como toda a atuação estatal, e não apenas uma parte dela, em todas as situações, não apenas em uma parte delas, deverá conformar-se ao seu conteúdo, eles não possuem uma eficácia provisória, *prima facie*, mas permanente, nem tem sua eficácia graduável ou afastável, mas linear e resistente. Eles sempre deverão ser observados, não podendo ser afastados por razões contrárias".

850 É o que defende CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 635-640. Na página 640, o autor defende que: "Ao deliberar sobre conflitos dinâmicos, complexos e multilaterais, com cursos e alterações descontínuas e não lineares, com riscos e prognoses de difícil avaliação e efeitos muitas vezes subjetivamente alargados, impende haver uma adaptação também dos mecanismos do Estado-juiz para responder adequadamente e prover soluções equânimes e temporalmente sustentáveis". Fugiria do escopo da presente dissertação oferecer uma revisão crítica da concepção de separação de poderes adotada pelo nosso ordenamento. Seja como for, entendemos que a linha doutrinária defendida por Cabral afigura-se mais adequada à contemporaneidade do que a perspectiva clássica de alocações funcionais estanques que, vale dizer, sequer prevaleceu nas discussões constituintes norte-americanas acerca do princípio. Com efeito, no Federalista nº 47, Madison expressamente afirmou que a entremistura de funções não vulnera o princípio da separação de poderes, mas sim a concentração total e excludente de mais de uma função estatal em uma mesma instância (cf.: NEWMAN, Ryan D.. From Bivens to Malesko and Beyond: implied constitutional remedies and the separation of powers. Texas Law Review, Austin, v. 85, n. 2, p. 471-515, dez. 2006). Conquanto não seja propício desenvolver a nossa visão nesta sede, entendemos que o aporte teórico norte-americano é de todo inadequado a uma constituição, típica do pós-segunda guerra, como a nossa.

pelo experimento, e do lado da separação de poderes, escora-se em uma leitura incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro.

De outra banda, também não se concorda com um grau extremado de avaliação *ex ante* para projeção da norma experimental, o que parece remeter a uma perspectiva de excepcionalidade que não é compatível com o juízo de adequação e necessidade respaldado pela implicatividade positiva entre segurança jurídica e experimento jurídico. Assim, não se concorda com Pascual quando defende a inaplicabilidade do método experimental a casos de urgência, por exemplo, por pelo menos três razões.

A uma, fontes independentes podem fornecer uma base de avaliação *ex ante* suficiente para introdução da pré-decisão supervisionada. A duas, em casos de regulação retrospectiva, raciocínios baseados em dados disponíveis e na base normativa relevante podem fornecer o desenho dos elementos prefaciais necessários a uma primeira iteração experimental. A três, é possível acoplar o deferimento de uma tutela provisória seguida da utilização de mecanismos de avaliação *ex ante* para preparar a utilização de um método cognitivo experimental, o qual, ainda assim, estará sendo aplicado a uma situação de urgência.

A condicionante de proscrição de padrões instáveis e incoerentes, por sua vez, parece compatível com a implicatividade positiva defendida, eis que toda a dinâmica do experimento jurídico revela uma preocupação com a consistência e qualidade da escolha regulatória. A coerência e a preservação de espaços de estabilidade são inerentes à dinâmica normativa unificante do experimento jurídico, como expressão do paradigma de continuidade normativa que lhe informa.

Embora compatível com o raciocínio de implicatividade positiva, por certo, a proscrição de instabilidade e incoerência não é explicada pelo seu maior risco decorrente do momento de revisão normativa, como defendido por Dijck e Gestel, pelas razões já expostas supra. A vinculação condicionante entre eventos normativos funcionalmente diferentes aponta em sentido diametralmente oposto: a projeção de um experimento jurídico detém o potencial para reduzir o risco de instabilidade e incoerência nos momentos de revisão normativa.

Por outro lado, o controle do ritmo progressivo de harmonização normativa pode ser aproveitado desde que feitas duas observações. Com efeito, o sentido de harmonização, adotado por Dijck e Gestel, está relacionado ao efeito derrogatório causado pela norma experimental sobre uma regulação anteriormente vigente e à sua aplicação limitada

subjetivamente. Considerando que defendemos que o elemento derrogatório e a limitação subjetiva e espacial não são essenciais ao experimento jurídico, não há como se postular a incidência ampla dessa condicionante.

Uma segunda observação que pode ser feita é que a condicionante poderia ser compreendida em outros termos, o que lhe tornaria mais amplamente incidente. Com efeito, se entendermos que a exigência de controle do ritmo de harmonização normativa, na verdade, relaciona-se à preservação de regras de transição para compensações sistêmicas à vulneração de um estado reflexo de determinação, produzido pelo experimento, então a condicionante poderá incidir em todo e qualquer experimento independentemente da presença de elementos derrogatórios. Realiza-se, dessa forma, um controle teleológico da significância de um tal parâmetro de progressividade da harmonização normativa[851].

Em continuidade, a vedação de critérios arbitrários de seleção dos "participantes" dos grupos de controle e de testagem parece estar associada tanto à essencialidade de limitações subjetivas, como de controle de validez pelo padrão Fisher, ambos já criticados e não adotados nesta dissertação.

A despeito disso, tanto a vedação de critérios arbitrários de seleção subjetiva dos destinatários do experimento jurídico, como a sua justificabilidade objetiva (dos critérios de seleção subjetiva) encontram-se na intersecção entre segurança jurídica e igualdade, uma vez que embora represente a aplicação deste princípio, reflete conteúdo protetivo daquele, na medida em que "reduz, significativamente a liberdade para [] configuração [do conteúdo futuro do Direito]"[852]. Contudo, pela relação com a seletividade subjetiva, esses condicionamentos serão analisados na segunda parte deste tópico.

Neste subtópico, vale analisar apenas o que defende, em caráter mais amplo, Ranchordás, para quem a proscrição de padrões de abordagem estatal arbitrários – leia-se: "meramente caprichoso, sem respaldo em razões objetivas e motivadas"[853] – deveria condicionar restritivamente o experimento jurídico, por entender que essa proibição estaria no núcleo protetivo do princípio da segurança jurídica[854].

---

851 A harmonização progressiva será, ainda, comentada infra.
852 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 623.
853 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 623.
854 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 171.

Conquanto essa última afirmação pareça demasiado reducionista, é certo que, como acabamos de dizer, a proibição da arbitrariedade guarda relação com o princípio da segurança jurídica, uma vez que assegura que "embora não inexist[a] norma presente digna de permanência futura, ainda assim o exercício do poder de legislar não [será] totalmente discricionário"[855].

Em outras palavras, a proibição da arbitrariedade "demarca, negativamente, os limites da [configuração futura do direito], já que afasta qualquer tipo de regulação futura desprovida de justificação". Em última análise, isso significa que o sujeito tem a garantia de que o direito que regulará determinado fato social relevante não será caprichoso, imotivado, marcado por subjetivismos, o que, a despeito de não lhe garantir "prever exatamente o conteúdo futuro do Direito", assegura o que o Direito não pode ser – por isso, ocorre uma demarcação negativa da função regulativa[856].

Não há dúvidas de que a proibição da arbitrariedade não é incompatível com um raciocínio baseado em implicatividade positiva, como o proposto nesta sede. Contudo, a principal diferença é que, por força da profunda interação sistêmica entre segurança jurídica e experimento jurídico, a proibição da arbitrariedade é, em grande medida, absorvida como um *minus* diante da conformação, em nível estrutural e funcional, de diversos condicionamentos que modelam o espectro do cognoscível e do decidível no âmbito de um experimento jurídico.

Neste sentido, veja-se, em primeiro lugar, que a vinculação condicionante entre eventos normativos garante também a exclusão do arbitrário, no entanto, vai muito além disso. Inclusive, parece-nos que o ímpeto de defender a proscrição de padrões arbitrários muito provavelmente surge do fato de que a autora não enxerga vinculação condicionante entre os eventos normativos do experimento jurídico, o que, por sua vez, conjectura-se decorrer da sua perspectiva subjetivista de experimento jurídico e do apego legicêntrico que marca o seu pensamento.

Da mesma forma, a preocupação com uma dinâmica normativa unificante – sem fraturas de descontinuidade, que congrega eventos normativos normalmente tratados de forma separada e que permite a incorporação de razões consistentes ao processo de tomada de decisão – bem como com a projeção de limitações internas ao exercício das funções estatais,

855 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 623.
856 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 623.

as quais também caracterizam o experimento jurídico, confirmam a absorção da condicionante aduzida por Ranchordás.

Não se pode olvidar, ainda, que o controle do contexto de experimentação (para preservação da validez interna do experimento jurídico, de sua adequação e necessidade, para compensação dos riscos assumidos com o seu desenvolvimento e para a transição suave entre a sucessão condicionada de eventos projetada pelo experimento) garante que o padrão de abordagem estatal seja dinamicamente aferido e conformado normativamente, o que sobeja, em muito, a demarcação negativa mínima proposta pela autora.

A mais não poder, a definição adequada do estado de polivalência funcional, de modo a entender as funções cognitivas e regulatórias diferenciadas que serão desempenhadas no bojo da engenharia normativa autorreferente do experimento, representa um claro *plus* na proscrição de padrões arbitrários.

Por tudo isso, apesar de compatível, não se identifica relevância em tratar, autonomamente e em sentido amplo, a condicionante de proscrição de padrões arbitrários, a qual afigura-se, em grande medida, absorvida pela estrutura, funções e dinâmica normativas do experimento jurídico, todas positivamente implicadas pelo princípio da segurança jurídica.

Em sentido semelhante, a inviabilidade da generalização dos mecanismos regulatórios temporários, a despeito de compatível com o raciocínio por implicatividade positiva, também não merece defesa autônoma. Sem dificuldades, tal inviabilidade deflui, em nosso sentir, inexoravelmente da defesa da natureza jurídica do experimento jurídico como método cognitivo, o que lhe submete a realização de juízos de adequação e necessidade. Por força disso, nem todo contexto regulado inspira a projeção de experimentos jurídicos, o que redunda na referida inviabilidade postulada pela doutrina. Como a caracterização dos juízos de adequação e necessidade é mais precisa do que a mera construção – por implicatividade negativa – da vedação de utilização generalizada de mecanismos temporários, não há porque defendê-la nesta sede.

Já no que se refere ao respeito à margens mínimas de constância e estabilidade, à proscrição de mudanças abruptas e bruscas, à garantia de adaptabilidade e à projetabilidade de regras de transição, todas são decorrências diretas do princípio da segurança jurídica entendido sob as lentes da continuidade[857]. Uma vez que se defendeu, no capítulo 2, que a

857 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 366-375.

lógica do experimento jurídico é informada e conformada pelo paradigma da continuidade normativa da segurança jurídica, não há nenhuma dificuldade em incorporá-las, como implicações positivas, ao processo de justificação sistêmica ora analisado.

Da mesma forma, a ponderação dinâmica entre o grau de incerteza (subsist)existente, os custos envolvidos e os riscos criados às situações jurídicas dos destinatários da regulação experimental foi defendida no capítulo 2. Com efeito, a condicionante citada decorre da reversibilidade dos experimentos jurídicos, da realização de juízos dinâmicos de adequação e necessidade para sua projeção concreta, bem como da controlabilidade de proporcionalidade do processo de experimentação, sem descurar de seus contornos defendidos supra.

Prosseguindo, a definição de metas projetadas e da direção tomada pelos experimentos jurídicos identifica-se, em alguma medida, com o que foi defendido no capítulo anterior, cumprindo, no entanto, efetuar três breves observações.

Primeiro, a definição das metas projetadas não implica que elas não sejam modificáveis em cada iteração experimental. Conforme defendido no capítulo anterior, as metas gerais podem ser ajustadas, tanto para introduzir indicadores relativos ao novo conteúdo regulatório, como para corrigir equívocos oriundos de metas inadequadas ou impraticáveis, sempre primando pela garantia do nexo de desdobramento cognitivo.

Segundo, a definição de "direção" do experimento, tal qual defendido pela doutrina, diz respeito ao seu sentido, às suas etapas ou aos seus próximos passos. Dessa forma, a sua definição aproxima-se, em alguma medida, com a definição do controle diretivo-estrutural do experimento. Assim, pensar em definição de direção do experimento poderia assumir (e assume) na intelecção adotada pela doutrina uma perspectiva de antecipação, planificação ou generalidade.

Pode ser o caso, por exemplo, de uma lei que preveja o dever administrativo de experimentar e estabeleça, nesta mesma oportunidade, o formato geral de seus eventos normativos, de suas iterações, da participatividade de sujeitos interessados, de mecanismos de monitoramento e avaliação, etc. Ou ainda, uma regulação administrativa da ANATEL que preveja um experimento no setor de telecomunicações, que estabeleça, desde logo, dois regimes experimentais optativos, os critérios de avaliação e controle, o órgão responsável por monitorar o desempenho dos sujeitos privados, etc.

Sendo assim, vale rememorar que a direção estrutural do experimento não pode significar a planificação antecipada de todo o seu iter de maneira estática ou imutável, haja vista que os próprios contextos que tornam a experimentação adequada indiciam que o experimento deve ser adaptável e "reativo" aos desenvolvimentos fáticos e normativos ulteriores.

O que deve ser definido, em caráter geral, são o estado de polivalência funcional concreto, os elementos mínimos de cada evento normativo, bem como a dinâmica básica e inicial do experimento, a qual poderá ser alterada diante de complexidades que surjam da interação entre eventos normativos – já que não há relação hierárquica entre eles – por força da efetivação do controle do contexto de experimentação, pelos resultados do evento de avaliação, etc.

O problema com a condicionante, portanto, não é a definição da direção estrutural em si, mas a sua eventual definitividade apriorística. Isso porque as definições exigidas pelo processo de experimentação em geral não precisam ser exaurientes ou extensivas, tampouco podem ser estáticas e apriorísticas.

O terceiro ponto a ser observado é que, conforme visto anteriormente, é possível que o diretor estrutural e o condutor do experimento não coincidam. Na hipótese de descoincidência subjetiva, pode entrar em cena uma situação de conflito entre a projeção estrutural abstrata e concreta do experimento jurídico, o que pode evocar diferentes soluções a depender das condições de interação interinstitucional envolvidas (ex.: Administração Pública x Judiciário, Legislativo x Administração Pública).

Apenas para ilustrar, pense-se em uma lei que preveja que eventuais experimentos jurisdicionais no âmbito de problemas estruturais relacionados a programas de financiamento público habitacional somente poderão conter duas iterações a serem desenvolvidas no máximo em 5 anos[858].

No exemplo dado, o que acontece caso a projeção concreta de um experimento jurisdicional no contexto de programas de financiamento habitacional exija mais de duas iterações ou um período superior a 5 anos?[859]

858 Perceba-se que não se está tratando do contraste entre regime jurídico projetado e exigências legais pré-existentes, o qual será abordado no próximo tópico. Aqui o contraste advém da assunção *ex ante* do controle diretivo-estrutural de experimentos jurisdicionais pelo Legislador.

859 Ressalte-se que a limitação temporal de processos estruturais não é estranha ao direito norte-americano. O mais notório exemplo diz respeito à *termination provision* prevista no PLRA, referente a processos estruturais que versam sobre questões prisionais. Sobre o ponto: "The second key provision of the PLRA – that injunctions

A questão não é simples, porquanto envolve tanto a pretensão da assunção legiferante parcial do controle do processo de experimentação jurisdicional, como o contraste entre padrões regulativos projetados por cada instituição interagente. No que se refere ao primeiro ponto, seria possível indagar: é legítima a pretensão de assunção legiferante parcial do controle do processo de experimentação jurisdicional? Da mesma forma, no que se refere ao segundo ponto, pergunta-se: como solucionar o contraste entre padrões regulativos?

Observe-se que as questões não são solucionadas apenas por uma reflexão em torno da segurança jurídica, passando, também, pela averiguação da medida de atipicidade de cognição jurisdicional admissível por nosso sistema jurídico e como podemos interpretar a interação interinstitucional entre Judiciário e Legislador no âmbito do processo de experimentação. O primeiro aspecto será brevemente analisado infra, enquanto o segundo foge ao escopo delimitado no primeiro tópico desse capítulo.

No que toca à segurança jurídica, basta lembrar que o estado de insegurança, reduzido pelo experimento jurídico, advém de um problema de prognose regulativa, sendo certo que estados reflexos de determinação devem ser, via de regra, compensados sistemicamente acaso vulnerados. De tal forma que a preservação da integridade cognitiva do experimento deve ser considerada, afinal de contas é ela que garante a gestão diferenciada da incalculabilidade regulatória apriorística que o processo de experimentação proporciona. Reposicionada a questão nestes termos, não é a eventual superação do limite legal que vulnera a segurança jurídica, senão o seu respeito a despeito da integridade cognitiva do experimento.

Repise-se que o controle diretivo-estrutural não é o único – tampouco o mais abrangente – que pode ser exercido no âmbito do processo de experimentação. Além disso, o controle diretivo-estrutural não implica necessariamente o controle de integridade cognitiva, sendo certo que esse último depende inexoravelmente de uma perspectiva institucional dinâmica, por se tratar da única capaz de percepcionar – após a projeção inicial do experimento – a existência de fatores independentes, inadequação de indicadores de performance, etc.

---

terminate after two years unless there is proof of current violations – was intended by its drafters and has been perceived by practitioners as a major impediment to structural relief. It takes more than two years of implementation to make major improvements in a prison with serious violations. Moreover, the process of discovery and trial associated with the initial establishment of violations is costly and time-consuming. If this process must be repeated every two years, the costs will be prohibitive." SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004. p. 1.042.

Assim, adiante-se, desde logo, que, a princípio, a assunção parcial do controle diretivo-estrutural pelo Legislador não induzirá (ou deverá induzir) também o controle sobre a integridade cognitiva do experimento, o qual permanecerá, em regra, com o seu condutor ou com o Judiciário (provocado a compulsar a regularidade do experimento projetado por outro sujeito, por exemplo). Diz-se "a princípio" porque ainda é possível pensar em arranjos mais complexos subjetivamente, com retenção ou delegação de parcela do controle de integridade cognitiva para outro órgão ou ente, por exemplo.

Seja como for, diante da divergência, inicialmente conjecturada, entre a direção estrutural e a condução do experimento no exemplo dado, impender-se-á indagar, em primeiro lugar, o que justifica a limitação apriorística do número de iterações experimentais e seu tempo de duração máximo e se a sua observância, no caso concreto, prejudicará a integridade cognitiva do experimento.

No primeiro aspecto, busca-se entender, de acordo com a análise do estado de polivalência funcional concreto[860], qual é o papel estrutural desempenhado por esses parâmetros delimitadores. A título de exemplo, o papel da restrição do número de iterações pode ser garantir a proscrição de padrões instáveis e incoerentes no âmbito dos programas de financiamento habitacional. No segundo aspecto, averigua-se se a observância dos parâmetros delimitadores colocará em risco a redução do estado de insegurança preconizada pelo experimento.

Caso não haja prejuízo, o conflito não atrairá a construção de parâmetros de solução informados pela segurança jurídica. Por outro lado, caso haja prejuízo, cumprirá analisar se não há outro mecanismo que garanta a observância do interesse, eventualmente tutelado pelas limitações legais, sem o concomitante sacrifício da integridade cognitiva do experimento.

Para ilustrar, tomando por base o papel estrutural exemplificado acima, pense-se, também a título elucidativo, na formulação de um evento de apoio regulativo, a ser realizado na metade do prazo de vigência da enésima norma experimental, que antecipasse, para aquele momento, o contraditório acerca do desenho de eventuais normas experimentais revisadas. Assim, ainda que se conclua futuramente, durante o evento de revisão, que há a necessidade

860 Perceba que a verificação do papel estrutural é conformada pelo estado de polivalência funcional concreto, a despeito de incorporado a uma disposição geral e abstrata anterior. A lógica do experimento jurídico é dependente do estado de polivalência funcional concreto e, por isso, não há incoerência em se defender que no experimento X a limitação de iterações desempenhe o papel A e no experimento Y a mesma regra desempenhe o papel B.

de projeção de mais uma iteração experimental, os contornos da norma experimental estariam restritos àqueles discutidos no evento antecipatório ou, pelo menos, haveria um maior ônus argumentativo para afastar uma das alternativas naquele momento discutidas.

Caso o papel estrutural de uma das regras consista, por exemplo, em restringir espectros de interferência interfuncional, poder-se-ia imaginar a alteração da matriz subjetiva de controle do processo de experimentação, entregando, a título precário ou limitado, controle diretivo-decisório à Administração Pública ou proceduralizando as condições de interação entre Administração e sociedade civil interessada, com retenção de controle ativo de integridade cognitiva no Judiciário.

Somente caso não haja ou se revele inadequada a utilização de mecanismos alternativos, cumprirá realizar uma ponderação para averiguar se tais limitações apriorísticas justificam o sacrifício da integridade cognitiva do experimento – e, em termos claros, se justificam a restrição da dimensão da segurança jurídica concretizada pelo processo de experimentação.

Sobre este problema, portanto, basta alinhavar, por enquanto, três pontos. A uma, a descoincidência subjetiva entre diretor estrutural e condutor do experimento é possível e pode ensejar discordâncias. A duas, o conflito exsurgente da descoincidência subjetiva depende da análise de, pelo menos, mais duas questões que exortam o princípio da segurança jurídica (assunção parcial de controle do processo de experimentação e contraste entre padrões regulativos). A três, no que toca à segurança jurídica, considerado o estado de insegurança reduzido pelo processo de experimentação, deve-se atribuir peso significativo à preservação de sua integridade cognitiva, dando preferência primacialmente – caso a sua preservação conflite com o critério diretivo-estrutural – à projeção de mecanismos alternativos que realizem a concordância prática entre papel estrutural e integridade cognitiva.

Em caráter derradeiro, admite-se que a exigência de transparência das metas e direção detém o potencial de incrementar a previsibilidade do experimento e, por isso, guarda alguma relação com o princípio da segurança jurídica. Inclusive, a transparência ainda permite a contestabilidade e o controle intersubjetivo, o que tende a viabilizar a legitimidade democrática[861]. No entanto, como a transparência constitui um valor autônomo, decorrente da

861 A relação entre mecanismos regulatórios temporários e promoção de legitimidade democrática, sobretudo devido a recalcitrâncias procedimentais, pode ser conferida em GERSEN, Jacob E. Temporary legislation. The University Of Chicago Law Review, v. 74, p. 247-298, 2007.

forma republicana e normatizado por um princípio constitucional autônomo, afigura-se inadequado tratar dela à luz da segurança jurídica, promovida apenas reflexamente pela aludida condicionante.

Basta pensar, por exemplo, na restrição parcial da transparência de dados monitorados em determinado experimento jurídico relacionado à promoção de segurança nacional, em decorrência da classificação de sigilo, realizada regularmente pela autoridade competente, para não comprometer atividades de inteligência ligadas à repressão ou prevenção de crimes organizados (art. 23, VIII, da Lei 12.527)[862].

Será que a licitude do sigilo imposto à parcela dos dados monitorados no bojo do experimento jurídico seria analisada à luz do princípio constitucional da transparência – e do regramento legal existente – ou à luz do conteúdo protetivo da segurança jurídica? Não parece haver dúvidas de que a resposta consiste na primeira opção, o que, por certo, afasta a sua análise do objeto do presente capítulo[863].

---

862 Não se quer dizer com isso que tais aspectos sigilosos não estejam sujeitos a nenhum tipo de controle. Por certo, experimentos de aspectos sigilosos ou que produzem informações sigilosas devem poder ter a sua juridicidade analisada por órgãos de controle, os quais, no exercício de sua função, deverão preservar o sigilo das informações eventualmente obtidas. O exemplo serve precipuamente ao objetivo de demonstrar que o raciocínio excepcionante da transparência deve ser tratado à luz do princípio constitucional da transparência, cujas prescrições escapam ao escopo da presente dissertação.

863 O relatório do Federal Judicial Center, ao analisar a problemática tratada à luz do dever de transparência judiciária ("*obligation of candor*"), aproxima-se, em alguma medida, do que se defende por meio do exemplo de promoção de segurança nacional. Com efeito, elucida-se, por meio do exemplo dado, que a ocultação de informações deve ter os seus requisitos e esquemas argumentativos de defesa analisados de acordo com o regime normativo da informação que se pretende ocultar ("*matter concealed*"). Da mesma forma, embora o relatório sequer cogite a relevância da segurança jurídica para justificação dos experimentos judiciários, a sua abordagem converge àquela defendida nessa sede, na medida em que posiciona o raciocínio excepcionante dentro do âmbito de outra norma (princípio da transparência e dever de transparência judiciária). Por outro lado, o relatório reconhece que a sigilosidade deve ser empregada para garantir a validez dos resultados experimentais diante de eventuais distorções causadas pela disponibilização da informação aos participantes do processo de experimentação. Mais do que isso, por força da preferência em favor da transparência do processo de experimentação, propõe como, requisito para o seu afastamento, a indispensabilidade do sigilo para validez dos resultados experimentais. Vale dizer: conquanto o ônus para ocultação de informações seja variável de acordo com a matéria ou prática envolvida – *rectius*: com o regime normativo da informação que e pretende ocultar – a comissão de especialistas do Federal Judicial Center sugeriu, como requisito adicional, um nexo estrito de instrumentalidade entre a imposição de sigilo e a garantia de validez dos resultados experimentais. Cf.: FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 46. Não se concorda, em termos gerais, com o segundo requisito proposto pelo relatório, eis que o próprio exemplo dado explicita uma situação em que a experimentação, acaso admitida, precisaria garantir o sigilo de informações para atendimento de uma finalidade externa ao próprio experimento (não comprometimento atividades de inteligência ligadas à repressão ou prevenção de crimes organizados). Por conseguinte, ao menos em nosso ordenamento jurídico, não parece adequada a exigência de um nexo estrito de instrumentalidade entre a imposição de sigilo e a garantia de validez dos resultados experimentais. Em complemento, não se pode deixar de notar o quão tímida é a garantia de integridade cognitiva, conferida pela espécie de preservação de validez apontada pelo relatório. Basta comparar os escopos protetivos de integridade

Em suma, não se discorda que haja uma preferência normativa de transparência dos experimentos jurídicos conduzidos pelo Poder Público e que essa preferência promova reflexamente a segurança jurídica. Contudo, por se tratar de princípio autônomo, o raciocínio excepcionante da transparência não vem associado a preocupações de segurança jurídica. Assim, parece melhor admitir que a condicionante de transparência preferencial não esteja fundamentada na segurança jurídica, tampouco seja imposta ao experimento jurídico por força do conteúdo protetivo da segurança jurídica, mas sim de acordo com o princípio constitucional que impõe a transparência dos atos públicos.

Revisadas criticamente as condicionantes restritivas defendidas pela doutrina, conclui-se que pensar a interação entre segurança jurídica e experimento jurídico à luz de um raciocínio preponderantemente baseado em implicatividade positiva assegura não apenas melhoramentos analíticos, como também promove avanços argumentativos, conforme pretendemos demonstrar a partir do cotejo da posição doutrinária com o que foi discutido no capítulo anterior. Muito além disso, permite entender melhor a interação entre segurança e experimento jurídico, garantindo, ainda, a concretização, em maior extensão, do conteúdo protetivo daquele princípio.

Para finalizar o presente subtópico, cumpre averiguar se a justificabilidade do experimento jurídico, baseada na implicatividade positiva entre o instituto estudado e a segurança jurídica, é transponível ao experimento jurisdicional de reestruturação, observado o critério de superposição de características essenciais entre experimento jurídico e processo estrutural, assentado no tópico anterior.

3.2.2.4 Segurança jurídica e experimento jurisdicional de reestruturação

Insta rememorar, de início, que o experimento jurisdicional de reestruturação lida com os problemas oriundos da superposição de características essenciais do experimento jurídico com as características essenciais do processo estrutural, principalmente daquelas ligadas à cognição e decisão estruturais. Isso significa trazer para o cerne do experimento jurídico

---

cognitiva, defendidos ao longo do capítulo 2, com o teor do relatório, elaborado pelo Federal Judicial Center, para concluir que o "arremedo" de salvaguarda, reconhecida pelo relatório, fica sobremaneira aquém do que se propugnou na presente dissertação. Por fim, assevere-se que o relatório adota uma perspectiva cientificista que foi expressamente rejeitada no capítulo anterior e que parece revelar um de seus espólios justamente na identificação de uma preocupação quase laboratorial com a validez dos resultados experimentais.

questões relacionadas ao policentrismo, à multifocalidade, à continuidade e globalidade cognitivas, à ruptura do raciocínio não monótono, dentre muitas outras.

No que se refere ao policentrismo e à multifocalidade, exemplificou-se, como questões problemáticas, a indução de suspensões e extinções anômalas do experimento, a sua reconcepção – antecipada ou em múltiplas ocasiões – parcial ou total, bem como a integração assíncrona de focos de interesse retardatários ou ressonantes a um processo de experimentação em andamento.

No que se refere às características decisórias, mencionou-se, ainda, o problema da acomodação de decisões graduais contrastantes, o qual pode ser incrementado quando tais decisões advêm de centros decisórios diversos, como resultado de cisões cognitivas subjetivas, de caráter objetivo ou estrutural.

Por sua vez, a ruptura da lógica não monótona, associada à incidentalidade decisória e à continuidade e globalidade cognitivas, pode pressionar a revisão antecipada do experimento, dinamizando, pois, o exercício da função de controle, o que tensiona a sua integridade cognitiva.

Não se pode esquecer, ainda, que a cognição preponderantemente global, exigida pelo processo estrutural, pode introduzir dificuldades de focalização da experimentação, o que tem o potencial para gerar complexidades ligadas tanto à concepção da norma experimental, à criterização dos fatos a serem monitorados, bem como ao controle do contexto de experimentação.

Essas são apenas algumas das várias questões que podem surgir como reflexo da superposição de características essenciais. Por força delas é que se disse, no capítulo anterior, que a projeção dos experimentos de reestruturação defronta-se com as dificuldades que decorrem de um grau de dinamismo elevado, proporcionado por pressões multicausais que pedem uma margem ampliada de alterabilidade. Pensar em experimentos jurisdicionais de reestruturação, neste sentido, suscita operar um dinâmico balanceamento entre constância e alterabilidade, sem descurar da preservação de sua integridade cognitiva, o que, por certo, engendra uma equação particularizada.

A superposição de características essenciais do experimento jurídico e do processo estrutural, que marca a segmentação material do que deve ser justificado no experimento jurisdicional de reestruturação, introjeta, no processo de justificação sistêmica, o germe da

complexidade, ensejando a proliferação de um mosaico de dificuldades que tem as suas nuances melhor averiguáveis em casos concretos, donde elas surgem e manifestam, em tons mais claros, as suas peculiaridades[864].

Não é de se estranhar, nesse ínterim, que esse mosaico certamente detém a aptidão para, no que concerne à segurança jurídica, produzir tanto problemas de indeterminação, como de prognose regulativa. Diante dessa aptidão, suscita-se, como necessário, o questionamento acerca da transponibilidade das proposições relacionadas ao experimento jurídico, anteriormente defendidas, aos experimentos jurisdicionais de reestruturação.

Para enfrentar essa questão, é preciso lembrar, antes de mais nada, que se partiu de um momento analítico em que os processos estruturais em si foram considerados justificáveis em nosso ordenamento. Ainda que nem todas as características defendidas no capítulo 1 tenham sido adotadas pela maioria da doutrina, partir da justificabilidade do processo estrutural significa pressupor que as suas características cognitivas e decisórias são também, em alguma medida, justificáveis.

Considerando a adoção de um raciocínio preponderantemente baseado em implicatividade positiva, a justificabilidade pressuposta dos processos estruturais, na verdade, termina por pressionar a justificabilidade dos experimentos de reestruturação, uma vez que o estado de insegurança oriundo dos problemas estruturais precisa ser reduzido e o instituto estudado posiciona-se como mecanismo regulativo idôneo para tanto.

Trata-se de uma conclusão que, em princípio, soa contraintuitiva, na medida em que o incremento do estado de insegurança decorrente da superposição de características essenciais, poderia ser tido como capaz de inverter o vetor de justificação sistêmica relacionado ao princípio da segurança jurídica. No entanto, essa "intuição" não prevalece, eis que, a toda evidência, os problemas que incrementam o estado de insegurança estão relacionados, em

---

864 É por isso que a doutrina tanto dos processos estruturais (p.ex. DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81, FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015), como dos experimentos jurídicos (p.ex. PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011) costuma defender o que parametriza a sua moldura ou formato mínimo, trazendo exemplos para fins de agregar um pouco mais de concretude à sua análise, sem, contudo, solucionar, com integralidade, o problema da complexidade. Os exemplos, quando servem a esse propósito – nem sempre é o caso – angularizam a análise ao aspecto problemático que estiver sendo analisado.

grande medida, ao estado de desconformidade estruturada e ao tratamento processual conferido pelo processo estrutural.

Diante da admissibilidade – leia-se: justificabilidade – do tratamento processual conferido pelo processo estrutural, o experimento de reestruturação apresenta-se, apenas, como uma técnica que visa – assim como qualquer experimento jurídico – a reduzir o estado de insegurança de caráter prognóstico relacionado ao estado de desconformidade configurado em determinado contexto regulado.

Daí se percebe que o caráter contraintuitivo reside em uma confusão advinda da superposição de características essenciais. Com efeito, trata-se de mero critério de segmentação material do que será (ou deverá ser) justificado, mas que, por certo, não transfigura a natureza jurídica do experimento jurisdicional de reestruturação, o qual remanesce sendo uma espécie de experimento jurídico. Dito de outro modo, as dificuldades, exemplificadamente apontadas, não são oriundas do processo de experimentação em si, mas precisam ser consideradas na sua projeção, uma vez que direcionada a reduzir a insegurança oriunda de um estado de desconformidade estruturada.

Em suma, entendemos que a justificabilidade por implicatividade positiva dos experimentos jurídicos em relação ao princípio da segurança jurídica é transponível aos experimentos jurisdicional de reestruturação, tratando-se de importante técnica de redução de estados de insegurança de caráter prognóstico oriundos de problemas estruturais.

Neste sentido, o raciocínio por implicatividade positiva deve fornecer ao condutor dos experimentos de reestruturação a base normativa necessária para o desenvolvimento de dinâmicas e mecanismos que garantam a promoção da dimensão da segurança jurídica que o instituto visa, enfim, a concretizar.

Sem nenhuma pretensão de esgotamento e, sobretudo, para fins exemplificativos, trataremos, a seguir, de uma questão que pode surgir no âmbito dos experimentos de reestruturação e que demanda o desenvolvimento de dinâmicas e mecanismos próprios para garantia da promoção de segurança jurídica. Dessa forma, trataremos de possíveis soluções ao problema da integração assíncrona de focos de interesses aos experimentos de reestruturação.

3.2.2.4.1 Integração assíncrona de focos de interesse ao experimento jurisdicional de reestruturação

Não é difícil entender porque a multifocalidade, a continuidade e globalidade cognitivas, todas ínsitas aos processos estruturais, provocam alterações dinâmicas no evento de controle do contexto de experimentação. Diante da pluralidade de focos de interesses envolvidos no problema estrutural e das características cognitivas do processo estrutural, surge, como uma problemática típica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, a questão de como lidar com focos retardatários[865] ou ressonantes[866].

Imagine-se, como exemplo, um processo estrutural que discuta a despoluição de um rio com diversos afluentes. Projeta-se determinado experimento jurídico sem levar, contudo, em consideração os interesses de comunidades ribeirinhas afetadas pela decisão estrutural experimental (foco de interesse retardatário). Neste mesmo processo, imagine-se que, como decorrência de uma das medidas incluídas no plano de despoluição, tenha surgido um conflito de interesses entre duas unidades federativas, ou ainda, que a introdução de espécies exógenas para recomposição da fauna fluvial tenha prejudicado, com o passar do tempo, a atividade de pesca nos afluentes menos contaminados pela poluição (focos de interesse ressonantes).

Recorde-se que o processo estrutural, conforme defendido supra, rompe o raciocínio não monótono dos processos judiciais e, por força disso, impõe uma cognição marcada pela continuidade. Por sua vez, o *continuum* cognitivo induz a possibilidade de integração assíncrona de focos de interesse ao processo, os quais são capazes de representar fatores independentes, alterar a equação de necessidade do método cognitivo experimental, bem como revelar outros riscos assumidos com o processo de experimentação, podendo, portanto, alterar também a sua proporcionalidade em sentido estrito. Esses fatores podem ser levados

865 A existência de focos retardatários é considerada, por exemplo, por Sturm, Sabel e Simon, ao tratarem, respectivamente, do método deliberativo e do experimentalismo democrático no âmbito dos processos estruturais. STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. The Georgetown Law Journal, v. 79, p. 1355-1446, 1991, SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

866 Foco de interesse ressonante é aquele que surge, como repercussão externa, de uma interação entre variáveis interdependentes. Utilizando a metáfora de Fletcher, a pressão em um dos fios de uma teia de aranha afeta de maneiras variadas os outros fios e pontos de ligação. Cada ponto de ligação pode ser denominado de nódulo, cuja interação com o meio policêntrico produz efeitos (ressonantes) em outros nódulos da teia. Neste sentido, o raciocínio policêntrico não estipula o valor dos nódulos A e B, ligados pelo fio C, apenas de acordo com a sua interação direta, sendo certo que uma interação em C pode provocar ressonâncias para além de A e B, as quais terminam por afetar o conjunto inicial de modos diferenciados. Para além da metáfora da teia, é possível que uma ressonância nodular projete um novo nódulo (D), o qual poderá manter (ou não) uma relação policêntrica com as variáveis antecedentes. Entendemos que o foco ressonante pode tanto surgir como um novo nódulo, como um nódulo pré-existente cuja prefiguração tenha sido alterada por força de uma repercussão policêntrica. A metáfora da teia pode ser conferida em FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. The Yale Law Journal, vol. 91, n. 4, 1982, p. 635-697.

em consideração no momento de (re)formulação da norma experimental, de sua hipótese normativa, no monitoramento de riscos novos, na criação de outras metas ou indicadores, dentre outros aspectos do experimento.

A possibilidade de percepção assíncrona de focos de interesses no âmbito do processo estrutural significa, no que concerne à experimentação, que o evento de controle, nesta seara, deve funcionar como um "receptor" dinâmico de focos de interesse[867]. Isso porque, em princípio, a não integração dos focos de interesse relevantes, por si só, detém o potencial de prejudicar o aprimoramento cognitivo visado pelo experimento jurídico, o que como sabemos, vulnera o princípio da segurança jurídica. Embora os mecanismos de avaliação *ex ante* devam ser empregados para evitar, dentre outras coisas, a integração assíncrona de focos de interesse retardatários, não é possível suprimir por completo a sua ocorrência, tampouco impedir o surgimento de focos ressonantes[868].

De outra banda, observe-se que assim como a vedação à integração assíncrona de focos de interesse detém o potencial de prejudicar o aprimoramento cognitivo visado pela experimentação, a inconstância interventiva provocada pela ilimitada e recorrente integração assíncrona de focos de interesses também vulnera a sua integridade cognitiva. Com efeito, para que produza a incorporação de razões consistentes ao processo de tomada de decisão, a experimentação exige uma intervenção supervisionada minimamente durável, o que desaconselha que o experimento possa estar sujeito a constantes alterações internas a cada uma de suas iterações.

Entre a vedação e a irrestrição, impõe-se estabelecer limites à receptividade assíncrona de interesses no âmbito do experimento de reestruturação, o que pode, em um caso concreto, afetar a sua adequabilidade[869]. De qualquer forma, o regime de integração processual

867 Para tanto, cumpre admitir, de forma mais ampla, a intervenção *iussu iudicis* em nosso sistema processual. Confira-se uma proposta nesse sentido em CINTRA, Lia Carolina Baptista. Intervenção iussu iudicis no processo civil. 2016, 191 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2016. p. 155-163; 168-174; TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 61-64; 108-113; 120-123; 336-339.

868 Concorda-se com STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. The Georgetown Law Journal, v. 79, p. 1355-1446, 1991 que o remédio em processos estruturais redefine o que configura uma participatividade processual adequada, ampliando, pois, o espectro de sujeitos devem participar de uma reforma estrutural.

869 Por exemplo, o centro decisório consegue prospectar que a norma experimental ensejará necessariamente o surgimento de focos de interesse ressonantes, os quais, por sua vez, entabulariam a vulneração de posições substantivas axiologicamente relevantes. Neste sentido, a limitação da integração assíncrona desses focos de interesse ressonantes para garantia da integridade cognitiva do experimento pode lhe tornar um método cognitivo

assíncrona precisa ser deformado de acordo com a necessidade de preservação da integridade cognitiva do experimento, o qual, no limite, pode ser revertido[870] em prol da prevalência de interesses jurídicos axiologicamente mais relevantes.

Note-se que a imposição de restrições à integração assíncrona de focos de interesses encontra respaldo em diversos aspectos analisados neste tópico. Em primeiro lugar, não se pode olvidar que o princípio da segurança jurídica, sob um paradigma de continuidade normativa, inspira margens mínimas de constância e estabilidade, rejeitando, ainda, mudanças bruscas e abruptas, sendo certo que, neste caso, a intensidade da mudança certamente estará relacionada à perda da consistência ou integridade cognitiva do experimento.

Em sentido semelhante, não é de estranhar que a inconstância interventiva também vulnere a dinâmica normativa unificante proporcionada pelo experimento jurídico, na medida em que provoca fraturas de descontinuidade na sucessão de eventos normativos. Além disso, a inconstância interventiva transformaria o experimento em técnica incapaz de reduzir estados de insegurança de caráter prognóstico, o que, novamente, conspira contra uma irrestrita integração assíncrona de focos de interesse.

Além disso, embora o evento de controle possa servir como receptor dinâmico de focos de interesse para se desincumbir de suas funções, é evidente que ele não pode representar um desvirtuamento teleológico do método cognitivo empregado. Afinal de contas, o controle é do contexto de experimentação e, como tal, serve à finalidade de garantir o aprimoramento cognitivo vislumbrado pelo experimento de reestruturação.

Por outro lado, insta asseverar que, para que a vinculação entre eventos normativos funcionalmente diferenciados possa ser condicionante, é preciso que sejam respeitados espaços temporais suficientes para o seu desenvolvimento.

Com efeito, não custa lembrar que os eventos normativos do experimento são aqueles que requerem a processualização de uma atividade organizada, com propósito e formato específicos, que deverá ser desempenhada de modo contínuo durante o processo de experimentação. Neste sentido, uma parte relevante da vinculatividade entre eventos normativos depende do dimensionamento de espaços temporais suficientes para o seu

---

inadequado ao caso concreto, a despeito da existência de um contexto de incertezas elevadas ou mutabilidade acelerada.

870 O termo está empregado no sentido de reversibilidade do método cognitivo e não de efeitos concretos específicos.

desenvolvimento, sob pena de produzir condicionamentos inconsistentes, ou de frustrar a vinculatividade condicionante entre eventos normativos.

Enquanto o segundo efeito negativo – frustração da vinculatividade condicionante entre eventos normativos – desestabiliza estrutural e funcionalmente o experimento jurídico, o primeiro efeito negativo – a produção de condicionamentos inconsistentes – seria resultante de sua própria engenharia normativa autorreferente, que, como visto, operacionaliza a vinculação condicionante entre os seus eventos normativos a partir da criação de espectros de implicação recíproca intranormativa.

Assim, caso essa vinculatividade não incorpore o dimensionamento adequado de espaços temporais suficientes, a engenharia normativa autorreferente do experimento provocará o surgimento de condicionamentos contrários ao desenvolvimento constante e consistente do contexto regulado.

A partir do problema da amplitude de integração assíncrona de focos de interesse ao processo estrutural, é possível perceber, em caráter geral, que a vinculatividade condicionante implica necessariamente o dimensionamento adequado de espaços temporais suficientes para o desenvolvimento de cada evento normativo funcionalmente diferenciado que compuser o estado de polivalência funcional concreto.

Dito de outra forma, seja pela sua composição estrutural (eventos normativos que integram uma mesma estrutura normativa matricial), pela funcionalidade de sua engenharia normativa autorreferente, ou como pressuposto da vinculatividade condicionante entre eventos normativos, o respeito a espaços temporais suficientes para o desenvolvimento de cada evento normativo afigura-se imprescindível.

Por força disso, a identificação e conservação de espaços temporais suficientes é necessário não apenas para garantir, em caráter mais amplo, a integridade cognitiva do experimento, como também para viabilizar, em caráter mais estrito, a vinculatividade condicionante entre seus eventos normativos. E, assim, a integratividade assíncrona ampla de focos de interesses ao processo estrutural, por deter um potencial disruptivo prejudicial ao experimento jurisdicional de reestruturação, deve ser rejeitado em prol de uma versão limitada de sua receptividade dinâmica pelo controle do contexto de experimentação.

Para além de tudo isso, não se pode perder de vista que o estado de polivalência funcional formata implicações recíprocas de caráter não hierárquico, o que enseja uma

preferência por alterações funcionais acopláveis entre si. De tal sorte que a pretensão de modificação não acoplável – por ensejar a reconcepção do experimento jurídico – somente deve ocorrer, em regra, para correção de aspectos centrais de cada evento normativo ou para o atendimento de seu escopo finalístico comum[871]. Quando a modificação pretendida não se adéqua a esses arquétipos argumentativos (correção funcional de eventos/controle teleológico), impende-se filtrar os efeitos deletérios da integração assíncrona ao processo de experimentação.

Neste diapasão, faz-se necessário ligar ao receptor assíncrono de interesses mecanismos de preservação de integridade cognitiva do processo de experimentação, notadamente em ambiências propícias ao surgimento de múltiplos focos ressonantes. A título de exemplo, pode-se pensar em cisões cognitivas objetivas, para fins de manutenção do processo de experimentação e projeção de um processo de experimentação derivado para acompanhamento do foco de interesse retardatário ou ressonante. Trata-se de solução que, por certo, depende da identificação de questões distinguíveis o bastante para não se submeterem ao mesmo experimento[872].

Em sentido semelhante, é possível, em cenários em que não haja elevadas incertezas relacionadas ao foco assincronamente integrado, adotar cisões estruturais que confiram tratamento não experimental às questões a ele referentes sem prejudicar o processo de experimentação.

De outra banda, pode-se empregar uma técnica de segregação iterativa, acompanhada, ou não, do franqueio de uma intervenção processual limitada[873]. Com efeito, a segregação iterativa garante que o foco de interesse será considerado no momento de revisão da norma experimental, para fins de projetar uma nova iteração ou promover uma cisão estrutural para dele conhecer adequadamente. Dessa forma, o estado, tendencialmente irreversível, do processo de experimentação parametriza uma preclusão de participação conceptiva, o que é compensado no evento de revisão da norma experimental, pela adicionalidade de uma iteração

871 Um exemplo que pode ser dado diz respeito a desconsideração de um foco de interesse que retém a capacidade de frustrar a efetividade do regime experimental. É claro que, neste caso, talvez seja possível conceder uma tutela provisória para lidar com a posição obstaculizante do sujeito, ou ainda pode ser proferida uma decisão não experimental acerca de sua situação. Tudo isso sem que haja uma nova concepção do processo de experimentação.

872 A solução escora-se, ainda, na globalidade da cognição estrutural.

873 Sobre a possibilidade de intervenções processuais limitadas, cf.: TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 323-335.

ou cognição diferenciada das implicações decorrentes da perspectiva trazida pelo foco de interesse.

Vale notar que a preclusão de participação conceptiva, em virtude do estado do processo de experimentação, não necessariamente extingue outros espectros de participação processual. Desde que acoplável aos eventos do processo de experimentação, é possível pensar na intervenção para formulação de um novo indicador de performance, resultado ou risco, para participação em um mecanismo complementar de monitoração ou no oferecimento de pareceres no evento de avaliação, etc. Resta claro, portanto, que a segregação iterativa não preclui espectros de participação não conceptivos da norma experimental.

Em matéria de multifocalidade, apresenta relevo, ainda, desenhar zonas de atuação não coincidentes[874], porquanto orientadas por interesses e finalidades diferenciadas, as quais tornam imperativa a moldagem de regimes atípicos de participação processual que certamente não se subsomem às clássicas modalidades de intervenção de terceiros ou às regras acerca do litisconsórcio[875].

Assim, mesmo fora do problema de integração assíncrona de focos de interesse é interessante destacar que a multifocalidade não apenas diz respeito à resolutividade do problema estrutural[876], sob a ótica de perspectivas eficaciais dotadas de inconsistência prática, mas também abrange interesses ou finalidades colaborativas, de defesa do interesse público, protetiva de interesses alheios, interesses econômicos, de certificação fática, ou ainda de formação de padrões decisórios favoráveis[877].

---

874 Sobre o conceito "zona de interesse", fundamental para compreensão da ideia de zonas de atuação não coincidentes, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Despolarização do processo e "zonas de interesse": sobre a migração entre polos da demanda. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009.

875 Defendendo parâmetros mínimos e técnicas processuais para o desenho de regimes de atuação processual atípicos de acordo com o interesse e finalidade pretendida pelo sujeito, cf.: TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 348-386.

876 Ressalte-se que ainda existem outras hipóteses relevantes. À guisa de exemplo, não se pode esquecer que cada foco pode ter interesse em apenas parcelas do regime jurídico comum. Neste caso, a pretensão de reestruturação manifestada por cada foco não precisa abranger o regime como um todo. Além disso, não se pode esquecer que os interesses de cada foco não são necessariamente lineares e uniformes durante todo o processo de experimentação, o que, por certo, também introduz questões que precisam ser equacionadas. Questionando a pressuposição clássica de linearidade e uniformidade de interesses no processo, ver TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 42-59; 87-89.

877 Cuida-se de sistematização de interesses proposta por TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 248-304.

Por conseguinte, focos diferenciados de interesse impõem intervenções limitadas que podem concernir a eventos específicos, na medida em que calibradas conforme o interesse e finalidade pretendidas pelo sujeito[878]. Por exemplo, universidades podem ter interesse de colaborar para a formulação de metas e indicadores mais adequados ao processo de experimentação, sem nenhuma pretensão de reconcepção da norma experimental.

Por certo, a constatação da existência de zonas de interesse não coincidentes não se confunde com a utilização de uma técnica de segregação iterativa acompanhada da oportunização de uma intervenção processual limitada. É que, no primeiro caso, o que calibra o regime de participação é o próprio interesse ou finalidade não coincidente. No segundo caso, o estado do processo limita um regime de participação compatível com o interesse expressado[879], razão pela qual a intervenção limitada configura uma maneira de garantir ao sujeito algum grau de participação (ainda) naquela iteração experimental. É como se houvesse uma "desclassificação" temporalmente restrita do interesse manifestado pelo foco de interesse retardatário ou ressonante.

Por fim, a irreversibilidade conceptiva do experimento não obsta que haja a projeção de uma compensação sistêmica provisória para eventuais prejuízos ao foco de interesse retardatário ou ressonante. Inclusive, em se tratando de foco retardatário, caso haja imputabilidade da exclusão dialógica daquele feixe de interesses por parte dos sujeitos processuais presentes, pode-se pensar no reconhecimento incidental de sua responsabilidade pelos prejuízos sofridos pelo ausente.

Em sentido semelhante, a irreversibilidade conceptiva do experimento não exclui a possibilidade de se garantir ao foco de interesse desconsiderado uma transição suave extemporânea entre a posição lícita de que gozava anteriormente ao início do experimento e a posição que passou a se sujeitar com a vigência do processo de experimentação.

Em suma, o presente subtópico serviu ao propósito de demonstrar como a superposição de características essenciais introduz complexidades no processo de justificação dos experimentos jurídicos. Como se observou, tanto o problema da integração assíncrona, como as zonas de interesse não coincidentes provocam alterações nos diversos momentos do

878 Defendendo a calibragem da participação segundo interesse e finalidade pretendida pelo sujeito, cf.: TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 332-335.

879 Relacionado o estado do processo como critério determinativo de regimes de atuação processual, cf.: TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 340-348.

processo de experimentação, robustecendo, sobretudo, a relevância estrutural da função de controle. Aproveitou-se, ainda, o ensejo para defender alguns mecanismos que podem ser empregados para solucionar a problemática abordada.

Conclui-se, enfim, que os problemas em tela não prejudicam a justificabilidade do experimento jurisdicional de reestruturação, em consonância com o que foi defendido no subtópico anterior.

3.3 **Igualdade de tratamento**

3.3.1 Opinião da doutrina: implicatividade negativa e condicionantes propostas

Uma preocupação constante da doutrina que tratou da categoria dos experimentos jurídicos diz respeito à compatibilidade do instituto com o princípio da igualdade. Costuma-se aduzir, em decorrência do referido contraste e da relevância axiológico-normativa do princípio da igualdade[880], uma relação de implicatividade negativa entre a norma justificante e o experimento jurídico[881].

Antes de apresentar as condicionantes que resultam dessa relação de implicatividade negativa, cumpre entender o que orienta o pensamento doutrinário em torno da questão. Vale dizer: por que se confere especial atenção ao problema da igualdade de tratamento na justificação sistêmica dos experimentos jurídicos?

---

880 “Imaginemos, por exemplo, o formidável poderio de transformação social que recepciona a exigência de igualdade: uma boa parte da jurisprudência constitucional, americana e europeia, é analisada como o aprofundamento constante desta exigência de equalização das condições; e para além da prática jurídica, é toda a dinâmica política que se esclarece a partir desta referência a um ideal inscrito num texto e amplamente compartilhado pela comunidade. Atuando como um fermento na massa jurídica, esse tipo de ideia de direito prova-se um operador de mudanças, cujas virtualidades são propriamente incalculáveis.” Cf.: OST, François. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC. 2005. p. 219.

881 Em geral, cf.: CHEVALLIER, Jacques. Les lois experimentales. In: BOURCIER, Danièle; THOMASSET, Claude. L'écriture du droit: legislation et technologie de l'information. Paris: Éditions Diderot, 1996. p. 167-203, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011, CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003, RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013, PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004, PASCUAL, Gabriel Doménech. Descentralización administrativa y experimentalismo democrático. Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n. 52/53, p. 43-67, 2005, FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 31-40.

Conforme vimos no subtópico anterior (segurança jurídica), identificar a problemática que orienta a empreitada argumentativa desenvolvida é relevante para analisar a adequação e suficiência das condicionantes propostas em relação ao desenho normativo do instituto estudado, descrito no capítulo anterior. Enquanto a afinidade de perspectivas problemáticas pode ensejar um maior aproveitamento das condicionantes propostas, diferenças na problemática identificada podem – ou não[882] – induzir a necessidade de pensar em condicionamentos também diferenciados.

A seguir, veremos que a perspectiva problemática da qual parte a doutrina baseia-se, sobretudo, em três pontos normativos de tensão entre as características dos experimentos jurídicos e o princípio da igualdade.

3.3.1.1 Três pontos normativos de tensão e dois exemplos do contraste analisado

Sem maiores digressões, o que se depreende da discussão ora analisada é que ela está radicada, para os que dela tratam, em tensões que surgiriam da projeção de experimentos parciais[883], nos quais limita-se o seu âmbito espacial ou subjetivo[884], normalmente com o objetivo de conter riscos[885] ou garantir validez aos seus resultados, por meio do monitoramento concomitante de alternativas regulatórias distintas aplicadas a um grupo controle e um grupo teste[886].

Em outras palavras, a preocupação doutrinária assenta-se, em geral, na percepção de que o experimento jurídico tensiona o princípio da igualdade, devido ao seu suposto elemento

882 Vimos no subtópico anterior que algumas condicionantes, a despeito da descoincidência de perspectiva problemática, são aproveitáveis e, no que se refere ao tópico 3.2, por exemplo, são referíveis as balizas positivas mais amplas propostas.

883 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. No artigo, defende-se, inclusive, como vantagem dos experimentos globais a não violação da igualdade.

884 “An experiment creates experimental disparity whenever the experimental program is applied to fewer than all potential subjects” (FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 31).

885 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

886 Por exemplo, RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 194 e VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

derrogatório, de limitação subjetiva ou espacial e da necessidade da emulação metodológica do padrão Fisher.

A partir desses três pontos de tensão normativa desenvolve-se um raciocínio que não é difícil de compreender. Derrogação normativa e limitação subjetiva para atender à necessidade de emulação metodológica do padrão Fisher terminam por levar o condutor do experimento a oferecer tratamento diferenciado a dois (ou mais) grupos de sujeitos implicados em um mesmo contexto regulado, o que explicaria, desde logo, a necessidade de investigação de seu eventual teor ou efeito discriminatório ou arbitrário[887].

A despeito de sua simplicidade, vale conferir brevemente dois exemplos que bem ilustram esse tipo de raciocínio: a impugnação ao regime processual civil experimental português e o parecer negativo nº 11 de outubro de 2002 exarado pelo Conselho de Estado francês referente à proposta de emenda constitucional que visava a introduzir o direito de experimentação no texto magno daquele país.

O primeiro exemplo pode ser conferido na impugnação – que restou rejeitada[888] – ao regime processual civil português trazido pelo Decreto-lei nº 108/2006. Destaque-se que o diploma, já no seu preâmbulo, deixava clara a sua "natureza experimental", que objetivava "testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processuais consagrados, antes de alargar o seu âmbito de aplicação"[889]. Dessa forma, para testagem das modificações por ele introduzidas[890], o legislador português projetou um experimento limitado no tempo (art. 20, do Decreto-lei nº 108/2006) e no espaço (art. 21, do Decreto-lei nº 108/2006 c/c art. único da Portaria nº 955/2006).

887 O dever de perquirir o caráter discriminatório de "diferenciações suspeitas" é abordado por STURM, Susan. Equality and the Forms of Justice. University Of Miami Law Review, v. 58, p. 51-82, out. 2003.

888 Conforme se verá a seguir, o tribunal constitucional português, por meio do acórdão nº 69/2008, rejeitou a suposta violação ao princípio da igualdade pelo regime processual experimental, tanto no que se refere à proibição de discriminação, como no que se refere à proibição de arbitrariedade, tratadas como expressões diversas da norma justificante analisada. Disponível em http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080069.html.

889 O Decreto-lei pode ser conferido em https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=855&tabela=leis&ficha=1&pagina=1.

890 Para conferir alguns comentários acerca de tais modificações, consultar SILVA, Paula Costa e. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental. Revista de Processo, vol. 156, fev., 2008, p. 237-250; CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-8.33 e MARTINS, A. Silveira. Regime processual civil experimental de portugal. Jus Scriptum-Revista Jurídica do NELB, v. 3, n. 6, p. 87-108, 2007.

No recurso extraordinário (art. 280, "a", da CRP/76), questionava-se, dentre outras coisas, a constitucionalidade da aplicação de normas procedimentais diferenciadas a causas substancialmente idênticas em decorrência da mera competência territorial do juízo para julgá-la[891]. Argumentava-se, por exemplo, que não faria sentido que "uma acção de despejo, pelo simples facto de ter por objecto um imóvel situado no Porto, assum[isse] necessariamente tramitação diversa da assumida por uma acção de despejo que tenha por objecto um imóvel situado em Vila Nova de Gaia, ou Vila Velha de Ródão, ou Vila Flor". E isso porque "a mera localização territorial das causas (…) não poder[ia] nunca constituir critério legítimo, (…) para fundamentar a aplicação de diferentes formas de processo ao mesmo tipo de causas"[892].

Em sentido semelhante, o contraste investigado pela doutrina também é claramente ilustrado pelo parecer negativo de 11 de outubro de 2002, proferido pelo Conselho de Estado francês em relação à proposta de emenda constitucional que pretendia introduzir expressamente no texto magno daquele país a possibilidade de experimentação por coletividades territoriais[893].

Com efeito, o referido parecer sugeria, no que nos interessa, uma nova redação a um dos dispositivos da proposta, de modo a explicitar que o direito à experimentação, respeitados os parâmetros constitucionais, afastaria o próprio princípio da igualdade. Segundo Durand, a sugestão do juiz administrativo "apresenta[va] a utilidade de evitar uma censura constitucional por esse motivo, legalizando certas violações do princípio da igualdade", o que

---

891 Em caráter abstrato, o relatório elaborado pelo Federal Judicial Center reconhece como diferenciação que pode tensionar o princípio da igualdade hipótese assemelhada de experimentação: "An experiment to test an innovative rule of court creates experimental disparity if the rule is experimentally applied only to a particular class of cases with the expectation that it will be applied to all civil cases if it is shown to be effective. Similarly, experimental disparity occurs when a state establishes an experimental pretrial discovery program in a single community, with the expectation that the program will apply throughout the state should it prove successfull". (FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 31). Pontue-se, apenas, que o relatório busca analisar o que denomina de "program experiments", em que é considerado "program" "any practice, rule, procedure, law or policy carried out as part of the administration of justice" (p. 3). Nesse sentido, explicita-se que o experimento pode ser conduzido por órgãos judiciários (p. 68), o que, vale dizer, não foi o caso do exemplo português.

892 Trechos extraídos do próprio acórdão 69/2008.

893 Discutido, por exemplo, por CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. p. 694.

seria relevante no âmbito do processo de experimentação sobretudo devido aos dois primeiros pontos normativos de tensão[894].

Vale notar que, em ambos os casos, a compatibilidade – ao menos abstrata[895] – entre o princípio da igualdade e dos experimentos jurídicos parciais foi reconhecida. Tanto o recurso extraordinário foi desprovido pela Corte portuguesa, como a proposta de emenda constitucional foi aprovada sem a revisão redacional sugerida pelo Conselho de Estado francês. Apesar disso, os exemplos traduzem, em termos concretos, o porquê a doutrina, ao buscar justificar a admissibilidade dos experimentos jurídicos, sentiu a necessidade de abordar a sua compatibilidade com o princípio da igualdade.

Observe-se, em complemento, que os três pontos de tensão expõem um contraste que pode abranger diferentes elementos normativos do princípio da igualdade. Em primeiro lugar, questiona-se se a experimentação serviria como finalidade idônea para diferenciação entre sujeitos inseridos em um mesmo (ou semelhante) contexto regulado. Ademais, escrutina-se se o critério de discrímen adotado é compatível com o ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, congruente com os objetivos visados pelo processo de experimentação. Por fim, indaga-se se critério e finalidade de diferenciação compensam ou se adéquam ao grau ou intensidade de afetação das situações jurídicas daqueles submetidos a cada grupo envolvido no experimento.

O exemplo português confirma essa interação de múltiplos ângulos do princípio com os pontos de tensão relacionados ao experimento jurídico. Veja-se que neste caso, por exemplo, afirmava-se que o critério de discrímen adotado – competência territorial do juízo – não seria congruente com a previsão de procedimentos diferenciados, na medida em que as "formas do processo" deveriam ser aquelas "mais adequad[a]s para alcançar a justa composição jurisdicional de conflitos de interesses de igual natureza", não sendo possível

894 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. p. 694.

895 Nenhum dos dois casos oferece respaldo à ideia de que o princípio não colide com experimentos parciais. O que se decidiu na Corte portuguesa é que *aquele* experimento não colidia com o princípio da igualdade. Da mesma forma, a não acolhida parlamentar da sugestão redacional do Conselho de Estado francês pode ser lida a partir da premissa de que o conflito principiológico deve ser solucionado por um método ponderativo – que trará resultados variáveis de prevalência à luz das circunstâncias de cada caso concreto – em detrimento de um método de exclusão apriorística. Ideia semelhante – no sentido de ponderação diante de cada caso concreto – pode ser conferida em RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 198.

adotar, ao mesmo tempo, normas "fundad[a]s em concepções diversas" apenas por razão de divisão territorial de competências[896].

Justamente pela ligação entre forma e tutela adequada, o critério de discrímen adotado seria, além de incongruente, incompatível com o ordenamento, que não franquearia ao legislador a possibilidade de diferenciação dissociada da perquirição da forma mais adequada.

Questionava-se, ainda, a racionalidade da escolha de um juízo em detrimento de outro, considerado o critério de seleção previsto em lei ("elevada movimentação processual") e também se a sua natureza experimental poderia oferecer respaldo racional suficiente para tanto.

Por outro lado, embora reconheça a prudência do legislador em adotar um regime experimental "antes de ser generalizado", Costa e Silva formula interessante crítica conceptiva do experimento. É que se a hipótese normativa investigada diz respeito à aptidão do regime experimental de produzir maior celeridade e efetividade ao procedimento, o melhor teria sido que "fossem os mesmos tribunais a conhecerem de tipos semelhantes de pretensões, uns através dos rito previstos no Código de Processo Civil, outros segundo o novo modelo"[897].

Somente assim, segundo a autora, seria possível testar a efetividade relativa do regime experimental, uma vez que seria possível avaliar se um "mesmo tribunal consegui[ria] conhecer, com integral tutela das garantias processuais (…), as pretensões tramitadas em RPE mais rapidamente do que as que seriam conhecidas através dos procedimentos previstos no Código de Processo Civil"[898].

Conquanto essa não seja uma crítica propriamente relacionada ao princípio da igualdade, ela poderia ser traduzida em seus termos. Assim, pressupondo que a experimentação ofereceria, em geral, justificação suficiente para diferenciações subjetivas de tratamento, apenas aquela oriunda da aplicação alternada de procedimentos em um mesmo tribunal seria apta a testar a hipótese normativa formulada. A aplicação de procedimentos descoincidentes para causas de mesma natureza em tribunais diversos, por não deter aptidão para testagem da hipótese formulada, não poderia obter justificação na mera natureza

896 Trechos extraídos do próprio acórdão 69/2008.
897 SILVA, Paula Costa e. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental. Revista de Processo, vol. 156, fev., 2008, p. 237-250.
898 SILVA, Paula Costa e. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental. Revista de Processo, vol. 156, fev., 2008, p. 237-250.

experimental do tratamento diferenciado, o que lhe sujeitaria a eventual incompatibilidade com o princípio da igualdade, na sua dimensão de vedação de arbitrariedades[899].

Identificada a perspectiva da problemática analisada pela doutrina, bem como as interações multifacetadas entre igualdade e experimentação, cumpre verificar de que maneira ela foi enfrentada e quais foram as conclusões obtidas. É o que se passa a fazer a seguir.

3.3.1.2 Superação da objeção de igualdade

A doutrina, consoante antecipamos, admite, de modo geral, a superabilidade da objeção de igualdade mediante a observância de determinadas condicionantes. Para chegar a essa conclusão, desenvolvem-se algumas premissas, das quais três serão destacadas nesta sede.

O primeiro aspecto que precisamos rememorar é que o princípio da igualdade não proscreve toda e qualquer diferenciação normativa, o que poderia, inclusive, acarretar a inoperabilidade apriorística do direito, tendo em vista que as normas jurídicas normalmente atuam por meio de diferenciações diretas ou indiretas[900]. Assim, quando a lei prevê, por exemplo, que apenas partidos políticos com representação no Congresso poderão ajuizar mandado de segurança coletivo[901] (art. 21, da Lei 12.016/09 e art. 5º, LXX, "a", da CRFB/88), diferencia-se diretamente partidos políticos com e sem representação no Congresso e

899 É bom destacar que a autora não chegou tão longe. A crítica de inaptidão para medir a efetividade relativa do RPE foi formulada em termos de mera sugestão de aperfeiçoamento. Além disso, a suposta violação ao princípio da igualdade foi abordada pela autora sequencialmente, sem qualquer relação, por ela identificada, entre as duas "objeções". Seja como for, a aproximação entre as críticas serve ao propósito de trazer a lume a relação entre a regularidade conceptiva do experimento e a possibilidade de justificar tratamentos diferenciados com base na mera natureza experimental da norma questionada. Vale dizer: falhas conceptivas do experimento podem induzir a falta de justificação racional do tratamento diferenciado formatado por experimentos parciais, ou, ao menos, o não aproveitamento da justificação providenciada pela natureza experimental da norma questionada. O ponto será retomado infra.

900 "O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais. Isto é, as normas legais nada mais fazem que discriminar situações, à moda que as pessoas compreendidas em umas ou em outras vêm a ser colhidas por regimes diferentes. Donde, a algumas são deferidos determinados direitos e obrigações que não assistem a outras, por abrigadas em diversa categoria, regulada por diferente plexo de obrigações e direitos" (MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. p. 12-13).

901 Para uma crítica acerca da regulamentação legal do mandado de segurança coletivo, cf.: ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso? In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vincenzo. (Org.). Processo coletivo - Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 749-775.

indiretamente partidos políticos com representação de outros sujeitos que não detém legitimidade para ajuizar mandado de segurança coletivo.

Nem é de se estranhar o anteriormente afirmado, uma vez que, entre nós, é difundida e razoavelmente aceita – a despeito de sua incompletude[902] – a antiga fórmula aristotélica que assenta que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Assim, mesmo sem agregar um princípio concretizador ou de "imediação"[903], a fórmula aristotélica deixa claro que a diferenciação não apenas é compatível com a igualdade, como pode ser o tratamento adequado a ser conferido a alguém sob o seu manto protetivo.

E note-se que se o raciocínio de diferenciação precisa ser escrutinado, segundo determinado princípio concretizador, para averiguação da (in)observância da igualdade, não é possível dizer que determinada propriedade, tipo de situação jurídica, de oneração, etc violará sempre a norma justificante em tela[904]. À guisa de exemplo, o ingresso cronológico de determinada demanda nos tribunais pode representar por si só, para alguns, um critério inidôneo para orientar a superação prospectiva de precedentes[905]. No entanto, o tratamento diferenciado para fins de pagamento retroativo de benefício requerido por segurado do RGPS

902 Destacando que "A concretização do princípio da igualdade depende do critério-medida objeto de diferenciação (...) porque o princípio da igualdade, ele próprio, nada diz quanto aos bens ou aos fins de que se serve a igualdade para diferenciar ou igualar as pessoas", cf.: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 171-172. Embora a fórmula aristotélica pareça incompleta, como também assevera Ranchordás, (RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 189), Sarmento rememora que a verdade é que se admitia um sentido ontologizante de diferenciação subjetiva: "É certo que, no pensamento grego, já se discutia a igualdade. A teoria aristotélica sobre justiça distributiva e compensatória é até hoje uma referência central nos debates sobre a matéria. O que então não existia era a crença de que todas as pessoas deveriam ser tratadas como iguais. Muito pelo contrário, acreditava-se na desigualdade natural entre os indivíduos como justificativa para discriminações legítimas. Nesse sentido, o próprio Aristóteles não hesitou em justificar a escravidão. Para ele, 'que alguns devam mandar e outros obedecer é algo não apenas necessário, mas também útil, pois desde a hora do seu nascimento, alguns são marcados para serem escravos e outros para serem senhores'. De acordo com o filósofo, há seres humanos em que a alma prevalece sobre o corpo, e a razão controla os instintos, enquanto que, em outros, se dá exatamente o oposto. Os últimos são 'escravos por natureza e é melhor para eles, como para todos os seres inferiores, que estejam sob as ordens de um Mestre'. O raciocínio também vale para a relação entre os sexos, em que 'o homem é por natureza superior e a mulher inferior, então é ele que governa e ela a governada'". SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 30.

903 Como denomina STURM, Susan. Equality and the Forms of Justice. University Of Miami Law Review, v. 58, p. 51-82, out. 2003.

904 "(…) qualquer elemento residente nas coisas, pessoas ou situações, pode ser escolhido pela lei como fator discriminatório, donde se segue que, de regra, não é no traço de diferenciação escolhido que se deve buscar algum desacato ao princípio isonômico" MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. p. 17.

905 Isso porque gera uma corrida aos tribunais e pode criar determinados usos processuais disfuncionais, como destaca PEIXOTO, Ravi. Superação de precedente e segurança jurídica. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 272-274.

dentro do prazo de 90 ou 180 dias (critério temporal), dependendo do caso, não ofende o princípio da igualdade (art. 49, I, "a" e 74, I, da Lei 8.213/91).

O princípio da igualdade, portanto, detém um caráter contextual-comparativo, o qual lhe vincula a um juízo que depende da aferição das circunstâncias que marcam cada situação concreta. Vale dizer: a violação da igualdade não é ínsita ao critério de discrímen[906], ao meio escolhido ou a finalidade promovida, sempre dependendo de um conjunto de circunstâncias que, inclusive, tende a se dinamizar no tempo[907].

A partir de uma comparação dinâmica contextualizada, o que o princípio em tela proscreve, na verdade, não consiste, portanto, no tratamento diferenciado *per si,* mas diferenciações discriminatórias ou arbitrárias, bem como igualações que inferiorizam, subprotegem ou privilegiam determinados sujeitos ou grupos, ou provocam impactos desproporcionais nos atingidos[908]. Por essa razão, o mero fato de o experimento parcial promover tratamentos diferenciados entre grupo controle e grupo teste não representa *ipso facto* violação ao princípio da igualdade, haja vista que não há coincidência entre discriminar e diferenciar[909]. É preciso, pois, indagar se a diferenciação atende aos predicados exigidos pelo princípio constitucional analisado.

---

906 A título de exemplo, um baixo índice de contratação de funcionários negros por uma determinada rede de lojas pode representar, sob o prisma do impacto desproporcional, uma violação da igualdade ainda que não se identifique um viés cognitivo de seleção específico. Nada obstante, não há como extrapolar, a partir desse exemplo (propositalmente) simplificado, a proposição de que o critério de discrímen "raça" é sempre violador da igualdade. É só pensar na previsão de cotas para candidatos negros em concursos públicos, em que o fator de diferenciação remanesce sendo a negritude, no entanto, devido à ausência de teor discriminatório, subordinante ou inferiorizante, e presença de justificação objetiva compatível com o nosso ordenamento, não há violação ao princípio analisado. O que se quer destacar, apenas, é que a (des)igualação indevida não é verificável apenas a partir de determinada propriedade, característica, situação jurídica, etc. É preciso que sejam analisadas as circunstâncias relevantes que marcam cada caso concreto. Em sentido semelhante, a "aplicação da igualdade depende de um critério diferenciador e de um fim a ser alcançado. Dessa constatação surge uma conclusão, tão importante quanto menosprezada: fins diversos levam à utilização de critérios distintos, pela singela razão de que alguns critérios são adequados à realização de determinados fins; outros, não. Mais do que isso: fins diversos conduzem a medidas diferentes de controle. Há fins e fins no Direito." ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 172.

907 Seguindo a imediação ontologizante de Aristóteles, um dado tratamento inferiorizante da mulher em relação ao homem seria admissível. Hoje em dia, como bem destaca Boaventura de Souza Santos, a desigualação inferiorizante vulnera o conteúdo normativo do princípio da igualdade. Isso não apenas é resultado de uma mudança positiva, como filosófica, axiológica e cultural. SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: _____ (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

908 Sobre a teoria do impacto desproporcional, cf.: HEEMANN, Thimotie Aragon. Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos. Revista Jurídica do Ministério Público-Eletrônica, n. 12, p. 63-87, 2018.

909 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 190.

A primeira premissa, conquanto simples e inespecífica, é capaz de afastar um primeiro nível de objeções contra os experimentos parciais que, ao confundir diferenciação com discriminação ou arbitrariedade, na verdade termina por negar vigência à dimensão material do princípio da igualdade.

Num segundo nível de objeções, poder-se-ia argumentar que a diferenciação com a finalidade de experimentar alternativas regulatórias não agregaria uma justificação racional para o tratamento diferenciado. Na medida em que o experimento exige uma espécie de assunção de que não se sabe qual é a melhor alternativa, haveria uma arbitrariedade ínsita ao mecanismo estudado. Em complemento, sua finalidade precipuamente cognoscente não poderia fundamentar o tratamento diferenciado de sujeitos de direito, uma vez que diferenciar para simplesmente conhecer não atenderia ao padrão de objetividade e protetividade exigido pelo princípio da igualdade.

Após a leitura do segundo capítulo, o argumento de irracionalidade, exposto no parágrafo anterior, deve causar perplexidade. Justamente porque não se sabe é que se adota uma postura cognoscente prudencial, o que não significa apenas limitar o tempo de experimentação, como realizar avaliações prévias para escolher a opção mais plausível diante do estado cognitivo deficitário inicial, monitorar e avaliar posteriormente os efeitos da norma experimental, além de revestir o experimento com mecanismos compensatórios de riscos e de assegurar sua integridade cognitiva a partir do controle maior ou menor do contexto de experimentação.

Reitere-se o que se disse anteriormente: decidir sem saber e sem admitir que não se sabe representa um iter procedimental que atenta contra o devido processo legal. Não existe, pois, racionalidade externa em um processo que assume riscos não explicitados e que reconstrói proposições com base em recursos cognitivos insuficientes.

Neste caminhar de ideias, não é possível concordar com o argumento de que a finalidade cognoscente do experimento não oferece objetividade e protetividade suficiente para atender ao conteúdo normativo do princípio da igualdade. Ora, o conhecimento é parte essencial do próprio juízo acerca da pertinência axiológico-normativa de determinada alternativa regulatória. Sem conhecer sequer é possível analisar adequadamente o que está sendo promovido ou restringido[910]. E, por isso mesmo, que sentido faria submeter uma

910 A vingar essa desvalorização das atividades cognoscentes, pode-se recair na metáfora de Swift sobre a sociedade de Laputa, em que os seus habitantes, a despeito da erudição, são incapazes de costurar roupas com

finalidade cognoscente a uma inferioridade apriorística, quando conhecer é essencial para realizar qualquer juízo normativo? De qual conhecimento se parte em um estado cognitivo deficitário? Regular *deve*, então, significar realizar uma "aposta no escuro"?

É claro que a finalidade cognoscente não implica a desnecessidade de se ponderar os riscos projetados pelo experimento, as normas que se pretende promover e as normas eventualmente restringidas ou afetadas negativamente, bem como a necessidade dos meios escolhidos para realização de cada um de seus eventos normativos. Ninguém duvida, por exemplo, que diante de uma pandemia internacional e da não recomendação de medida sanitária de imunização de rebanho, o risco de morte e difusão da patologia projetado com a sua adoção experimental não admitiria a realização de um tal experimento, ainda que parcial. No entanto, isso não ocorre pela prevalência abstrata do direito à vida e à saúde sobre a finalidade precipuamente cognoscente do experimento, senão pela pré-exclusão da alternativa regulatória, por força de mecanismos de avaliação prévia idôneos e da desproporcionalidade dos riscos projetados em um tal experimento.

Num sentido semelhante, rememore-se a opinião de Mader[911], dentre outros, que defende que o conteúdo normativo dos princípios envolvidos no contexto da experimentação sofrem, no mais das vezes, uma densificação normativa diacrônica, o que, novamente, respalda a proposição de que a dimensão cognitiva do direito não pode ser colocada em um plano secundário ou acessório[912]. As informações disponíveis acerca do contexto regulado, em outras palavras, não são estaticamente adquiridas e incorporadas ao processo de tomada de

---

medidas adequadas, simplesmente porque, focados em questões abstratas, ignoram importantes elementos da realidade que lhe cerca. De que adianta refinar determinada concepção de dignidade da pessoa humana, por exemplo, se a cognição dos efeitos reais de determinada alternativa regulatória são ignorados ou relegados a um segundo plano? Conhecer é, em suma, um plano essencial do direito e não deve ser reduzido a uma dimensão instrumentalista secundaria. A metáfora foi colhida de TOSTA, André Ribeiro. Inovação Institucional e o Direito Público: empirismo,experimentalismo e uma proposta de roteiro de análise. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018. p. 13-14. Aproveita-se, entretanto, apenas a metáfora, sem aderir ao aporte filosófico empiricista, desenvolvido pelo autor.

911 A questão é abordada *en passant* e sem maiores desenvolvimentos em MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001 . Também aborda lateralmente a questão CHINER, María Jesús Montoro. Técnica legislativa y evaluación de las normas. Anuario jurídico de la Rioja, n. 6-7, p. 155-171, 2001.

912 A percolação judiciária de Lammon supõe uma densificação normativa diacrônica – e difusa, no âmbito dos juízos inferiores – dos parâmetros normativos abertos fixados por tribunais superiores. Cf.: LAMMON, Bryan. Rules, Standards, and Experimentation in Appellate Jurisdiction. Ohio State Law Journal. v. 74, p. 423-461, 2013.

decisão e podem implicar uma revisão de como se compreende o conteúdo normativo de cada princípio ou regra nele envolvida[913].

Para além da densificação normativa diacrônica, vale rememorar que a medida de racionalidade de qualquer escolha regulatória está sujeita a observância de certos limites de custo e tempo[914]. Considerando a irracionalidade que advém da escolha regulatória irrefletida diante de estados cognitivos deficitários, caso não se considere a abordagem experimental um caminho racionalizante, a opção seria cair em um imobilismo cognitivista, cujos efeitos deletérios já foram apontados no capítulo anterior.

Uma outra resposta – parcialmente rejeitada no capítulo anterior, mas que também basta à superação da crítica – é a de Pascual que entende que a finalidade cognoscente do experimento é secundária, instrumental a uma finalidade substantiva específica, relacionada à própria alternativa regulatória testada. Para este autor, portanto, não se projeta um tratamento diferenciado para perquirição de conhecimento, senão para promoção dos valores introduzidos no experimento e de acordo com os riscos nele assumidos[915]. Assim, o segundo nível de objeção basear-se-ia em uma confusão acerca da finalidade substantiva do experimento com a funcionalidade cognitiva desse mecanismo para sua consecução.

Por outro lado, relacionar a natureza experimental do tratamento diferenciado à violação necessária do princípio da igualdade parece incorrer nos mesmos vícios já comentados na primeira premissa. Com efeito, a objeção desconsidera, sem maiores desenvolvimentos, o caráter contextual-comparativo do princípio da igualdade, interligando a sua violação a uma espécie de método cognitivo. Além disso, na medida em que confunde diferenciação com discriminação ou arbitrariedade, ou entende a sua configuração como necessária ou presumida a partir da diferenciação, torna-se possível relacionar a objeção a uma negativa de vigência ou a excepcionalidade da dimensão material do princípio da igualdade.

---

913 E, neste sentido, a própria medida de tratamento diferenciado adequado pode se modificar com a redução do estado cognitivo deficitário.

914 "As a French sociologist of law stated more than twenty years ago, the rationalisation of legislative choices becomes unreasonable when it exceeds certain limits of cost and time; beyond a certain threshold, the arbitrariness of the legislator becomes reasonable." MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001. p. 130.

915 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

Assevere-se que, em sentido diametralmente oposto à violação necessária, há autores que entendem que a natureza experimental oferece uma justificação racional suficiente ao tratamento diferenciado. A título de exemplo, esse foi o entendimento do Tribunal Constitucional português[916] no exemplo comentado supra, bem como é a opinião de Ranchordás[917].

De acordo com essa intelecção, segundo o Tribunal Constitucional português, a natureza experimental do regime processual representava um "fundamento inteligível", razão pela qual a "desigualdade de tratamento [seria] razoavelmente fundada na natureza experimental do regime"[918]. Já Ranchordás destaca que, desde que a limitação resulte da natureza do caso, não há violação ao princípio da igualdade. Assim, no caso do experimento

916 Vale conferir a fundamentação do julgado: "Ora a *ratio* das disposições em juízo encontra-se, como já se viu, na natureza «experimental» deste regime processual *novo,* assente nos princípios da «simplicidade», da «flexibilidade» e da confiança «na capacidade e no interesse dos intervenientes forenses em resolver com rapidez, eficiência e justiça os litígios em tribunal». Justamente porque o legislador quis «testar» e «aperfeiçoar» um regime assim desenhado *antes de alargar o seu âmbito de aplicação*, é que – e recorde-se a exposição de motivos do decreto-lei – se optou, num primeiro momento, por circunscrever a aplicação deste regime a «um conjunto de tribunais a determinar pela elevada movimentação processual que apresentem». Compreende-se que, à luz desta *razão,* se não pudessem escolher *todos* os tribunais que apresentassem elevada movimentação processual, mas apenas alguns deles (a questão colocada pela decisão recorrida quanto à eleição, nas áreas metropolitanas de Lisboa e do Porto, de 'apenas' aqueles juízos e não de outros tem assim alguma resposta *razoável*). Como se compreende, ainda à luz da mesma *razão*, que, no número contado de tribunais escolhidos para «testar» o regime, se decidisse que, neles – num universo já *por si limitado* –, se aplicasse o novo modelo processual a todas as acções declarativas cíveis. Como se compreende finalmente que, *a aceitar-se a razoabilidade do «teste» e do «ensaio»,* ele não poderia ser feito com outro critério que não o da «mera localização territorial das causas». É certo que desta *ratio* resultam diferenças de tratamento entre as pessoas. Como afirma o tribunal *a quo*, *por causa dela* «uma acção destinada a efectivar a responsabilidade civil emergente de acidente de viação» pode assumir «um ou outro regime processual consoante o acidente tenha ocorrido num ou noutro lado (…)». Mas certo é também que tais diferenças não são nem absurdas nem arbitrárias: encontrou-se para elas uma *razão de ser,* um *fundamento inteligível,* e esse não foi outro que a natureza «experimental» do novo regime de processo civil. Justamente por concordar que assim é – que a *desigualdade de tratamento é razoavelmente fundada na natureza experimental do regime* – é que a decisão de que se interpôs recurso acaba por contestar a «experimentação» em si mesmo considerada: «aqui chegados, é tempo de chamar à discussão o autoproclamado carácter 'experimental' do regime processual em causa por forma a saber se o mesmo poderá ou não constituir razão objectiva (…) para justificar a discriminação (..)» (fls. 30-1 dos autos). A questão, diga-se desde já, tem toda a pertinência. Como tem dito o Tribunal, não é uma qualquer «razão» que pode justificar as diferenças de tratamento entre as pessoas. Idóneos para libertar o legislador de um juízo de censura – quando está em causa a proibição do arbítrio – serão apenas aquelas «razões» ou «fundamentos materiais bastantes» que *correspondam a critérios de valor constitucionalmente relevantes.* Resta por isso saber se se inclui na categoria o fenómeno da «experimentação legislativa», em si mesmo tomado".

917 RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013.

918 Trecho extraído do acórdão nº 69/2008.

jurídico, "em que uma diferenciação entre grupos controle e teste é essencial para obtenção de resultados válidos", não haveria arbitrariedade no tratamento diferenciado projetado[919].

Semelhante ao nível de objeção anterior, poder-se-ia aludir a uma espécie de resíduo de irracionalidade ou arbitrariedade no tratamento diferenciado projetado por experimentos parciais. No recurso extraordinário decidido pelo acórdão nº 69/2008 da Corte constitucional portuguesa, essa objeção foi aventada e poderia ser descrita nos seguintes termos: ainda que se admitisse a compatibilidade do critério de competência territorial para fins de tratamento procedimental diferenciado, se os juízos X, Y, Z e W atendiam aos demais requisitos elencados em lei – basicamente movimentação processual – o que justificaria a sua aplicação apenas aos juízos X e Y?

Sobre essa objeção, cumpre fazer duas observações. Em primeiro lugar, discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, subjetividade ou desigualação discriminatória[920]. Essa limitação de segundo grau[921], existente no experimento português, pode ser justificável por vários fatores: controle de riscos envolvidos, contenção de custos de monitorabilidade do experimento, garantia de sua praticabilidade, escolha de juízos com desempenho médio ou que exibem resultados medianos acerca dos problemas combatidos pelo experimento, dentre muitas outras razões.

No caso concreto, a Portaria nº 955/06 do Ministério da Justiça trazia, em sua motivação, a alusão a diversos aspectos que orientaram a escolha dos juízos, "de forma a alcançar as condições óptimas para testar e aperfeiçoar os dispositivos de aceleração, simplificação e flexibilização processual consagrados". Destacam-se "indicadores (...) de movimentação processual dos tribunais, conjugados com a respectiva dimensão e eventual sobrecarga", consideração das atividades econômicas dos litigantes, sobretudo dos autores, relacionadas ao objeto processual predominante em cada tribunal, bem como a amplitude de

919 RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013. p. 194.

920 Para Vitorelli, o ato discricionário deve conter algum grau de fundamentação concreta, de modo que o órgão ou ente público não pode se valer apenas de valores abstratos. Cf.: VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 102-106.

921 A limitação é de segundo grau porque a restrição espacial ou objetiva do experimento para alguns juízos de acordo com movimentação processual e nos marcos de cada competência territorial não é essencial à hipótese normativa. A essa limitação, o órgão administrativo competente após uma segunda ordem de limitação – esta baseada em sua conveniência.

competência dos tribunais "aferidas em função de sua competência cível específica e da existência de tribunais de competência especializada na circunscrição em causa"[922].

Em segundo lugar, não se pode esquecer que a projeção do experimento, via de regra, não é marcada por escolhas unívocas. Neste sentido, todos os parâmetros estudados no capítulo anterior e no tópico antecedente não têm como objetivo reconstruir um experimento jurídico num formato pré-determinado, ou encontrar um "desenho certo", senão projetar um método cognitivo adequado e minimamente parametrizado pelo ordenamento jurídico.

Assim, embora cada aspecto do experimento possa ser contestado e discutido, e conquanto seja possível reconstruir relações de preferência normativa entre cada alternativa projetual disponível, seria difícil sustentar a existência de uma situação jurídica ativa que obrigasse que um dado experimento jurídico assumisse um desenho específico. Vale dizer: ainda que seja possível reconhecer um direito à projeção de experimentos jurídicos, quando escorado em juízos positivos de adequação e necessidade, e o formato concreto do processo de experimentação possa ser discutido e controlado, a conjugação de parâmetros normativos existentes não excluirá, no mais das vezes, uma margem de escolha do condutor do experimento, a qual, vale dizer, tende a se reduzir em cada iteração experimental[923].

Não é de se estranhar o que foi afirmado: em um contexto de enfrentamento prudencial do desconhecido, dificilmente há uma única conformação possível a todos os aspectos de cada evento normativo que compõe um experimento jurídico. Desde que respeitados os parâmetros mínimos que estruturam e funcionalizam o processo de experimentação, impende-se garantir aos seus condutores margens razoáveis de conformação projetual, sem descurar do contraditório, cuja observância dependerá da identificação de cada condutor[924].

Ressalte-se, de outra banda, que não se exclui a possibilidade de que haja resíduos de irracionalidade ou subjetivismos em limitações do âmbito de aplicação da norma experimental. Nestes casos, sem sombra de dúvidas, os três pontos de tensão do processo de

---

922 Trechos extraídos da própria portaria. Disponível em: https://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=883&tabela=leis&ficha=1&pagina=1

923 A margem tende a reduzir por força da vinculação condicionante entre eventos normativos e a necessidade de preservação de um nexo de desdobramento cognitivo entre cada iteração experimental.

924 O contraditório no processo legislativo certamente tem um formato diferente do contraditório judicial. Da mesma forma, no âmbito da experimentação privada, melhor seria falar em consentimento ou manifestação de vontade das partes contratantes. O ponto já foi discutido no capítulo 2 e diz respeito à infusão de condicionamentos normativos a partir da identificação do condutor do experimento.

experimentação deverão ser redimensionados para se adequar ao conteúdo protetivo do princípio da igualdade. O que se quer destacar é que a mera existência de alternativas não transfigura a diferenciação em irracional e que, mais do que isso, desde que respeitados os parâmetros normativos mínimos que conformam o método cognitivo experimental, não se identifica, em abstrato, um "direito" a um formato concreto específico.

A última proposição contra a objeção de igualdade que iremos abordar pode ser extraída da funcionalidade da perspectiva de que nos experimentos parciais, o tratamento diferenciado é temporalmente estratificado com objetivos específicos (aprimoramento cognitivo, contenção de riscos, etc), o que significa dizer que não apenas o tratamento diferenciado é temporário[925], como que se espera uma harmonização progressiva superveniente no caso de os resultados do experimento serem avaliados positivamente pelo seu condutor[926].

Segundo Durand, na França, o Conselho do Estado entendia, antes mesmo da alteração constitucional que previu expressamente uma prerrogativa estatal de experimentação, que a violação da igualdade nos experimentos parciais seria evitada pelo seu caráter explícito, sua duração limitada, extensão gradual a todo o território e justificação em "interesses gerais"[927]. Neste caso, a igualdade não seria vulnerada, porquanto a diferenciação estaria limitada temporalmente e justificada – apenas durante a temporalidade demarcada – por interesses gerais, explicitados pelo condutor do experimento. E caso bem sucedido, a extensão ou harmonização gradual asseguraria a retomada de um tratamento conforme ao princípio da igualdade, sem os riscos associados à testagem inicialmente irrestrita.

No que se refere ao tema do presente subtópico, isso significa que a dinâmica do experimento parcial não seria ofensiva ao princípio da igualdade, porquanto a diferenciação subjetiva provocada é temporária e poderá ser estendida gradualmente caso bem-sucedido o experimento.

---

925 A ideia é frequentemente defendida. VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011, CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003, RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 195-197.

926 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

927 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

A partir dessas três proposições, conclui-se, em consonância com a doutrina, que o princípio da igualdade não oferece um obstáculo intransponível ao experimento jurídico. Nada obstante, conforme antecipado, a superação da objeção de igualdade não vem desacompanhada de condicionantes por implicatividade negativa. E por isso, cumpre analisar, a seguir, quais são as condicionantes propostas pela doutrina.

3.3.1.3 Condicionantes propostas pela doutrina

Em termos gerais, a doutrina defende a aplicação das condicionantes normalmente associadas ao princípio da igualdade à diferenciação projetada pelo processo de experimentação.

Exige-se, neste sentido, que a diferenciação esteja escorada em uma justificação racional e objetiva[928] e que o critério de discrímen seja compatível com o ordenamento e congruente com os objetivos visados pelo processo de experimentação[929]. Além disso, exige-se que o meio empregado e a própria finalidade promovida[930] possuam respaldo no ordenamento jurídico[931] e que a sua relação com a eventual restrição de direitos ou

928 A título exemplificativo, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011, CHEVALLIER, Jacques. Les lois experimentales. In: BOURCIER, Danièle; THOMASSET, Claude. L'écriture du droit: legislation et technologie de l'information. Paris: Éditions Diderot, 1996. p. 167-203, CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003, PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

929 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

930 No que se refere à compatibilidade da finalidade ou objetivos visados com a experimentação, vale conferir a opinião de VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. p. 549: “In order to establish a case of discrimination by the Community legislature, one needs to prove that it treated comparable situations differently, thereby subjecting some persons to disadvantages as opposed to others. In case the experiment is instigated by the legislature in order to ensure that the policy objectives behind the law are served in the most effective and efficient way, this will hardly ever be the case unless the objective of the legislature itself violates the right to non-discrimination”.

931 PASCUAL, Gabriel Doménech. Descentralización administrativa y experimentalismo democrático. Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n. 52/53, p. 43-67, 2005. Não é difícil pensar em meios e finalidades incompatíveis com o nosso ordenamento. Imagine-se um experimento projetado por um Estado da Federação que, visando a diminuir a incidência de crimes violentos cometidos por policiais no exercício da função, decida avaliar a efetividade da eliminação de candidatos em fase de exame social que possuam inquéritos ou processos em andamento por crime violentos. Embora questionável, o STF decidiu, no bojo do RE 560.900, que excluir certamista pela mera existência de inquérito ou processo criminal ofende o princípio da presunção da inocência, mesmo em se tratando de cargo relacionado à segurança jurídica, que se sujeita a um escrutínio mais intenso de idoneidade moral. Neste caso, o meio empregado pelo experimento é incompatível com o ordenamento e, portanto, não pode ser empregado ainda que em caráter experimental. Observe-se que a violação da igualdade, quando há incompatibilidade de meio ou da finalidade, decorre de outra

beneficiamento subjetivo observe o postulado da proporcionalidade[932]. Por fim, costuma-se defender que a diferenciação provocada pelo experimento parcial pode ser justificada quando o objetivo por ele visado consubstanciar um "interesse geral"[933], a promoção de uma liberdade, direito ou garantia fundamental[934] [935].

No que se refere à justificação, entende-se que qualquer diferenciação, provocada por um experimento jurídico, deve ser, antes de mais nada, racional e objetivamente arrazoada, o que guarda relação com a vedação de arbitrariedade e discriminação decorrentes do princípio da igualdade[936]. Racional, neste esquema, é a justificativa de diferenciação inteligível, a qual, além de logicamente[937] coerente e compatível com o ordenamento jurídico – da onde extrai o

norma do ordenamento jurídico, ou seja, é reflexa ou indireta. Tal violação poderia ser compreendida nos seguintes termos: o certamista com inquéritos pendentes em seu desfavor não pode ser tratado diferentemente do certamista sem inquérito pendente. A violação é reflexa porque a arbitrariedade resultante da diferenciação surge da incompatibilidade com outra norma (presunção de inocência), o que lhe torna indevida.

932 Por todos, PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004 e RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 198.

933 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

934 Como é o caso da legislação constitucional francesa. Cf.: PASCUAL, Gabriel Doménech. Descentralización administrativa y experimentalismo democrático. Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n. 52/53, p. 43-67, 2005.

935 Vale comparar essas condicionantes com aquelas propostas pela doutrina fora do âmbito dos experimentos jurídicos: MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. p. 21 e ss.

936 Conferir o acórdão 69/2008 já referido anteriormente. Sobre a proibição de arbitrariedade, veja-se, a título de exemplo, o seguinte excerto de RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 201: "The German Constitutional Court has established that one of the most important boundaries of differentiation is the prohibition of arbitrariness. Any differentiation must be objectively justified and should only be allowed, if it results from a casuistic (and not abstract) analysis that this differentiation is proportional. Legislators should objectively justify any experimental differentiation on the learning objectives of the experimental regulation and on its nature. Still, a relevant and intricate question resides on this 'proportionality' measure, which may imply examining the concrete unequal treatment at stake and the potential detriment for either the citizens submitted to the experimental regulation or deprived from it".

937 Melo trata da inviabilidade lógica de reprodução de situação única como violadora da igualdade, "pois a lei não pode[ria] erigir em critério diferencial um traço tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser colhido em regime peculiar". Conquanto reconheça que a inviabilidade lógica relaciona-se à "própria abrangência racional do enunciado", o autor, presumidamente, compreende violada a igualdade por ausência de justificação objetiva, aqui recebida como sustentação em fatos relevantes e vedação a subjetivismos. Ressalte-se que a inviabilidade lógica, tal qual descrita pelo autor, parece guardar pouca conexão com a divisão proposta nesta sede. É que, para o autor, a inviabilidade é lógica porque *sabidamente* o regime diferenciado *nunca* poderia garantir reprodutibilidade (não singularidade). Assim, a racionalidade, evocada pelo autor, não traduz *incoerência lógica* do regime diferenciado, mas apenas a descrição do tipo genérico de raciocínio (racional) que recairia sobre a interpretação de determinado enunciado. Dito de outro modo, qualquer sujeito racional, diante dos fatos conhecidos e dos limites semânticos do enunciado normativo, concluiria que aquela norma é destituída de reprodutibilidade, sendo benéfica ou maléfica a um (ou grupo de) destinatário(s) específico(s). Seja como for, cumpre destacar que tanto à luz do esquema descritivo proposto pelo autor, como daquele proposto no presente trabalho, identificar-se-ia a violação do princípio da igualdade, razão pela qual a

seu fundamento de inteligibilidade[938] – atesta a congruência entre meio, critério de discrímen e finalidades do experimento. Justificação racional, portanto, é aquela que reveste de inteligibilidade interna (coerência lógica e congruência) e externa (compatibilidade sistêmica) determinada diferenciação de tratamento[939]. Objetiva, por outro lado, é a justificativa que é "produzid[a] e justificad[a] à luz dos fatos que motivaram" a diferença de tratamento, rejeitando-se, em geral, critérios predominantemente subjetivistas[940].

Rememore-se que a divisão do que é justificação racional e objetiva é meramente estipulativa[941], sendo satisfatório compreender como justificação necessária para atender ao esquema argumentativo reclamado pela igualdade aquela que conjuga inteligibilidade interna e externa e que é produzida a partir de fatos relevantes que lhe dão sustentação em determinado contexto[942]. Além disso, vale lembrar que a justificação objetiva e racional precisa abranger todos os elementos estruturais do princípio da igualdade e deve ser explicitado – ou explicitável – pelo condutor do experimento[943].

---

questão é meramente estipulativa. Cf.: MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros. p. 23; 25.

938 Vale dizer que uma proposição pode ser inteligível sem ser necessariamente compatível com o ordenamento jurídico. No entanto, a inteligibilidade que nos interessa é aquela que é erigida de acordo com o ordenamento jurídico. Trata-se, pois, de uma inteligibilidade jurídica ou normativa.

939 Outra perspectiva acerca do que configura justificação racional pode ser conferida em CHEVALLIER, Jacques. La rationalisation de la production juridique. In: MORAND, Charles-Albert. L'Etat propulsif: contribution à l'étude des instruments d'action de l'etat. Paris: Publisud, 1991. p. 31: "a abordagem metódica, baseada na utilização de novas ferramentas técnicas; uma abordagem incremental, sustentada por uma exigência de eficiência social; finalmente, uma abordagem avaliativa, caracterizada pela introdução de dispositivos permanentes de correção e ajuste" (tradução nossa).

940 Não é fácil definir objetividade para além de uma rejeição a subjetivismos. O trecho citado é de CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-5.15.

941 A estipulação é necessária porque a doutrina se limita a mencionar que a superação da objeção de igualdade é obtida quando se assegura justificação racional e objetiva, sem, contudo, explicitar o que se entende como justificação racional e justificação objetiva.

942 Neste sentido, como rememora CHEVALLIER, Jacques. Les lois experimentales. In: BOURCIER, Danièle; THOMASSET, Claude. L'écriture du droit: legislation et technologie de l'information. Paris: Éditions Diderot, p. 167-203. 1996. p. 5 (versão eletrônica), para que se preserve a igualdade deve-se recorrer à "critères objectifs conformes à l'objet de la loi". Pascual ainda lembra que "Como el Tribunal Constitucional [espanhol] ha declarado en multitud de ocasiones, el artículo 14.1 CE no proscribe cualquier diferencia de trato, sino sólo aquellas carentes de una «justificación objetiva y razonable»" PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 163. Ranchordás também destaca que "Since German legislators are bound by the prohibition of arbitrariness in the context of the principle of equal treatment, any differentiation here must be objective and equitable. The intricacy of finding out if there is a violation of the principle of equal treatment lies in tracing, considering the particular circumstances of the case, the thin line between permissible differentiation and impermissible differentiation. The grounds for differentiation shall be accepted if they are clearly objective." RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 190.

A título de exemplo, Dijck e Gestel aludem a caso em que estava em discussão se a diferença de expectativas de vida entre pessoas de diferentes sexos poderia ser levada em consideração como fator de risco no âmbito de relações securitárias privadas. A questão consistia em analisar se estatísticas relacionadas à expectativa de vida de homens e mulheres poderiam ser tidas como base objetiva, ou seja, fato relevante para identificação de fatores de risco, ou se, neste contexto, prevaleceria o atributo sexual como um subjetivismo que deveria ser repelido[944].

Note-se como a questão é difícil, na medida em que depende, dentre outras coisas, da reconstrução de qual deve ser o parâmetro concretizador da igualdade no caso exemplificado. Veja-se que se houvesse a prevalência de um parâmetro de impacto desproporcional[945] ou de anti-subordinação[946] a própria identificação do que configuraria base objetiva poderia se alterar. Por exemplo, se se entender que a igualdade é vulnerada por diferenciações estigmatizantes ou subordinantes, talvez não seja possível reconhecer no incremento do prêmio de seguros para homem – devido à expectativa de vida mais baixa – um fato inferiorizante, razão pela qual poderia ser considerada base objetiva de diferenciação.

Outro exemplo, esse típico de processos estruturais, que se pode ventilar é o de padrões ou práticas empresariais, a princípio, "neutras" (ou seja, sem uma preferência subjetiva explícita ou clara) que resultam em um número de promoções para funções de direção 80% menor para mulheres. O impacto desproporcional da prática empresarial poderia afastar a sua qualificação como base objetiva para diferenciação promocional, ainda que houvesse outros fatores que justificassem concretamente a diferenciação. Por outro lado, um parâmetro de tratamento subjetivo direto – que, por exemplo, entenderia discriminatória a prática de não promover mulheres por se tratar de "sexo frágil" – admitiria uma prática

943 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

944 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

945 SARMENTO, Daniel. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional e Ação Afirmativa. In: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 139-166; CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 34, p. 201-239, 2018; HEEMANN, Thimotie Aragon. Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos. Revista Jurídica do Ministério Público-Eletrônica, n. 12, p. 63-87, 2018.

946 STURM, Susan. Equality and the Forms of Justice. University Of Miami Law Review, v. 58, p. 51-82, out. 2003.

empresarial "neutra" como base objetiva para diferenciação no momento da promoção para funções de diretoria[947].

No entanto, vale lembrar que a diferenciação que estamos discutindo é aquela para fins cognoscentes, quer dizer, a prática diferenciadora relevante não é a referente a eventual desigualdade de tratamento que se pretende reconhecer ou eliminar através do experimento, mas aquela provocada pelo processo de experimentação em si tal qual projetado[948]. Assim, uma discussão que se coloca, desde logo, é se a natureza experimental em si pode providenciar um fundamento inteligível e objetivo suficiente para tratamentos diferenciados[949].

Conforme antecipado no subtópico anterior, para Ranchordás, a natureza experimental introjeta racionalidade – segundo a definição estipulativa supra – ao tratamento diferenciado, uma vez que se trataria de "medida essencial para garantir a validez do experimento", desde que, é claro, sejam observadas as características gerais do instituto e o caso concreto respalde a limitação projetada. A autora, no entanto, assevera que, a despeito de sua racionalidade ínsita, a norma experimental somente pode criar diferenciações sob bases objetivas. Em outras palavras, a natureza experimental informa a racionalidade da diferenciação, mas não a objetividade[950].

Um problema que precisa ser enfrentado em matéria de objetividade diz respeito a como selecionar um subgrupo de participantes dentre aqueles que atendem aos requisitos objetivos estabelecidos para a experimentação. No caso português, dentre aqueles tribunais

947 O problema de pluralidade de princípios concretizadores da igualdade é enfrentado por STURM, Susan. Equality and the Forms of Justice. University Of Miami Law Review, v. 58, p. 51-82, out. 2003.

948 No entanto, a referência à desigualdade de tratamento eventualmente subjacente ao processo de experimentação é interessante para demonstrar como é difícil aferir a objetividade e racionalidade da justificação do tratamento diferenciado.

949 O problema é bem descrito por Ranchordás: "Temporary differentiations are tools to achieve full equality in the long-run. This is however not the challenge posed to equal treatment by sunset clauses and particularly experimental legislation. The primary goals of this legislative instrument do not necessarily include achieving a common level playing-field, but rather observe the effects of the implementation of different to two groups of citizens. Experimental legislation goes against the perception of equal treatment as equality before the law. It does so in principle for a good reason; but the difficulty relies in examining whether the experimental differentiation is always 'good enough' to be qualified as a lawful differentiation." RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 191.

950 "This is exactly the case of experimental legislation: a differentiation between the 'legislative treatment' given to the sample and control groups is essential to guarantee the validity of the experiment. However, this does not mean that any differentiation grounded on an experimental law or regulation should be allowed: only an 'objective' differentiation shall be lawful." RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 194.

que atendiam aos parâmetros legal e administrativo, como garantir objetividade suficiente para não violar a igualdade? Esse problema remete ao nível de objeção de resquício de arbitrariedade, descrito no subtópico anterior.

Sem prejuízo dos apontamentos já discutidos anteriormente, é interessante notar que a doutrina, em geral, costuma defender que a adesão voluntária de participantes ao regime experimental seria suficiente para oferecer uma base objetiva de seleção neste caso[951]. A ideia é simples: o participante do experimento não poderia reclamar eventual tratamento prejudicial porque a ele aderiu, enquanto o sujeito integrante do grupo controle não poderia impugnar o não aproveitamento de tratamento diferencial benéfico porque a ele não aderiu. Assim, desde que não prejudique a integridade cognitiva do experimento[952] e que a escolha respeite os critérios delimitadores compatíveis com a sua finalidade cognoscente, a problemática analisada poderia ser superada pelo consentimento do participante.

Entretanto, vale lembrar que nem sempre a adesão voluntária de participantes será adequada ou suficiente em todos os casos concretos. A adesão voluntária será inadequada – em um contexto de pluralidade de candidatos aptos segundo os demais critérios seletivos – quando, por exemplo, a percepção acerca dos benefícios diretos ou imediatos aos participantes do experimento não for positiva[953]. É só pensar em um experimento que onere a utilização da propriedade com objetivos de proteção ambiental, associado, em determinado caso, a uma compensação pecuniária tida pelos proprietários-alvo como insuficiente para igualar os ganhos projetados com a exploração anteriormente vislumbrável de sua

951 Por todos, "First of all, it is important to determine whether participating in the experiment happens on a voluntary basis or not. In the first case, it is not probable that unequal treatment results in discrimination, since the participants themselves determine if cooperating in the experiment is in their best interest. If participation is mandatory, the question arises whether it is lawful to purposely deny benefits to some." VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. p. 549.

952 Pascual dá exemplos de como o consentimento do participante, por vezes, pode prejudicar o aprimoramento cognitivo visado pelo experimento PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. Em sentido semelhante, FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 46-47.

953 O ponto também é destacado por FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 39.

propriedade. Neste caso, contudo, não se está diante de um critério subjetivista ou caprichoso, apenas irracional: falta-lhe inteligibilidade interna[954].

Da mesma forma, a adesão voluntária pode se afigurar insuficiente, quando conduza, por exemplo, a uma pluralidade exorbitante de participantes. Neste caso, será necessário projetar um critério objetivo suplementar que reduza o universo de participantes, para fins de garantir a integridade cognitiva do experimento.

Pascual sugere três soluções ao problema: adoção da *regra prior in tempore potior in iure*, a realização de um sorteio ou de um procedimento licitatório. Dentre elas, defende que a opção menos criticável seria a realização de um "*procedimiento licitatorio y transparente, y de conformidad con criterios más o menos objetivos establecidos previamente, pues ello contribu-ye a justificar la diferencia de trato generada*"[955].

Ressalte-se, de outra banda, que fora do contexto de pluralidade de candidatos aptos segundo os demais critérios seletivos, a adesão voluntária também pode se afigurar inadequada quando, por exemplo, existirem sujeitos com características especialmente idôneas[956]. Neste caso, a aparente subjetividade do critério é convertida em objetividade pelo seu caráter diferencial de idoneidade em relação ao *telos* cognoscente do experimento jurídico.

Por outro lado, quando a adesão voluntária não for satisfatória, no contexto de pluralidade de candidatos aptos segundo os demais critérios seletivos ou fora dele, outra alternativa, sugerida por Dijck e Gestel, é simplesmente equalizar ou aproximar os prejuízos previsíveis entre as normas aplicadas ao grupo controle e de teste[957]. Neste caso, a diferença

954 É o caso também de experimentos em que o potencial participante pretende aderir para fins de explorar uma vantagem tributária temporária, por exemplo, sem nenhum compromisso com os objetivos do experimento. PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

955 Apesar disso, deixa claro que a solução licitatória não é isenta de críticas: "A los mecanismos licitatorios se les pueden poner igualmente reparos. Uno es que la licitación no es viable cuando los interesados, que pueden contar-se por millones, pugnan por no ser incluidos en el reducido grupo experimental. Otro es la dificultad de elegir los criterios que deben ponderarse para determinar la «mejor oferta». A lo cual se añade el referido problema de que no siempre todos los posibles afectados por el ensayo cumplen el perfil requerido para participar en él." PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004. p. 171-172.

956 PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

957 "Moreover, a general rule for experimental legislation is that the subjects in the treatment group should not become disadvantaged compared to their present situation, especially if no compensation can be offered. Hence, inequality is less of a concern in experiments where the impact of the treatment is relatively low or where the differences between the treatment and comparison groups are relatively small" (VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553,

de tratamento, por não estar associada a um prejuízo antecipável ou considerável, torna-se superável[958]. Em termos de condicionamento, isso significa que a norma experimental poderia sofrer uma alteração conceptiva ou vir acompanhada de mecanismos compensatórios mais protetivos com o objetivo de superar a objeção de igualdade.

No caso português, uma variação do argumento equalizante parece ter sido empregado pela Corte constitucional para superar a objeção de igualdade. Em vez de aduzir a equalização de prejuízos antecipáveis, a Corte assentou que o devido processo legal não asseguraria um direito subjetivo "a uma certa e determinada conformação do processo civil, que se imponha ao legislador ordinário como um *standard* fixo de tramitação processual que deva ser adoptada *ne varietur"*[959]. Dessa forma, desde que equalizado o respeito às garantias processuais constitucionais mínimas, não haveria violação ao princípio da igualdade[960].

Perceba-se que o argumento da corte portuguesa difere daquele formulado por Dijck e Gestel, notadamente porquanto aquele se baseia na equalização de um padrão protetivo mínimo, enquanto este preconiza a equalização dos prejuízos esperados para cada grupo envolvido na experimentação.

Assevere-se, todavia, que tanto a equalização de um padrão protetivo mínimo, como a equalização de prejuízos esperados não oferecem à diferenciação de tratamento uma justificação racional ou objetiva. Na verdade, o argumento de equalização elimina a violação da igualdade ou, ao menos, reduz o seu peso ponderativo num eventual conflito principiológico.

Em sentido semelhante, alguns autores, como Durand e Chevallier, defendem que o problema da igualdade é superado quando o experimento parcial tenha como finalidade a promoção de um interesse público ou geral. Argumenta-se que a diferenciação poderia ser justificada pela prevalência do interesse público sobre eventuais restrições à igualdade dos participantes do experimento. Trata-se de argumentação que pretende garantir a

2011. p. 553).

958 A importância da previsibilidade para aferir a violação ao princípio da igualdade é apontada por RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 193. Embora a autora esteja tratando de cláusulas de terminação programada, parece possível transpor o critério de previsibilidade ao presente argumento de equalização de prejuízos.

959 Trecho extraído do acórdão nº 69/2008.

960 A mesma opinião foi defendida por Costa e Silva, que destacou que "desde que o RPE acautele as garantias processuais fundamentais, decorrentes da ideia de processo equitativo, a invocação de uma violação do princípio da igualdade perde força". SILVA, Paula Costa e. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental. Revista de Processo, vol. 156, fev., 2008, p. 237-250.

proporcionalidade da medida a partir do peso abstrato superior associado a interesses públicos[961].

Em sentido diverso, Ranchordás adverte que a mera relevância abstrata dos objetivos visados pela diferenciação experimental "não deveria consubstanciar uma base sólida de justificação". Em sua opinião, seria necessário um grau especial de justeza ("*special (degree) of fairness*"), o qual não seria atingido pela mera referibilidade a justeza abstrata da medida experimental testada. No lugar da relevância abstrata dos objetivos pretendidos pela experimentação, a autora reitera a importância da objetividade e proporcionalidade do tratamento diferenciado[962].

Conforme também antecipado no final do subtópico anterior, a doutrina defende que a temporariedade é essencial para a regularidade da diferenciação experimental[963]. Parte-se da premissa de que se o experimento parcial precisa diferenciar sujeitos para conter riscos, garantir sua validez ou a sua praticabilidade, a sua duração precisa ser estritamente aquela necessária ao aprimoramento cognitivo visado ou, pelo menos, prospectada em consonância com a sua finalidade cognoscente e aptidão subjetiva de monitoramento e avaliação disponível[964].

Para alguns autores, como Durand, a temporariedade teria, ademais, uma dupla faceta: o processo de experimentação deveria ter a sua duração limitada e, caso bem-sucedido, a

961 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003 e CHEVALLIER, Jacques. Les lois experimentales. In: BOURCIER, Danièle; THOMASSET, Claude. L'écriture du droit: legislation et technologie de l'information. Paris: Éditions Diderot, 1996. p. 167-203.

962 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 197-198.

963 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003, PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. Ranchordás afirma que a ideia de desigualdade temporária já foi defendida na Holanda como importante para alcançar, posteriormente, resultados mais justos. Cf.: "Besides the definition of objective criteria, another legitimate ground for an unequal treatment in the case of experimental legislation has been argued in the Netherlands: 'temporary inequality' might be a stepping stone to achieve greater justice. The unequal treatment underlying experimental legislation is only temporary and it enables the legislator to gather more information about new rules, their effectiveness and justice." RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. p. 197.

964 A relação entre monitorabilidade e temporalidade é apontada por Pascual e já foi discutida no capítulo anterior (PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004).

norma experimental deveria ser estendida gradualmente aos integrantes do grupo controle[965]. A lógica é que para que a diferenciação seja temporária é preciso não apenas que o experimento tenha a sua duração limitada, como que, após o fim do período experimental, seja restabelecida a igualdade entre aqueles sujeitos ao mesmo contexto regulado[966].

Perceba-se que a lógica é menos abrangente do que poderia aparentar à primeira vista. Com efeito, a extensão gradual, na verdade, depende da escolha do legislador acerca da manutenção do regime derrogado – caso em que teríamos, no máximo, um retorno gradual – ou ampliação do regime experimental. Assim, ao defender a extensão gradual no caso de resultados positivos do processo de experimentação, a doutrina não está sugerindo, necessariamente, que o condutor do experimento está vinculado à ampliação gradual. Apenas argumenta-se que o retorno a um estado de indiferenciação pode estar submetido a um diferimento temporal.

Por outro lado, Ranchordás esclarece que nem sempre o objetivo principal do experimento engloba a obtenção de uma igualação posterior. De acordo com a autora, o objetivo do condutor do experimento pode, diversamente, servir justamente para testar os impactos de uma diferenciação subjetiva de tratamento. Neste caso, o experimento parcial,

965 Durand não fala em dupla faceta, no entanto, defende a ideia de temporalidade tanto em termos de duração limitada, como para harmonização gradual e, neste sentido, entendemos que se trata de uma dupla faceta. CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. A questão também é abordada por julgado trazido por Ranchordás: "An important judicial decision in this context was delivered by the Bavarian Constitutional Court in 2006: at stake was the challenge of the constitutionality of an experimental disposition which temporarily abolished a form of opposition proceedings in Mittelfranken. The objective of this experiment was to examine in which areas and to what extent the opposition procedure (Wiederspruchsverfahren) was unnecessary from a practical legal and administrative perspective. This Court considered that this experimental law did not breach the principle of equal treatment since firstly, the introduction of an experimental disposition with a testing character does not exceed the leeway of the Bavarian legislator'. Secondly, the Bavarian Constitutional Court considered that the selection of Mittelfranken as the sample group was objectively justified, considering its dimension and structure, which meant that it could be qualified as the 'average administrative region'. According to this court, this differentiation should be regarded as a guarantee that the results of the experiment could later be extended to the whole Bavarian territory, should the results of the experiment be positive. Thirdly, the temporary duration of the test run for a clear period was also found to be necessary in order to gather enough information. In addition, the differentiation at stake was fully justifiable taking into consideration the objective of the experiment". RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 195-196.

966 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. Em sentido semelhante, VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. Pascual, por sua vez, defende que normalmente a situação entre grupo controle e teste é equalizada ao final do experimento. PASCUAL, Gabriel Doménech. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

caso bem-sucedido, não contemplará um estado de indiferenciação ulterior, mas apenas uma extensão – que pode ou não ser gradual – para os demais sujeitos que atendam o critério de discrímen experimentado[967].

Por fim, outra perspectiva de temporariedade, oferecida por Dijck e Gestel, afirma que a validez do experimento pode ser preservada pela estratificação temporal sucessiva dos grupos controle e teste. Neste sentido, os mesmos sujeitos "estariam primeiramente vinculados pelo regime padrão e, sucessivamente, pela norma experimental"[968]. Ocorre que essa perspectiva nega o próprio ponto de vista da problemática analisada, substituindo a experimentação parcial por uma experimentação global e a diferenciação de tratamento por uma modificação de tratamento uniforme conferido aqueles que integram determinado contexto regulado.

Vistas as condicionantes que tornam a objeção do princípio da igualdade superável, cumpre apresentar, a seguir, a posição defendida nesta dissertação, o que depende, à semelhança da análise acerca do princípio da segurança jurídica, de uma revisão da própria perspectiva da problemática que será abordada.

3.3.2 Posição adotada

3.3.2.1 Objeção da igualdade para além dos três pontos de tensão normativa: reconhecimento da restrição indevida de perspectiva da doutrina

3.3.2.1.1 Relevância da justificação da técnica de aplicação subjetivamente restrita da norma experimental

Antes de mais nada, interessa averiguar a necessidade de reposicionar a perspectiva da problemática da igualdade abordada nesta sede. Isso decorre do fato de que se rejeitou, no capítulo anterior, que os três pontos de tensão, apontados pela doutrina ao tratar da temática ora perscrutada, configurem características essenciais do instituto estudado. Dessa forma, a justificação de experimentos parciais não seria suficiente para implicar, em termos de

967 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 191.

968 VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011. p. 553. O relatório elaborado pelo Federal Judicial Center trata da estratificação sucessiva sob a alcunha de "*before-after designs*" (FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p. p. 20-22).

abrangência, os experimentos jurídicos, em geral, e os experimentos de reestruturação, em particular.

A despeito disso, certo é que a técnica de aplicação subjetivamente restrita da norma experimental é relevante ao instituto estudado, podendo servir, para além dos fins já destacados (validez, praticabilidade, contenção de riscos), para alcançar juízos positivos de adequação e necessidade a partir de ajustes conceptivos do próprio processo de experimentação.

A título de exemplo, em um experimento administrativo pedagógico, pode ser interessante aplicar um arco metodológico tipicamente darwiniano, em que diferentes respostas a um problema em comum são experimentadas concomitantemente em estratos escolares previamente determinados. A possibilidade de estabelecimento de controlabilidade recíproca entre os contextos de experimentação – em que os dados de um estrato podem ser contrapostos ao de outro – e de aferição simultânea – e não iterativa – de múltiplas alternativas regulatórias pode oferecer ao método cognitivo experimental maior adequação para lidar com as necessidades dinâmicas de alguns contextos regulados, de maneira acelerada, prudencial e, assim, eficiente[969].

Da mesma forma, a aplicação subjetivamente restrita da norma experimental pode servir como um critério de resolução de dificuldades conceptivas não reconduzíveis à determinada prioridade axiológico-normativa. Pense-se na hipótese em que há duas propostas de norma experimental sendo discutidas à luz dos resultados oriundos da realização de algum mecanismo de avaliação prévia. Caso o centro cognitivo não vislumbre um critério adequado para escolher entre as duas alternativas, considerados todos os elementos compositivos do experimento jurídico e o estado de polivalência funcional concreto, a aplicação subjetivamente restrita pode servir como técnica decisória de eliminação da dúvida conceptiva.

Observe-se que a técnica poderia atuar tanto para permitir a experimentação simultânea, como no exemplo anterior, de ambas as propostas, como para justificar a escolha de apenas uma alternativa, hipótese em que a aplicação subjetivamente restrita poderia servir como redução prudencial da abrangência da norma experimental, notadamente quando a

969 As vantagens de experimentos darwinianos como o exemplificado são discutidas, por exemplo, em LIEBMAN, James; SABEL, Charles. A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: the emerging model of school governance and legal reform. New York University Law Review, New York, v. 28, p. 183-304, 2003.

defesa da proposta preterida se basear numa prospecção negativa de prejuízos ou de riscos não secundada pelo centro decisório.

Apesar de não se tratar de característica essencial, as diversas funções que a aplicação subjetivamente restrita da norma experimental pode desempenhar na estrutura normativa do experimento jurídico esclarece o porquê se afigura, no mínimo, conveniente a análise de problemáticas que afetam a sua utilização no processo de experimentação.

Reitere-se, todavia, que quando se aborda a objeção de igualdade, à luz dessa perspectiva da problemática, como faz a doutrina, não se obtém, diante de sua eventual superabilidade, a justificação do experimento jurídico em si, senão apenas da técnica de aplicação subjetivamente restrita no contexto de experimentação. Esse expediente argumentativo, ainda assim, serve ao propósito de formação antecipada de uma reserva de justificados referentes à técnica[970], o que incrementa as possibilidades associadas ao instituto estudado, na medida em que significa que o seu condutor poderá empregá-la em prol da promoção das diversas funções que ela pode desempenhar no processo de experimentação.

Seja como for, entende-se que a abrangência da objeção de igualdade sobeja a perspectiva da problemática adotada pela doutrina, de modo que a sua relevância não se limita a mera composição de uma reserva de justificados em prol de uma técnica normativa útil. Em nosso sentir, o principal defeito da perspectiva adotada pela doutrina é que ela deixa de notar as claras tensões ao princípio da igualdade que também existem nos chamados experimentos globais, ou seja, naqueles em que não há aplicação subjetivamente restrita da norma experimental[971]. É o que se passa a analisar.

3.3.2.1.2 Insuficiência da dicotomia global-parcial: necessidade de uma perspectiva ampla da problemática

Rememore-se que os condicionamentos adequados para a testagem da hipótese normativa formulada no experimento não configuram propriamente limitações subjetivas. Conforme explicado no capítulo anterior, a aplicação subjetivamente restrita da norma

970 O ponto foi explicado no tópico 3.1.

971 Durand afirma, por exemplo, que os experimentos globais têm a vantagem de não conflitar com o princípio da igualdade. CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

experimental é aquela que secciona os potenciais participantes do experimento para atender uma função que não guarda nexo com a testagem a hipótese normativa projetada.

Não é de se estranhar, portanto, que experimentos sem elementos de limitação subjetiva ainda assim possam projetar tratamentos diferenciados. Imagine-se, por exemplo, um experimento que vise a testar determinadas estratégias de captação e melhoramento de desempenho acadêmico de estudantes que frequentam unidades escolares localizadas em áreas conflagradas.

Por certo, apenas unidades escolares localizadas em áreas conflagradas poderão fazer parte do experimento, pois a hipótese normativa projetada diz respeito apenas a elas. Sem embargo, ainda que não haja um elemento de limitação subjetiva, a comunidade escolar de outras unidades, localizadas em áreas não conflagradas, poderia arguir que o regime normativo experimental – as estratégias de captação e melhoramento de desempenho acadêmico – também traria aos seus alunos vantagens pedagógicas relevantes, razão pela qual o critério de discrímen – unidades escolares em áreas conflagradas – não seria compatível com o princípio da igualdade.

No exemplo dado, argui-se, em outras palavras, que não há congruência entre o regime normativo diferencial e o critério de diferenciação adotado. É dizer: não seria a conflagração o parâmetro objetivo para traçar a pertinência do regime normativo projetado para atendimento das finalidades de aprimoramento do desempenho acadêmico.

Note-se que, neste caso, a objeção de igualdade apresenta-se como uma impugnação à regularidade conceptiva do experimento, a qual introduziria um tratamento diferenciado em suposta dissonância aos requisitos exigidos pelo referido princípio constitucional. E veja-se que, ao final do experimento, caso o seu resultado seja positivo, não haverá extensão – gradual ou imediata – à unidades escolares localizadas em áreas não conflagradas, simplesmente porque a hipótese normativa experimental não lhes contemplava em seu âmbito de aplicação.

Em princípio, eventual extensão do regime normativo às unidades escolares localizadas em áreas não conflagradas não se daria pela vinculação condicionante oriunda do processo de experimentação, o que dependeria da observância dos limites infundidos pela identificação de seu condutor[972].

---

972 Por exemplo, em se tratando de experimento legislativo, não há dificuldades em se pensar na ampliação do regime experimental bem-sucedido para além do âmbito relacionado à sua hipótese normativa. É claro que, neste

É de se cogitar também a possibilidade de que sejam obtidas informações adicionais, durante a execução do experimento[973], no sentido de que a aplicação do regime experimental poderia ser benéfica para enfrentar efeitos pedagógicos deletérios para além daqueles associados à conflagração.

Não é de se estranhar o afirmado, notadamente quando se recorda que, conforme destacado no segundo capítulo, admite-se que a plausibilidade teleológica, perquirida pelo processo de experimentação, apesar de não direcionada precipuamente à obtenção de validez externa, possa ter os seus resultados aproveitados em caráter intercontextual ou até mesmo intersetorial. Essa medida de intercontextualidade pode traçar diferentes caminhos ao condutor do experimento ou outros entes que se aproveitem do conhecimento agregado por ele produzido.

A título de exemplo, a medida de intercontextualidade pode ensejar um novo processo de experimentação paralelo, uma extensão normativa revisável ou de duração prolongada não vinculada ao experimento, mas alimentada pelo seu aprimoramento cognitivo, ou, até mesmo, a revisão antecipada por controle do contexto de experimentação para alteração dos seus parâmetros objetivos, desde que preservado o nexo de desdobramento cognitivo e mantida sua adequação e necessidade.

Interessante notar como, neste último caso, a objeção de igualdade poderia provocar a conversão de um experimento inicialmente global em parcial. No exemplo dado anteriormente, digamos que informações coletadas durante o processo de experimentação sustentem a conclusão de que os problemas enfrentados em unidades escolares localizadas em áreas conflagradas são idênticos ou semelhantes àqueles sofridos em unidades escolares recém-afetadas por ações de readequação de oferta (absorção ou extinção de turma ou turno, por exemplo).

Pela maior dinamicidade das ações de readequação de ofertas – que, inclusive, se desenvolvem, no mais das vezes, no âmbito de complexas interações interfederativas – pela transitoriedade dos efeitos deletérios percebidos – que tendem a desaparecer com o passar do tempo pela regularização da oferta na unidade absorvente, por exemplo – e pelos maiores custos associados à ampliação do experimento, poder-se-ia revisar a norma experimental

caso, a extensão do regime não se daria por vinculação condicionante, senão porque o legislador detém a prerrogativa de inovar no ordenamento jurídico para além desse limite mínimo.

973 Tais informações podem tanto decorrer do processo de experimentação, como resultar de fontes independentes, conforme já destacado no capítulo 2.

apenas para introduzir o parâmetro objetivo na sua concepção e aplicar a técnica de limitação subjetiva às unidades escolares localizadas em áreas conflagradas. Ou seja: o experimento que anteriormente era global – e só tratava de unidades escolares localizadas em áreas conflagradas – passaria a ser parcial – selecionando, dentre as unidades que atendem aos parâmetros objetivos de delimitação do experimento, a situação daquelas localizadas em áreas conflagradas.

Ainda que não provocasse a conversão do experimento, a medida de intercontextualidade, aferida durante o processo de experimentação, trará, inequivocamente, a lume a objeção da igualdade, a qual será passível de superação mediante a observância dos condicionamentos por implicatividade negativa que dela decorrem. Apenas em caráter exemplificativo, poder-se-ia argumentar que a transitoriedade e pontualidade (alunos da turma ou turno absorvido ou extinto) dos efeitos deletérios percebidos em unidades recém-afetadas por ações de readequação de oferta de ensino em contraposição à perenidade e generalidade (alunos de todas as turmas e turnos de cada unidade) ofereceriam uma justificação objetiva, baseada na intensidade do problema combatido, para manter a conflagração como critério de discrímen utilizado na formulação da norma experimental.

Veja-se que com o aprimoramento cognitivo incidental existiriam novas razões que colocariam em dúvida a observância da proibição de arbitrariedade, associado ao tratamento diferenciado projetado pela norma experimental, em resposta à conflagração. Para que mantenha, pois, o seu formato original, o condutor do experimento terá que lidar, novamente, com a objeção de igualdade e terá que superá-la, denegando, em seguida, a revisão antecipada do experimento. O experimento, neste caso, apesar de já ter respondido à duas objeções de igualdade, permanecerá sendo global, o que confirma que a perspectiva da problemática seguida pela doutrina é irrazoavelmente restrita.

Para além da formulação da hipótese normativa experimental e da escolha dos critérios objetivos dela decorrentes, outros elementos do processo de experimentação também podem conflitar com o princípio da igualdade, a despeito da ausência de emprego da técnica de aplicação subjetivamente restrita da norma experimental.

Já vimos, por exemplo, a relação entre temporariedade e superação da objeção de igualdade. Neste sentido, uma delimitação temporal não equalizada às necessidades

cognitivas do experimento pode ensejar a subsistência para além do razoável – ou do justificável à luz da natureza experimental – de determinado tratamento diferenciado.

Assevere-se, neste ínterim, que o problema da destemporalidade e sua relação com a violação do princípio da igualdade certamente exorta a delimitação temporal não equalizada às necessidades cognitivas do experimento, abrangendo destemporalidades ligadas também a outros elementos de sua estrutura normativa. A título de exemplo, a violação pode ocorrer em razão de equívocos conceptivos não corrigidos tempestivamente, como, por exemplo, no caso de indicadores de monitoramento e avaliação inidôneos[974], ou ainda, em razão de disfuncionalidades práticas relacionadas à aplicação do experimento, como a falta de um controle eficiente, problemas não conceptivos de monitoramento ou excesso de iterações corretivas do desenho da norma experimental.

Em todos esses casos, o argumento de que a temporariedade arrefeceria a diferenciação provocada pelo processo de experimentação perderia força, na medida em que a relação entre a diferenciação e o tempo necessário para perquirição de um objetivo inteligível deixaria de existir. Dessa forma, o condutor do experimento passaria a depender de outra resposta ao problema da igualdade, a qual envolveria, por certo, antes de mais nada, a reequalização temporal do processo de experimentação.

De outra banda, a perspectiva da problemática que limita a objeção da igualdade aos experimentos parciais parece desconsiderar as hipóteses em que a diferenciação é imposta pelo referido princípio constitucional. Diante de um tal dever de diferenciação, não há dúvidas de que a dicotomia global-parcial também não informa o suficiente sobre a possibilidade de sua violação.

No caso de experimentos parciais, é só pensar no tratamento diferenciado de segmento que não é privilegiado pelo dever de diferenciação. Por exemplo, o experimento visa a garantir o acesso facilitado de homens a funções de direção das empresas de determinado setor, sem levar em consideração que o acesso de mulheres às mesmas funções em empresas do mesmo setor é substancialmente menor do que o masculino.

No caso de experimentos globais, isso fica ainda mais evidente. Não é difícil pensar, por exemplo, em um experimento que trate todos os participantes da mesma forma quando um

974 Ao não captarem o que precisa ser captado, para que haja o aprimoramento cognitivo objetivado pelo experimento, indicadores mal formulados podem retirar a razoabilidade da técnica de "desigualdade temporária", na medida em que a sua racionalidade se perde pela falta de nexo entre o indicador e o *telos* cognoscente do experimento.

tratamento diferenciado deveria ter sido conferido a alguma minoria ou sujeito especialmente protegido envolvido no contexto regulado.

Em caráter geral, o que se percebe, portanto, é que não é a dicotomia global-parcial que dita a aptidão do experimento para violar o princípio da igualdade. Na verdade, o princípio da igualdade parece infundir condicionamentos tanto na concepção, como na execução de todos os tipos de experimento. Dessa forma, mais relevante para a análise da objeção da igualdade é perquirir dinamicamente – tendo em vista a incorporação de razões produzidas pela experimentação – se a concepção ou a execução do experimento criou uma diferenciação de tratamento ou deixou de criá-la quando necessário.

Em complemento, note-se que quando se leva em consideração os experimentos jurisdicionais de reestruturação, resta ainda mais claro como a objeção de igualdade é mais ampla do que supôs a doutrina.

Rememore-se, em primeiro lugar, que o processo estrutural versa sobre um estado policêntrico e multifocal de desconformidade estruturada, o qual impõe a projeção de um instrumento de proteção de interesses atípico que formata, por sua vez, um regime jurídico programático, comum e revisável visando a ordenação axiológica e temporal concordante das diversas perspectivas eficaciais, dotadas de inconsistência prática, que integram cada foco de interesse do problema estrutural.

Neste diapasão, a possibilidade de interações ressonantes entre variáveis ambientais interdependentes (policentrismo), com o envolvimento de múltiplos e dinâmicos focos de interesse, passíveis de integração processual ulterior, que impõem a ordenação axiológica e intertemporal concordante entre diversas perspectivas eficaciais escancaram evidentes pontos dinâmicos e complexos de tensão com o princípio da igualdade. Quer dizer, não há dúvidas de que a ordenação intertemporal das perspectivas eficaciais de cada foco de interesse em caráter experimental, tendo em vista a configuração de um estado cognitivo deficitário inicial, já detém, por si só, um óbvio potencial de contrastar com o princípio da igualdade. No entanto, esse potencial ainda é incrementado pelo policentrismo do problema que se visa a solucionar.

Ademais, as características cognitivas (continuidade, resgatabilidade, globalidade e prospectividade) e decisórias (gradualidade, condicionalidade e incidentalidade) que marcam o processo estrutural somente reforçam a possibilidade de contraste. É só pensar, por exemplo, que a continuidade, globalidade e prospectividade cognitivas permitem uma ampla

abrangência de situações jurídicas que podem estar ligadas, se ligar ou se formar posteriormente ao surgimento do problema estrutural. E a gradualidade, incidentalidade e condicionalidade decisórias, por certo, tornam os eventuais desenvolvimentos do estado de desconformidade revisitáveis em tese pelo órgão julgador.

A mais não poder, para garantir que as características cognitivas do processo estrutural possam se desenvolver adequadamente pode se fazer necessário realizar cisões subjetivas, objetivas e estruturais, além de outros arranjos cognitivos diferenciados. Não é difícil imaginar, como resultado desses expedientes cognitivos associados às características da decisão estrutural, que surjam decisões graduais contrastantes que precisem ser acomodadas ou harmonizadas posteriormente.

No contexto em que a experimentação se afigura adequada, todas essas características ainda são acrescidas das já abordadas dificuldades que a própria ideia de experimentar para solucionar estados cognitivos deficitários agrega à justificação de alternativas regulatórias à luz do princípio da igualdade.

Se a doutrina em geral defendeu a existência de três pontos de tensão entre os experimentos jurídicos e o princípio da igualdade, seria possível reputar provada, de antemão, a insuficiência da dicotomia global-parcial. Em matéria de experimento de reestruturação, as pressões sobre a norma justificante analisada advém, de outra banda, de uma complexa e dinâmica matriz de pontos de tensão, a qual, por sua vez, é alimentada por diversas características dos processos estruturais e dos experimentos jurídicos.

Diante do exposto, extraem-se, ao menos, cinco conclusões relevantes sobre a perspectiva da problemática adotada pela doutrina. Em apertada síntese, concluiu-se que (i) os três pontos de tensão, apontados pela doutrina, não configuram características essenciais do experimento jurídico, razão pela qual a adoção da perspectiva defendida pela doutrina não é adequada para fins de justificação sistêmica do instituto estudado; (ii) a despeito da conclusão anterior, a perspectiva adotada pela doutrina é relevante para a formação de uma reserva de justificados, em prol de uma técnica normativa útil no processo de experimentação e, por isso, não deve ser descartada nesta sede; (iii) seja como for, o experimento parcial não é continente de todas as potenciais violações do princípio da igualdade, de modo que a dicotomia global-parcial não orienta adequadamente a identificação dos lindes da objeção analisada; (iv) por força das conclusões anteriores, a melhor bússola para averiguar a objeção da igualdade

consiste em perquirir dinamicamente se a concepção ou a execução do experimento ensejou a criação de diferenciações de tratamento, bem como se deixou de criá-las quando necessário; (v) o potencial contraste entre experimento de reestruturação e o princípio da igualdade é demonstrado por uma complexa e dinâmica matriz de pontos de tensão normativa, forjada por diversas características superpostas dos processos estruturais e dos experimentos jurídicos.

Com base nessas cinco conclusões, impende-se prosseguir analisando se as condicionantes, defendidas sob outra perspectiva da problemática abordada, são adequadas, suficientes e podem ser transpostas ao ponto de vista mais amplo defendido nesta dissertação.

3.3.2.2 Revisão das condicionantes gerais adotadas pela doutrina

3.3.2.2.1 Observações introdutórias: implicatividade negativa e plurivocidade de significações protetivas

Em caráter prefacial, concorda-se, em grande medida, com a doutrina no que se refere à abordagem do princípio da igualdade como condição negativa de validez sistêmica. De fato, conforme vimos nos subtópicos acima, diversos aspectos conceptivos e executivos do processo de experimentação detêm o potencial de contrastar com o princípio da igualdade.

Nesta toada, o princípio da igualdade interage com o experimento jurídico sobretudo por meio da imposição de um padrão garantístico mínimo que todo e qualquer experimento deve atender. Trata-se, portanto, de garantir que o instituto estudado não provoque, direta ou indiretamente, discriminações, arbitrariedades, ou ainda, igualações indevidas[975]. Além disso, o princípio constrange a projeção do processo de experimentação, exigindo de seu condutor que cada escolha projetual, que enseje distinções de tratamento, seja revestida por uma justificação racional e objetiva no âmbito de seu contexto regulado.

A concordância é, todavia, “em grande medida”, pois não há como ignorar que determinados experimentos podem visar a corrigir justamente problemas de igualdade de tratamento e, assim, a interação normativa resultante adquirirá feições claras de implicatividade positiva. Seja como for, no que concerne aos processos de experimentação em geral, é extreme de dúvidas que a interação normativa padrão que deve ser analisada é, de fato, caracterizada por implicatividade negativa, conforme defendido pela.

975 Divisão conteudística adotada pelo Tribunal constitucional português no acórdão 69/2008.

Uma consequência direta da predominância de relações de implicatividade negativa, baseada na imposição de um padrão garantístico mínimo, é que a adoção da perspectiva ampla da problemática, defendida no subtópico antecedente, não atrai – como no caso da segurança jurídica – condicionantes necessariamente mais intensas do que aquelas relacionadas a perspectiva restrita adotada pela doutrina. A título de exemplo, experimentos parciais, globais e de reestruturação devem possuir inteligibilidade interna e externa para que se possa falar em justificação racional à luz da igualdade.

Em outras palavras, uma perspectiva ampla da problemática abordada não enseja, à luz das relações de implicatividade negativas oriundas da objeção da igualdade[976], condicionantes também mais amplas, mais intensas ou simplesmente diversas daquelas referentes à perspectiva restrita, senão apenas a sua extensão a outros âmbitos reputados relevantes sob este ponto de vista. Por força disso, é satisfatório prosseguir analisando a pertinência ou suficiência das condicionantes propostas pela doutrina, sem inferir, a partir da maior amplitude da perspectiva adotada, a necessidade de outras condicionantes.

Ainda em caráter introdutório, impende-se defender a inexistência de um único parâmetro ou teoria concretizadora da igualdade ("*one-size-fits-all mediating principle*"), aplicável para toda e qualquer situação discriminatória ou arbitrária. Concorda-se com Sturm quando a autora assevera que as desigualdades surgem de "práticas sociais, e de uma dinâmica interação entre cultura, cognição e contexto", razão pela qual se faz necessário "examinar os padrões de interação que produzem relações ou condições estruturais problemáticas [à luz do princípio da igualdade]"[977].

---

976 Ressalte-se que essa indiferenciação é, ainda, respaldada pela já defendida irrelevância da dicotomia global-parcial que subjaz à perspectiva restrita adotada pela doutrina. Com efeito, a imprestabilidade dos três pontos de tensão, identificados para delimitar a discussão da objeção da igualdade, traz à baila que se partiu de uma situação específica de tensão, mas não única. Entretanto, considerando a relação de implicatividade negativa provocada pela interação entre igualdade e experimentação, o que se quis dizer é que é possível extrapolar das condicionantes construídas a partir de uma situação específica de tensão, condicionantes igualmente válidas para outras situações tensionantes, simplesmente pelo fato de estarem (as condicionantes), na verdade, relacionadas à observância de um padrão garantístico mínimo. Vale dizer: o padrão garantístico mínimo, reconstruído à luz de uma situação tensionante específica, não varia em função da situação tensionante em si, mas sobrepaira uniformemente sobre qualquer situação tensionante que atraia a objeção de igualdade. Em caráter mais amplo, seria interessante averiguar se toda e qualquer relação de implicatividade negativa induz condicionantes invariantes à luz das situações tensionantes que lhe ensejam ou se essa é uma particularidade do princípio da igualdade ou de normas justificantes que exijam a observância de padrões garantísticos mínimos. A despeito de se tratar de uma questão interessante, ela não será abordada nesta sede por fugir do escopo de pesquisa delineado.

977 "Recent interdisciplinary scholarship indicates that inequality results from social practices, and the dynamic interaction between culture, cognition, and context. It cannot be reduced to a single explanatory theory or rule violation. Inequality can often only be discerned by examining patterns of interaction that

Trata-se de proposição que, além de se escorar no caráter de comparatividade contextual dinâmica do princípio da igualdade e de abranger uma perspectiva estrutural de desigualdade, importante ao nosso objeto de pesquisa, afigura-se ainda mais clara em nosso país, na medida em que o nosso ordenamento jurídico consagra expressamente diversos regimes especiais de proteção de igualdade[978]. Por certo, cada regime especial deve ser incorporado à reconstrução de parâmetros concretizadores dos padrões garantísticos mínimos que devem ser respeitados em cada processo de experimentação.

Não há dúvidas, por exemplo, que a desigualação protetiva de comunidades tradicionais não é parametrizada de modo idêntico à desigualação protetiva de pessoas trans no ambiente de trabalho, de negros na persecução criminal, ou ainda, do regime monopolístico garantido ao titular de uma patente[979]. Identificar o que informa a concretização do princípio da igualdade em cada caso é uma tarefa difícil, porém necessária para averiguar os esquemas argumentativos específicos que se mostrarão suficientes para superação da objeção normativa dele decorrente.

Embora essa providência escape do escopo da presente dissertação, vale a advertência, cuja pertinência é, sobretudo, majorada pela proposição, defendida em caráter imediatamente anterior, de indiferenciação condicionante entre as perspectivas ampla e restrita da objeção de igualdade.

Com isso, quer-se dizer que conquanto a exigência de justificação racional e objetiva, por exemplo, seja transponível a outros contextos específicos de tensão com o princípio da igualdade, certo é que a existência de regimes especiais de proteção isonômica ou a disponibilidade de múltiplos parâmetros concretizadores da norma justificante ora analisada atrairão, para cada caso, um potencial grau de diferenciação acerca do que configurará

---

produce problematic conditions or relationships." STURM, Susan. Equality and the Forms of Justice. University Of Miami Law Review, v. 58, p. 51-82, out. 2003. p. 63.

978 Apenas a título de exemplo, veja-se as Leis 8.069/90, 10.741/03, 11.340/06, 12.288/10, Convenção nº 169, da OIT, dentre muitos outros diplomas.

979 Exemplos concretos proliferam-se na legislação e na jurisprudência. A título ilustrativo, enquanto a incompatibilidade do *profiling* racial em matéria de persecução criminal é analisada no âmbito da proteção da igualdade racial, a exigência de pareceres antropológicos e eventual reconhecimento de *bis in idem* decorrente da aplicação prévia de penas não previstas em lei, mas culturalmente adequadas, são estudadas no âmbito de diferenciações protetivas em favor de comunidades indígenas também em matéria de persecução criminal.

justificação objetiva e racional[980]. Isto é: a indiferenciação condicionante não induz a unicidade de regimes e significações protetivas ligadas ao princípio da igualdade.

Superadas as observações prefaciais, cumpre asseverar, desde logo, que entendemos que as condicionantes propostas pela doutrina são, em geral, adequadas para o enfrentamento da objeção de igualdade.

Como forma de organizar a presente análise, as condicionantes propostas pela doutrina serão divididas em dois grupos: condicionantes gerais e condicionantes especiais. Aquelas são condicionantes que deverão estar presentes em todos os casos, enquanto estas consistem em técnicas ou mecanismos empregáveis, em determinados contextos, para fins de garantir a observância daquelas.

3.3.2.2.2 Condicionantes gerais: justificação objetiva e racional, proporcionalidade, promoção de interesse público.

Antes de mais nada, resta claro que a garantia de uma justificação racional e objetiva para processos de experimentação que introduzam diferenciações de tratamento consiste em uma decorrência normativa inerente ao padrão garantístico mínimo desenhado pelo princípio da igualdade. Principalmente nos sentidos estipulados nesta sede, a objeção da igualdade depende da garantia de coerência lógica, compatibilidade com o ordenamento, congruência entre meio, critério de discrímen e finalidades do experimento e de uma estruturação argumentativa baseada em bases objetivas relevantes de diferenciação.

No que se refere à justificação racional, concorda-se, desde logo, com a proposição de que a natureza experimental introjeta racionalidade à diferenciação de tratamento, desde que se trate de uma medida essencial para garantir a integridade cognitiva do experimento e que sejam observadas as características gerais do instituto, bem como que o caso concreto respalde o âmbito aplicativo (global ou parcial) projetado.

---

980 Uma ideia semelhante é trazida pela distinção entre conceito e concepção de Dworkin: "Ronald Dworkin formula uma distinção que nos ajuda a compreender esta relação entre abertura e fechamento proporcionada pelo texto constitucional. Trata-se da distinção entre 'conceito' e 'concepção'. Para introduzi-la, Dworkin propõe a hipótese de um pai que pede aos filhos que, ao longo de suas vidas, tratem os outros com equidade. O pai, contudo, não está prescrevendo aos filhos que se pautem sempre pela sua concepção particular de equidade. Se o fizesse, seu conselho, com o tempo, perderia atualidade. Seu pedido se assentava no 'conceito' e não em uma 'concepção' específica de equidade. Do mesmo modo, a interpretação dos valores constitucionais deve ocorrer em conformidade com as expectativas normativas que continuamente emergem das práticas sociais." SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 356.

No que se refere à objetividade, adiante-se que a plurivocidade de significações protetivas do princípio da igualdade terá maior relevo na determinação do que configura uma base objetiva de diferenciação. Assim, saber se a gravidez é um fato objetivo para diferenciação entre advogados e advogadas para fins de obtenção de suspensão processual é algo que depende da reconstrução do princípio ou parâmetro concretizador da igualdade aplicável à espécie.

Ademais, concorda-se com Pascual que características subjetivas especialmente idôneas podem configurar, em determinados contextos, bases objetivas de diferenciação. Desde que adequado ao parâmetro de concretização aplicável e seja possível identificar uma relação estrita entre critério de discrímen, meio empregado e finalidade promovida, não há que se excluir aprioristicamente a razoabilidade da seleção a partir de atributos subjetivos.

Por outro lado, também concordamos que a observância do postulado da proporcionalidade, conquanto não se trate de uma decorrência do princípio da igualdade em si, pode servir à justificação de sua restrição. Trata-se de uma proposição importante para a projeção de um experimento jurídico e que pode ser traduzida na seguinte afirmação: admite-se a projeção de experimentos jurídicos que provoquem diferenciações de tratamento conflitantes com alguma dimensão do princípio da igualdade, desde que proporcionais diante dos meios empregados, das finalidades que se pretende promover e das circunstâncias concretas relevantes[981].

No que se refere aos objetivos visados pela diferenciação experimental, discorda-se da posição doutrinária que exige, para tanto, que se pretenda promover um interesse geral ou público. As expressões, como se sabe, são equívocas, marcadas por um grau elevado de indefinição conteudística, e são criticáveis quando tomadas no sentido de pressupor uma prevalência ponderativa abstrata em face de interesses privados ou individuais[982]. O que se deve garantir é a justificação objetiva e racional de eventuais diferenciações de tratamento, formatadas pelo experimento jurídico, e, caso haja conflito com alguma dimensão do

981 Em sentido diverso, entendendo que a igualdade é um princípio imponderável, cf.: ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 172.

982 O ponto já foi abordado supra. SARMENTO, Daniel. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 120 e ÁVILA, Humberto. Repensando o "Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular". Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15/12/2021.

princípio da igualdade, respeito à proporcionalidade. Nenhuma das três condicionantes depende inexoravelmente da categoria dos interesses gerais ou públicos.

Em caráter derradeiro, discorda-se, parcialmente, da tese de que a justificação da diferenciação experimental deve se submeter a um grau especial de justeza. Realmente, a mera relevância abstrata dos objetivos visados pela diferenciação experimental não cumpre o ônus de justificação objetiva e racional, imposto pelo princípio da igualdade e isso decorre de duas razões simples.

A primeira consiste em matéria de teoria geral do direito: conflitos entre normas principiológicas de mesma hierarquia, segundo a doutrina e jurisprudência brasileira majoritárias, são solucionados com base no "estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre os princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto"[983], o que ensejará a sua prevalência em determinados casos e a sua restrição, parcial ou total, em outros. Dito de outro modo, não se soluciona um conflito entre igualdade de tratamento e direito à saúde com a prevalência abstrata de um dos dois.

Veja-se que afirmar que basta haver um objetivo de interesse geral parece sugerir a configuração de uma cláusula de exceção, o que é mais compatível com a resolução de conflito entre regras[984]. De outra banda, pode significar a adoção de uma teoria de limitações imanentes, em que não haveria propriamente restrição à igualdade, mas mera diferenciação legítima sempre que diante de interesses gerais ou públicos[985]. Ambas as respostas são incompatíveis com o lustro teórico anteriormente aludido.

A segunda razão, por outro lado, consiste em algo que já foi dito acima: a suficiência justificativa baseada em referência à relevância abstrata de objetivos ignora o caráter contextual-comparativo do princípio da igualdade. Supõe, portanto, que determinadas normas abstratas trazem em si uma justificação da desigualdade, o que já foi rejeitado nesta sede.

983 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 96-97.

984 "Se dois princípios colidem – o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido –, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção" ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. p. 93.

985 "Isso não passou despercebido na ADPF 130. Conforme referido no item sobre a teoria externa, a maioria dos Ministros se preocupou em enfatizar a inexistência de direitos absolutos no sistema constitucional pátrio, a necessária coexistência harmoniosa das liberdades, a ausência de primazia absoluta e a priori de um direito sobre o outro e a ponderação como técnica adequada para superar os antagonismos e definir, sempre no caso concreto, qual dos direitos deve prevalecer." MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021 p. 413-414.

A despeito disso, não há como concordar com a necessidade de um grau especial de justeza. Explica-se o afirmado quando se rememora que a diferenciação de tratamento não é em si incompatível com o princípio da igualdade, de modo que desde que preenchidos os seus pressupostos (justificação objetiva e racional) a desigualação é permitida. Da mesma forma, há casos em que a desigualação é impositiva, razão pela qual seria de se estranhar a imposição de um *standard* de justificação especial.

Talvez a única hipótese que corrobore o parâmetro do grau especial de justeza seja aquele em que o ordenamento pressuponha a preferencialidade de igualação ou indiferenciação.

Ainda assim, o parâmetro sugerido afigura-se inespecífico, não informando precisamente que espécie de profundidade ou de cautelas justificativas atendem a um "grau especial" de justeza. Tampouco se sabe exatamente o que se quer dizer quando se fala em "justeza".

A não ser que se interprete a necessidade de uma justificação racional e objetiva como grau especial de justeza, não há como se entender do que se trata quando se alude ao parâmetro. Entretanto, nessa hipótese em especial, resta clara a perda de relevância do próprio parâmetro. É que não faz sentido criar uma nova expressão de conteúdo equívoco para substituir duas outras que melhor designam o que exatamente deve conter a justificação para que se possa introduzir uma diferenciação de tratamento.

Revisadas as condicionantes gerais propostas pela doutrina, reitera-se o que se adiantou no final do subtópico anterior: as concordâncias superam, em geral, as divergências. que se pontualizam nos aspectos brevemente abordados acima. Para finalizar o presente tópico, interessa compulsar as condicionantes especiais referentes à objeção de igualdade. Conforme restará claro, assim como se deu com as condicionantes gerais, entendemos que as condicionantes especiais sugeridas são, em grande medida, adequadas com o pensamento desenvolvido na presente pesquisa.

3.3.2.3 Revisão das condicionantes especiais propostas pela doutrina

3.3.2.3.1 Temporariedade

Não há dúvidas de que a delimitação temporal da experimentação contribui para a justificação de eventuais tratamentos diferenciados. Entretanto, entendemos que o argumento da racionalidade, forjado pela natureza experimental da diferenciação de tratamento, abrange necessariamente o argumento da temporariedade, acarretando a perda de sua autonomia.

É que, conforme defendido no capítulo anterior, a temporariedade é característica essencial de todo e qualquer experimento jurídico, razão pela qual integra a própria lógica de experimentação. De tal modo que aludir à justificabilidade racional de diferenciação de tratamento, por estar escorada em sua natureza experimental, implica, inexoravelmente, uma medida de racionalidade agregada pela temporariedade da norma experimental.

Note-se que existem outras características que introjetam medidas de racionalidade à diferenciação de tratamento e que são também inexoráveis à sua natureza experimental. A título de exemplo, a projeção de uma controlabilidade dinâmica do contexto de experimentação, para além de assegurar a integridade cognitiva do experimento – e, assim, dificultar a manutenção de vícios conceptivos e executivos – pode garantir a compatibilidade dinâmica do experimento com o princípio da igualdade em face de mutações contextuais, do surgimento de outros focos de interesse, modificações normativas relevantes, etc.

Veja-se, portanto, que enquanto a temporariedade garante que a diferenciação de tratamento, introduzida pela norma experimental, seja justificável em função da necessidade de aprimoramento cognitivo (justificação racional), o evento normativo de controle – também essencial ao instituto estudado – garante que a racionalidade, inicialmente vislumbrada, não se perca ao longo do processo de experimentação, preservando a sua compatibilidade com a norma justificante analisada.

Em sentido oposto, entendemos que a segunda faceta da temporariedade – extensibilidade gradual da norma experimental – não perde a sua autonomia em face da natureza experimental da diferenciação de tratamento.

A razão para tanto reside na constatação de que a temporariedade da norma experimental não induz necessariamente a sua extensibilidade gradual aos demais integrantes do contexto regulado. O que se afigura central à extensibilidade gradual, no que se refere ao princípio da igualdade[986], é a inviabilidade fática ou jurídica da aplicação subjetivamente

986 O ponto já foi comentado no que se refere ao princípio da segurança jurídica e, naquela oportunidade, destacamos que a harmonização gradual pode ser empregada para preservação de regras de transição para compensações sistêmicas à vulneração de um estado reflexo de determinação, produzido pelo processo de experimentação. Neste caso, poder-se-ia dizer que a segurança jurídica permitiria a reconstrução de uma

irrestrita do regime normativo testado. Em face de um contexto de inviabilidade fática ou jurídica de aplicação irrestrita, a extensão gradual adiciona, em caráter não essencial ao experimento jurídico, racionalidade no momento de conversão da norma experimental em norma de duração prolongada, revisável, etc[987].

Perceba-se, inclusive, que a identificação do pressuposto normativo da extensibilidade gradual revela que se trata de uma técnica que sequer é cabível exclusivamente em casos de experimentação parcial, como aparenta supor a doutrina. É só pensar, por exemplo, em hipóteses em que o aprimoramento cognitivo obtido respalde a necessidade de expandir gradualmente o regime normativo experimental para além dos confins subjetivos inicialmente testados. Ou ainda que sejam trazidos a lume efeitos deletérios associados à manutenção da aplicação subjetivamente irrestrita da norma experimentada, razão pela qual se deva realizar uma restrição aplicativa ulterior com extensão gradual subsequente.

Em ambos os casos, um experimento global tem a sua compatibilidade com o princípio da igualdade assegurada pela extensibilidade gradual seja de uma nova conformação diferenciante, seja como forma de absorver ou neutralizar efeitos deletérios associados à manutenção de uma aplicação subjetivamente irrestrita.

Por conseguinte, a extensibilidade gradual pode servir como mecanismo de ordenação isonômica de desigualações temporárias decorrentes de inviabilidades fáticas ou jurídicas de aplicação subjetivamente irrestrita imediata do regime normativo testado. Trata-se, pois, de um mecanismo que não se confunde com a temporariedade da norma experimental e que confere uma medida adicional de racionalidade ao processo de experimentação.

3.3.2.3.2 Adesão voluntária

Consoante sintetizado acima, a doutrina sugere que o mecanismo de adesão voluntária pode oferecer uma base objetiva ao processo de experimentação jurídica. Sobre este ponto, cumpre realizar dois breves apontamentos iniciais, imprescindíveis, em nosso sentir, para a sua adequada compreensão.

---

inviabilidade jurídica da aplicação subjetivamente irrestrita da norma experimental para determinado segmento prejudicado.

987 Assevere-se que a ausência de tal contexto levaria a eventual pretensão de extensão gradual de sua aplicabilidade a contrastar com o princípio da igualdade.

Em primeiro lugar, discorda-se que o mero consentimento do participante possa servir de base objetiva de seletividade ao experimento jurídico. É que a identificação de parâmetros objetivos idôneos para a projeção de experimentos depende da formulação da hipótese normativa que se pretende verificar, bem como da própria norma experimental[988].

Neste diapasão, a adesão voluntária funciona como um parâmetro objetivo de segundo grau, ou seja, oferece um parâmetro objetivo adicional para solucionar hipóteses em que é preciso limitar subjetivamente o processo de experimentação ou em situações em que uma vinculação compulsória afigure-se inadequada, ineficiente, sobreonerante, desproporcional ou incompatível, por outra razão, com o ordenamento jurídico.

Em complemento, entendemos que nem sempre o consentimento do participante servirá para oferecer uma base objetiva de seletividade ao experimento jurídico. Como se sabe, nem sempre a vontade é eficaz para vincular a pessoa concordante a determinado regime jurídico[989]. Da mesma forma, a vinculação de pessoas concordantes a efeitos negativos específicos ou à renúncia de certas garantias fundamentais pode se revelar simplesmente incompatível com o ordenamento jurídico[990].

Em ambos os casos, haverá inadequação do critério da adesão voluntária, a qual, conforme já comentado em subtópico supra, também pode se dar por outras razões, como, por exemplo, a incongruência com os elementos estruturais ou funcionais do experimento jurídico ou a existência de sujeitos com características especialmente idôneas.

No mais, concorda-se, em geral, com as respostas de Pascual ao problema da insuficiência da adesão voluntária em hipótese de pluralidade exorbitante de participantes. Todas as soluções, propostas pelo autor, partem da mesma lógica: se dois níveis de critérios objetivos não forem suficientes, é possível introduzir uma terceira camada objetiva de seleção, a qual, por certo, precisará dialogar com as demais.

---

988 Dessa forma, a não ser que o consentimento tenha relação com a própria hipótese, a sua previsão não seria, por si só, suficiente para alcançar o *standard* de justificação objetiva exigido pelo princípio da igualdade.

989 Imagine-se, a título de exemplo, que genitores divorciados pretendam testar se conseguem manter determinada conformação de guarda compartilhada que contemple um dado formato divisivo de prerrogativas familiares. Na sentença de divórcio, fixou-se guarda unilateral da criança em favor da mãe. Apesar de concordes, considerando que o Código Civil prevê decisão judicial, neste caso (art. 1.584, I, do CC/02), a mera vontade dos genitores e, em especial da mãe, que detém a guarda unilateral, não seria, em tese, eficaz para alterar o regime de guarda anteriormente fixado.

990 Pense-se, como exemplo, em um experimento tributário que permita um regime de tributação benéfico às pessoas jurídicas aderentes, associado, contudo, a possibilidade de imposição administrativa, em caso de inadimplemento, de sanções graduais, dentre as quais, o fechamento de estabelecimentos menos lucrativos. Embora a proibição de sanções políticas seja uma garantia, instituída em favor do contribuinte, não se admitiria a sua simples renúncia pelo participante do experimento.

Todavia, é preciso acrescentar, em primeiro lugar, que pode haver diversos outros critérios idôneos, para além do cronológico, do aleatório ou do licitatório, que poderiam ser aplicados como limitativos objetivos de terceiro grau.

Como exemplo, imagine-se um experimento em que se pretenda testar a efetividade de uma alteração na equação de equilíbrio atuarial de planos de saúde, oferecidos a idosos, como forma de enfrentar certas limitações de cobertura. Limita-se o universo de participantes aos maiores de 60 anos (critério objetivo de primeiro grau), que possuam plano de saúde com operadoras que observam X condições (critério objetivo de primeiro grau de participação compulsória) e que adiram voluntariamente ao experimento (critério objetivo de segundo grau de participação voluntária).

Em face do problema da pluralidade exorbitante de participantes aderentes, poder-se-ia pensar em uma limitação de percentual diferenciado de idosos aderentes que sejam mais estatisticamente mais propensos a precisar dos novos tratamentos abrangidos e outro percentual de idosos aderentes fora dessa faixa de maior risco, para emular uma variabilidade tendente a garantir as condições para que se verifique se a nova regulação afeta negativamente o equilíbrio atuarial dos planos de saúde. Note-se: não se optou por um critério cronológico, aleatório ou licitatório. Nada obstante, a garantia de participação que contemple variabilidade de faixas de riscos é objetivamente compatível com os demais elementos do experimento projetado[991].

Por outro lado, discorda-se da proposição de que o procedimento licitatório seria, em todos os casos, a solução preferencial. Conquanto seja, de fato, uma excelente solução normativa, tendo em vista o seu forte respaldo constitucional e legal e sua capacidade de promover, dentre outros princípios, a isonomia[992], impessoalidade, objetividade e vantajosidade, a licitação acrescenta diversos custos à preparação da experimentação que podem tornar a própria escolha do critério de adesão voluntária, como limitativo de segundo grau, irrazoável. Entende-se, neste sentido, que a licitação deve ser reservada a casos mais complexos, que exijam uma expertise ou atuação diferenciada do participante do experimento, sem prejuízo de casos em que a constituição ou a lei exijam esse tipo de procedimento.

---

991 É claro que a variabilidade de segurados em faixa de riscos diversas já deveria estar contemplada nos critérios objetivos de níveis ou graus anteriores. Pode ser o caso de se contemplar tal variabilidade nas condições X de participação compulsória das operadoras de plano de saúde.

992 JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016. p. 548-549 (versão e-book).

Noutro giro, imperioso ressaltar que o critério de adesão voluntária não precisa ser exclusivamente autovinculante. Conquanto a doutrina em geral não faça essa observação, defendemos que a adesão voluntária pode oferecer uma base objetiva de desigualação mesmo se gerar, ao mesmo tempo, heterovinculação.

A questão certamente exige desenvolvimentos ulteriores, que não poderão ser formulados nesta sede por razões de limitação de escopo. Contudo, sem prejuízo de reflexões posteriores, sugere-se que a previsão de adesão voluntária com efeitos heterovinculantes, para que possa ser associada à superação da objeção de igualdade, deve guardar um nexo de pertinência justificativa com as demais camadas de critérios objetivos e que a heterovinculação se dê em prol de uma proteção subjetiva especial[993].

Assevere-se, desde logo, que não se trata de arguir que a adesão voluntária com efeitos heterovinculantes somente possa ser empregada com a observância desses requisitos. Em sentido diverso, cuida-se de afirmar que tal mecanismo adesivo somente estará relacionado com a superação da objeção da igualdade se verificados os dois requisitos propostos[994].

Veja-se que a doutrina até alude a uma hipótese de adesão voluntária com efeitos heterovinculantes realizada por Estados, Municípios, ou outras entidades estatais com poder de representação democrática sem, contudo, relacioná-la à objeção de igualdade. Neste caso, argumenta-se que a entidade estatal substituiria ou, ao menos, compensaria a falta de adesão voluntária dos sujeitos que integram a sua abrangência territorial[995].

Em nossa opinião, o argumento de representatividade democrática, notadamente em caso de não afetar as situações jurídicas do próprio ente estatal, afasta-se da *ratio* subjacente à superação da objeção de igualdade por consentimento do participante, na medida em que baseada em uma lógica de renúncia (personalíssima) ou de perempção da oportunidade de aderir.

---

993 A adesão voluntária com efeitos heterovinculantes, vale dizer, precisa continuar sendo adequada ao experimento.

994 Ou requisitos que sigam a mesma lógica e que sejam defendidos pela doutrina em caráter ulterior.

995 RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014. Seria o caso, por exemplo, de um experimento em que pessoas residentes nos Estados do Rio de Janeiro, São Paulo e Minas Gerais atendem aos requisitos objetivos estabelecidos para seleção de participantes. Considerando que a aplicação da norma experimental deve ser realizada em apenas um Estado e que, segundo mecanismos de avaliação prévia, há pessoas nos três Estados que adeririam ao experimento, opta-se pelo critério de adesão com heterovinculação, restando aderente apenas o Estado de Minas Gerais.

Neste caminhar de ideias, os dois requisitos propostos visam a religar o efeito heterovinculante ao argumento de igualdade. O primeiro requisito (nexo de pertinência justificativa) visa a garantir que a heterovinculação providenciará – assim como a autovinculação – um reforço de justificação objetiva, o que encontra sustentação na já defendida premissa de que tratamentos diferenciados dependem de justificação objetiva e racional. A pertinência justificativa estará presente, dessa forma, sempre que a adesão voluntária com efeitos heterovinculantes concretizar ou for objetivamente referível ao critério objetivo de grau anterior.

Por exemplo, em um experimento que vise a reduzir "cifras negras" de discriminações de gênero no ambiente de trabalho, assegurar aos próprios sujeitos discriminados ou entidades representativas a indicação de pessoas jurídicas para participação do processo de experimentação pode garantir a adequação do critério de adesão voluntária – que, de outra forma, provavelmente, não ocorreria – bem como permitiria, ao condutor do experimento, obter informações sobre a difusão de práticas discriminatórias de menor expressão que, de outra forma, permaneceriam desconhecidas ou inacessíveis.

Na hipótese, o condutor do experimento ainda deverá estabelecer critérios objetivos idôneos para avançar a hipótese normativa testada. Pode-se, por exemplo, estabelecer um rol de práticas discriminatórias específicas, quantidade mínima de pessoas contratadas ou de sujeitos discriminados, início de prova das práticas discriminatórias indicadas, dentre outras. Diante desses critérios objetivos, resta claro o nexo de pertinência justificativa da previsão de adesão voluntária com efeitos heterovinculantes, o que, no caso exemplificado, deriva, antes de mais nada, da carência informativa acerca das práticas discriminatórias que se pretende coibir com o regime experimental[996], da inadequação da autovinculação empresarial, bem como da sensibilidade da informação necessária.

---

996 Em sentido semelhante ao já defendido supra, o nexo de pertinência justificativa não depende da unicidade de critérios disponíveis. O mais provável é que existam outras respostas que atendem ao nexo de pertinência justificativa e que não se baseiam em adesão voluntária. A título de exemplo, poder-se-ia disponibilizar um teste anonimizado, a ser respondido pelos sujeitos discriminados, cujos resultados seriam posteriormente avaliados pelo centro cognitivo da concepção do experimento para definição das empresas participantes. Seria possível, ainda, realizar o cruzamento de dados dos mais diversos – "rotatividade" de empregados, demandas na justiça do trabalho, etc – para definir quem seriam os participantes do experimento. A pluralidade de critérios disponíveis, no entanto, não obsta a heterovinculação por adesão voluntária que, neste caso, por exemplo, poderia ser justificável pela maior aptidão para obtenção de informações reais e atuais do que o cruzamento de dado, por exemplo, e menos propenso ao viés de disponibilidade do que uma verificação de situações discriminantes narradas por empregados em testes standardizados.

Por outro lado, o requisito de proteção subjetiva especial visa a explicar por qual razão um sujeito que, no mais das vezes, não estará obrigado diretamente à norma experimental poderá, com a sua manifestação de vontade, vincular outrem ao experimento. A ideia é simples: se a norma experimental visar a afetação de uma relação jurídica, integrada por sujeitos em posições desiguais, por que aquele em posição favorecida deve reter a prerrogativa de escolher se vai ou não se submeter a um regime experimental que potencialmente lhe será desfavorável?

O requisito da proteção subjetiva especial, portanto, inverte a lógica de quem deve aderir ao experimento, garantindo que o sujeito em posição inferior ou especialmente protegido possa realizar o seu próprio juízo de oportunidade acerca da participação no experimento. Assim, desde que a posição inferior ou especialmente protegida guarde relação direta com o que está sendo experimentado, parece razoável defender que a inversão adesiva, preconizada pela heterovinculação, seja, em observância do próprio princípio da igualdade, justificável.

Vale conferir, novamente, o exemplo do plano de saúde. Não há dúvidas de que os idosos são sujeitos especialmente protegidos pelo ordenamento e que, diante das limitações trazidas pelo processo natural de envelhecimento, estão em uma posição fragilizada na relação havida com as operadoras de plano de saúde.

Além disso, parece razoável supor que essa proteção especial está diretamente implicada em um experimento que pretende, em última análise, ampliar, em seu pretenso benefício, a cobertura mínima dos planos de saúde e que assume, como hipótese, que isso não afetará o equilíbrio atuarial dessa modalidade contratual.

De tal forma que, desde que haja nexo de pertinência justificativa e proteção subjetiva especial, o critério de adesão voluntária com efeitos heterovinculantes poderá oferecer um parâmetro objetivo adicional ao processo de experimentação capaz de contribuir para a superabilidade da objeção de igualdade.

Reitere-se que os requisitos propostos dependem de maiores considerações, principalmente no que se refere à sua amplitude e suficiência. Entretanto, em um pensamento preliminar, a observância de um nexo de pertinência justificativa, acrescido da proteção subjetiva especial, parece oferecer um esquema argumentativo tendente a afastar o óbice de

igualdade, na medida em que garante justificabilidade objetiva à diferenciação experimental (primeiro requisito) e ao próprio efeito heterovinculante (segundo requisito)[997].

3.3.2.3.3 Equalização de prejuízos e de proteção mínima

Em caráter derradeiro, concorda-se com a pertinência da equalização de prejuízos e de proteção mínima para superação da objeção de igualdade. A possibilidade de alteração conceptiva ou de robustecimento de mecanismos compensatórios, como forma de eliminar o contraste com a igualdade ou reduzir o seu peso ponderativo, imprime ao processo de experimentação maior maleabilidade, garantindo a sua projeção em uma maior gama de casos concretos.

Assevere-se que o expediente de equalização pode ser utilizado tanto no momento de projeção inicial do experimento, como em revisões subsequentes, cumprindo rememorar que os prejuízos ou padrões protetivos que devem ser equalizados são aqueles previsíveis ou prospectáveis pelo centro decisório[998].

Assim, em princípio, eventual verificação superveniente de que os prejuízos seriam menores ou maiores não necessariamente ensejará uma compensação retroativa em favor do prejudicado, conquanto possa, dependendo das circunstâncias, ensejar uma nova concepção equalizada da norma experimental.

Explica-se o afirmado quando se rememora que o experimento lida com incertezas elevadas ou com contextos de mutabilidade acelerada, razão pela qual se o parâmetro de aferição de prejuízos fosse *ex post* estar-se-ia, na verdade, garantindo uma compensação por algo que não se tinha como saber e que, de outra forma – decidindo sem experimentação – seria sofrido de qualquer forma. Além disso, o aprimoramento prospectivo já é esperado no final do processo de experimentação, o qual, apesar de ser projetado para evitar erros, não

997 Vale destacar, por fim, que adesões dúplices também podem ser pensadas, sobretudo para solucionar hipóteses em que há uma pluralidade exorbitante de participantes inicialmente aderentes. Com efeito, neste caso, a dupla adesão funciona como parâmetro objetivo de terceiro grau que atribuiria ao sujeito sem proteção especial ou não afetado diretamente pela norma experimental a possibilidade de reduzir o espectro de participantes do experimento a partir do seu próprio juízo de oportunidade, sem prejuízo da observância de um nexo de pertinência justificativa.

998 Destacando o requisito da previsibilidade, cf.: RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014, p. 193.

pode debelá-los de maneira absoluta diante das limitações cognitivas que marcam a sua adequabilidade.

Por conseguinte, entendemos que a admissão da técnica de equalização vem acompanhada de um respaldo de pré-decisões supervisionadas consonantes com estados de previsibilidade *ex ante*. De tal sorte que, em regra, não há se falar em direito à reversibilidade compensatória de prejuízos por mera razão de aprimoramento do juízo prospectivo.

Frise-se que não se defende que a pretensão de obter a reversão compensatória de prejuízos imprevisíveis *ex ante* é sempre descabida. Apenas se destacou que o argumento do aprimoramento de juízo prospectivo não configura justificação suficiente para, à luz do princípio da igualdade, assegurar essa providência. Não se olvide, neste sentido, que a racionalidade inerente à experimentação baseia-se numa abordagem prudencial de um problema diante de um estado cognitivo deficitário e não em uma abordagem inercial ou imobilista.

Para que se possa falar em reversibilidade compensatória de prejuízos imprevisíveis *ex ante* outras razões devem estar presentes. A título de exemplo, poder-se-ia pensar na intensidade do desequilíbrio entre prejuízo sofrido e aquele previsto ou na alteração da equação de proporcionalidade da medida experimental em decorrência dos prejuízos efetivamente sofridos. Outra possibilidade, já comentada supra, consiste em garantir, em virtude de violação à continuidade normativa, uma transição suave entre uma posição brusca ou abruptamente prejudicial, por exemplo, e uma nova posição jurídica.

Por fim, ressalte-se que a escolha entre equalizar prejuízos ou o padrão protetivo dependerá das normas que incidem sobre o experimento. No exemplo do regime processual experimental português, a escolha por uma equalização de proteção mínima decorreu da percepção de que era isso que a garantia do devido processo legal assegurava ao jurisdicionado.

Eventuais prejuízos decorrentes de restrições processuais[999], contidas no regime experimental, desde que não desrespeitada a proteção mínima, garantida pelo devido processo legal, não ensejariam a necessidade de equalização. Dessa forma, permitiu-se, observado esse

999 Por exemplo, diferimento do contraditório sobre exceções para a audiência preliminar, posterior ao despacho saneador, devido a restrição ao cabimento de resposta à contestação, cf.: SILVA, Paula Costa e. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental. Revista de Processo, vol. 156, fev., 2008, p. 237-250.

limite, que houvesse a introdução de diferenças de tratamento processual, sem olvidar, é claro, da existência de justificação racional e objetiva para tanto.

3.4 **Cognição atípica**

Conforme antecipado no tópico 3.1.5, a segunda contribuição que pretendemos oferecer à justificação sistêmica do experimento jurisdicional de reestruturação diz respeito às pressuposições normatizantes referentes a característica essencial de atipicidade cognitiva. A principal questão que orientará o desenvolvimento do presente tópico, portanto, será a seguinte: a medida de atipicidade cognitiva, característica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, é admissível pelo nosso ordenamento jurídico?

De plano, é perceptível que se parte de uma perspectiva analítica distinta daquelas seguidas nos dois tópicos anteriores. Com efeito, naqueles tópicos, o instituto estudado, tomado como um todo, teve a sua compatibilidade cotejada à luz de dois princípios constitucionais específicos. No presente tópico, pretende-se realizar o inverso: cotejar uma característica do instituto estudado com o ordenamento jurídico como um todo.

Como seria de se supor, a perspectiva analítica, adotada neste tópico, é sobremaneira mais desafiadora do que a adotada nos tópicos antecedentes, notadamente porque nos tópicos 3.2 e 3.3 bastava cotejar um conjunto restrito de características normativas com apenas duas normas, extraindo apenas delas eventuais contradições relevantes. Diversamente, neste tópico, as contradições relevantes são tendencialmente infinitas, uma vez que o ordenamento é composto por inúmeras significações normativas.

Para evitar uma tarefa potencialmente inexequível, será introduzida, no próximo subtópico, uma intencionalidade específica, um aspecto de compatibilidade com o ordenamento jurídico que, em nossa percepção, é o que mais claramente se pensa quando se enuncia a necessidade da projeção de um método cognitivo atípico.

3.4.1 Aspecto de compatibilidade analisado: papel a ser desempenhado pela lei em matéria de cognição judicial e cabimento da projeção jurisdicional de métodos cognitivos atípicos

Antes de apresentar o aspecto de compatibilidade que será analisado, cumpre ambientar a discussão do presente tópico. Para este efeito, vale rememorar que o experimento

jurídico consiste em um método cognitivo, baseado na introdução de uma norma experimental em um contexto regulado, estando fundamentado, sobretudo, no princípio do devido processo legal.

Perquire-se, por meio de sua estrutura normativa matricial e de uma engenharia normativa autorreferente, informadas pela segurança jurídica como continuidade, um aprimoramento cognoscente (*telos)*, baseado em plausibilidade teleológica, que garante a incorporação de razões consistentes ao processo de tomada de decisão, equalizando recursos cognitivos não disponíveis ao tempo da decisão.

Trata-se, ademais, de um mecanismo condicionado, por implicatividade positiva, pelo princípio da cognição adequada, sendo notadamente projetável diante de estados cognitivos deficitários e mutabilidade acelerada, marcados por carências regulativas (por lacunosidade e baixa densidade normativa), desde que haja condições técnicas de aprendizagem.

Assinale-se que a atipicidade cognitiva surge como "espinha dorsal" da receptividade sistêmica do processo de experimentação porquanto essencial para que o processo de experimentação assuma contornos concretos consonantes com todas as proposições – descritivas e justificativas – discutidas com vagar no capítulo anterior. Em virtude disso, a atipicidade cognitiva constitui claro ponto de parada argumentativa que precisa ser enfrentado. Com efeito, sob um discurso de justificação sistêmica, o processo de experimentação pressupõe o cabimento, em alguma medida, da projeção jurisdicional de métodos cognitivos atípicos.

Neste sentido, interessa perquirir se "alguma medida" (M_p) dessa pressuposição normatizante (P_1) é recepcionável pelo nosso ordenamento jurídico (O_1). De uma maneira geral, isso significa indagar qual é o papel que a lei desempenha, ou deve desempenhar, em matéria de cognição judicial e o que poderia induzir a formatação de um espaço de conformação jurisdicional da atividade cognitiva. Eis o aspecto de compatibilidade que será averiguado nessa dissertação.

O primeiro passo que se nos afigura relevante abordar, neste sentido, consiste em indagar se o papel desempenhado pela lei em nosso ordenamento jurídico pode ser descrito sob as lentes legicêntricas da legalidade clássica, eis que é comum impugnar medidas de atipicidade, com base em argumentos semelhantes, cumprindo analisar, desde logo, a sua pertinência.

3.4.2 Legalidade clássica e legicentrismo

Para os fins desta dissertação, uma leitura legicêntrica do ordenamento jurídico é aquela que, ao lado da gravitação em torno do processo legislativo, em que a lei, em sentido formal, surge como o instrumento preferencial[1000] e predominante de regulação estatal, conjura-se um formato clássico de legalidade. Como se sabe, o legicentrismo, informado, sobretudo, por ideais iluministas, enxergava na lei um instrumento onipotente, inflexível, infalível e de "verdade" inquestionável, que extraía a sua legitimidade da "vontade geral" nela expressada ou da primazia representativa do corpo que lhe editou[1001].

Sob este ideário, "criador" (legislador) e "criatura" (lei) consistem, eles mesmos, em abstrações idealizadas, na medida em que se vislumbra nesta uma clareza (descrição exauriente)[1002] e completude (ausência de lacunosidade)[1003] inalcançáveis[1004], e naquele uma capacidade quase "mediúnica" de prever todos os aspectos relevantes da realidade material que podem reger a totalidade dos casos futuros[1005].

1000 Confira-se a opinião de José Antônio Pimenta Bueno que, em 1857, assim se manifestou: "Com effeito, a constituição por si só é pouco mais do que um symbolo de esperanças lisongeiras. É o frontispício grandioso do edificio representativo, que para ficar só em simples decoração isolada demanda suas columnas de segurança, seus espaços interiores, que resguardem os direitos publicos e individuaes que sirvão de officinas da prosperidade social" (grafia original). BUENO, José Antonio Pimenta. Direito público brazileiro e analyze da Constituição do Império. 1ª ed. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E. C. 1857. p. 46.

1001 Como descreve CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003. Ressalte-se que a visão idealizada de perenidade do produto legal – criticada no capítulo 2 – escora-se neste formato de legalidade clássica.

1002 Como critica MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 49, dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 16 jan. 2022.

1003 Da completude do sistema, foram desenvolvidas teorias que negavam a existência de lacunas, como ensina DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2000. p. 29-68.

1004 Sobre as utopias revolucionárias alçadas a dogmas inalcançáveis, cf.: MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 49, dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 16 jan. 2022. Reconhecendo que a compartimentação estanque de poderes, arquitetada pela visão tradicional francesa, constituía uma "concepção mística e mistificadora" que simplificava de maneira incongruente as funções administrativa e jurisdicional, cf.: MORAND, Charles-Albert. Le droit néo-moderne des politiques publiques. Paris: LGDJ, 1999, p. 45. Frise-se que o legicentrismo francês não corresponde ao paradigma predominante atualmente naquele país, conforme ensina TEIXEIRA, João Pedro Accioly. A Evolução da Jurisdição Constitucional Francesa: Do Legicentrismo à Questão Prioritária de Constitucionalidade. Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado, v. 1, n. 1, 2017. p. 142-154.

1005 O caráter ortodoxo de uma tal concepção de legalidade também é apontado, em matéria de competência, por CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de

Ressalte-se que a legalidade clássica não depende, necessária e totalmente, de um paradigma legicêntrico de ordenamento jurídico. É possível admitir, pois, o controle de constitucionalidade das leis (perda da primazia legal) e o equilíbrio entre as instâncias de poder (perda do primado do parlamento) sem, ao mesmo tempo, abdicar, totalmente, de um formato de legalidade que se baseie na textualização de enunciados com pretensão de descritibilidade exauriente e completude, o qual, conquanto não esteja no ápice do ordenamento, consista no instrumento regulatório predominante do Estado.

De outro lado, a recíproca não parece verdadeira: um ordenamento legicêntrico prefigura a legalidade clássica. Dito de outra forma, a mistificação do "criador" se propaga ao misticismo da "criatura", embora (algum nível de) mistificação da "criatura" possa não se escorar no misticismo de seu "criador". Seja como for, parece claro que ambos bebem da mesma ou similar fonte ideológica e detém aptidão para, ao menos, se reforçar mutuamente, sem que ideologia e reforço mútuo impliquem em uma correspondência biunívoca entre os seus predicados.

Observe-se, noutro prisma, que legicentrismo e legalidade clássica deixam suas marcas sobre a atividade do Estado-juiz, estando subjacentes, por exemplo, em maior ou menor medida, às teorias finalístico-objetivas, sancionatórias e finalístico-subjetivas de jurisdição. Seja como *longa manus,* defensor da atividade legislativa, aplicador das sanções cominadas pelo direito objetivo, ou como aquele que atua a vontade concreta da lei, paradigma e formato confinam a função jurisdicional a espaços de conformação normativa restritos ao direito objetivo[1006].

Deste confinamento resulta que, em um ordenamento legicêntrico ou que adote um modelo clássico de legalidade, o cabimento de projeções jurisdicionais atípicas não seria justificável na perspectiva temporal adotada. Em abono da possibilidade de justificação sistêmica, poder-se-ia, no máximo, enxergar alguma medida de receptividade em casos de integração pontual de lacunas normativas, rejeitando, portanto, uma visão de completude sistêmica[1007]. Todavia, nesta extensão, a pressuposição normatizante não teria aptidão para

competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. RB-2.18.

1006 A classificação das teorias sobre jurisdição, bem como a sua descrição, podem ser conferidas em GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 40-86.

1007 Essa medida de atipicidade justificável parece indicar que a prevalência do paradigma legicêntrico transpõe ao exercício da função jurisdicional um espaço regulatório tipicamente "instantaneísta", privilegiando, pois, "um conhecimento sincrônico, por cortes sucessivos, em que a única coação de racionalidade reside na exigência de coerência momentânea das diferentes normas pertencentes a esta estrutura síncrona". Fora desse espaço, a

justificar a entremistura cognitivo-regulatória experimental, cuja atipicidade, ainda que fosse condicionável, por implicatividade negativa, para se referir à lacunosidade, certamente não dependeria de uma integração meramente pontualizada[1008].

Conforme veremos a seguir, o legicentrismo e a legalidade clássica não descrevem, na atualidade, o papel desempenhado pela lei em nosso ordenamento jurídico, tampouco em matéria de cognição judicial. Não caberia, nesta sede, inventariar todas as múltiplas razões que servem de respaldo ao afirmado, sob pena de abdicar do compromisso epistêmico, declarado ao final do tópico anterior. Entretanto, por se tratar de premissa que, em nosso sentir, afigura-se imprescindível para compreender o papel desempenhado pela lei, em matéria de cognição judicial, é preciso, ao menos, trazer a lume as ideias que apresentam maior relevo para o deslinde da justificação proposta.

3.4.2.1 Constituição e comportamento das instâncias estatais: rejeição ao legicentrismo e à legalidade clássica

O paradigma legicêntrico de ordenamento sucumbe a uma leitura meramente superficial da Constituição de 1988 (CRFB/88). Com efeito, o primado do parlamento esmorece, antes de mais nada, diante da previsão do equilíbrio entre instâncias de poder estatal, que retira do vértice da superestrutura estatal[1009] qualquer pretensão de superioridade orgânica do Legislativo[1010].

---

diacronia na jurisdição seria correspondente a (eventual) diacronia do fenômeno legiferante. Entenda-se: sob o paradigma analisado, parece claro que mesmo que sejam "ultrapassa[das] as aporias do instantaneísmo puro e simples", de modo a "introduz[ir] a ideia de continuidade e diacronia" ao fenômeno legiferante, a jurisdição permaneceria residualmente diacrônica por correspondência externa. Tanto a resposta sincrônica, como a diacronia por correspondência externa prenunciam a incompatibilidade com a medida de atipicidade e o grau de controlabilidade intersubjetiva exigidos para projeção de experimentos jurisdicionais de reestruturação. Sobre a concepção instantaneísta do tempo no direito, cf.: OST, François. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC. 2005. p. 221 e ss; 227; 229.

1008 Principalmente quando se observa que a superposição de características essenciais atrai para o âmbito do processo de experimentação à inviabilidade de estipulação prévia dos circuitos procedimentais que, como vimos, caracteriza os processos estruturais.

1009 Sobre o tema, vale conferir a tese de ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Contribuição para uma análise processual dos conflitos brasileiros de atribuição. 2006. 459 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito., Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 159-163 (dentre outras).

1010 Na verdade, o primado do parlamento esmorece, antes de mais nada, como resultado da história do constitucionalismo brasileiro, que "desapropria" da lei a posição de mecanismo preferencial de limitação do Estado e proteção de direitos, entregando-a à Constituição. Seria enfadonho e generalizante repisar a história do constitucionalismo brasileiro nesta sede, razão pela qual remete-se o leitor ao trabalho de outras mentes que já lhe sistematizaram de maneira adequada. Por todos, cf.: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 97-154.

Da mesma forma, o Estado contemporâneo não admite autojustificação, representando, nada mais do que um constructo histórico "feito de, pelo e para o homem"[1011]. O *telos* antropocêntrico do Estado, confirmado pela previsão da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, se incompatibiliza com uma suposta infalibilidade do legislador, colocando sob escrutínio conteudístico toda e qualquer regulação estatal[1012]. Jurisdição, sob a égide da CRFB/88, nunca poderia ser finalisticamente justificada na defesa da integridade do produto legiferante (escopo externo), sob pena de atribuir à pessoa humana "um valor derivado (…) na constelação axiológica que sublima o ordenamento"[1013].

Sob este prisma, o escopo objetivo da jurisdição não se subordina à demarcação legiferante do que é tutelável, na medida em que, expressamente, o art. 5º, XXXV, da CRFB/88 proclama a inafastabilidade legal da tutela jurisdicional de direitos[1014].

Ademais, vale recordar que a CRFB/88 prevê um amplíssimo catálogo de direitos fundamentais, os quais, para além de formatarem posições jurisdicionalizáveis independentemente de *interpositio legislatoris*[1015], servem de parâmetro de controle de

---

1011 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 296. Ver também, defendendo o *telos* antropocêntrico do Estado, ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-2.5.

1012 Não há, pois, "vontade geral" metafísica ou majoritária que sublime a tutelabilidade do núcleo axiológico assegurado na Constituição Federal, o qual não mais ocupa a posição de mero "frontispício" do edifício jurídico, senão as suas bases indefectíveis.

1013 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 297. Ainda mais contundentes são as palavras empregadas para descrever (p. 297-299), neste mesmo sentido, a posição do autor na relação jurídico-processual, confira-se: "o autor não é um gestor de negócios que age por conta do Estado e o interesse de agir é da parte, não do Estado. Por isso, o direito de ação não pode ser visto como uma espécie sui generis de exercício privado de uma função pública. É inaceitável desapropriar o direito de ação. (…) o interesse do Estado a que seja dada razão a quem assiste o direito material não tangencia o escopo da jurisdição, senão o modo de ser do processo. (…) a jurisdição não é uma *res serviente* ao Estado. Deve ser exercida ainda quando não transmita valores fundamentais para a sociedade ou não haja um interesse imediato do produtor do sistema jurídico".

1014 Em nossa opinião, seria contraditório somente admitir que interesses juridicizados editalmente em lei poderiam ser postulados em juízo e, ao mesmo tempo, assentar a fundamentalidade da garantia de inafastabilidade da tutela jurisdicional. Em complemento, vale dizer que a supressão do qualificativo "subjetivo" ao substantivo "direito" na redação do dispositivo da atual Constituição pode ser interpretada historicamente – em contraposição à Constituição de 1967 – como uma forma de abranger os direitos coletivos, os quais não são necessariamente juridicizados da mesma forma que os direitos individuais. Este último ponto pode ser conferido em TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 310-311. Todavia, a opinião da autora, acerca do dispositivo constitucional, não é a mesma exibida nesta sede.

1015 ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 1, p. 401-430, 2008. Vale lembrar que a nossa constituição assegura a aplicabilidade imediata e direta dos direitos fundamentais, o que reforça a conformação de posições jurisdicionalizáveis oriundas de normas constitucionais e, por isso, não ontologicamente subordinadas à atuação legislativa.

constitucionalidade de atos normativos e, segundo o próprio texto constitucional, "não excluem outros [direitos] decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte"[1016].

Aliás, ainda num plano geral, é impossível deixar de destacar a previsão de uma pluralidade de mecanismos de controle jurisdicional de constitucionalidade, abrangendo controlabilidade em abstrato e em concreto, de forma concentrada e difusa, para declarar inconstitucionalidades, em caráter repressivo e (excepcionalmente) preventivo, tanto por ação, como por omissão. Mais do que isso: a Constituição prevê controle político de constitucionalidade, tanto no que se refere à admissibilidade de veto presidencial se dê por razões de inconstitucionalidade, como por integrar, ao próprio processo legislativo, o controle de constitucionalidade de propostas de atos normativos[1017].

A Constituição ainda impõe deveres constitucionais de legislar[1018], cujo descumprimento, observadas determinadas condições, pode ensejar desde a exortação ao legislador até ao suprimento jurisdicional, mediante mandado de injunção, inclusive em caráter geral[1019].

Veja-se, outrossim, que a Constituição retira, expressamente, do domínio legislativo a exclusividade da atividade legiferante. Para além do suprimento jurisdicional de omissões inconstitucionais, destaca-se, no âmbito do Judiciário, a possibilidade de edição de seus próprios regimentos internos, dispondo sobre competência e funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos[1020], e, no âmbito do Executivo, a amplitude das hipóteses de

1016 Sobre direitos fundamentais não enunciados, cf.: PARDO, David Wilson de Abreu. Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação. 2005. 327 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005. p. 268-295.

1017 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 62-72.

1018 Criticando a concepção dominante de omissão inconstitucional, cf.: CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 55-94.

1019 BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro : exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7ª ed. São Paulo: Saraiva. 2016. p. 113-119. Embora a tese concretista geral hoje esteja prevista em lei, certo é que ela foi resultado de uma construção jurisprudencial.

1020 CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-5.9.

edição de medidas provisórias[1021], a possibilidade de regulação de determinadas matérias por decretos autônomos, de alteração de alíquotas de certos tributos, dentre outras.

Assevere-se também que a Constituição Federal não assegura ao Legislador brasileiro nem mesmo a iniciativa para legislar em todas as hipóteses, sendo certo, por exemplo, que até mesmo a prerrogativa de propor emendas legislativas é restringida em determinados casos.

Ressalte-se, a mais não poder, que numa hierarquia de fontes, a lei nem sempre ocupa uma posição subsequente à norma constitucional. Apenas a título de exemplo, os tratados de direitos humanos, não internalizados com base no procedimento previsto pelo art. 5º, §3º, da CRFB/88, ocupam posição hierárquica de supralegalidade[1022], assim como o costume indígena pode se sobrepor, por força do art. 231, da CRFB/88, à legislação estatal, o que já foi reconhecido em matéria de aplicação de sanções penais[1023].

Em suma, conclui-se, numa leitura superficial da Constituição Federal, dentre outras coisas, que: (i) não há superioridade orgânica ou centralidade institucional do Legislativo; (ii) nenhuma regulação estatal é autojustificável, pois o *telos* que move o Estado é antropocêntrico; (iii) a lei não declina todas as posições jurisdicionalizáveis; (iv) a lei está submetida conteudisticamente às normas constitucionais expressas e aquelas decorrentes do sistema constitucional; (v) a lei, para além de não se encontrar no vértice do ordenamento, não ocupa sempre uma posição hierárquica subsequente à norma constitucional; (vi) a lei pode ser objeto de revisão crítica, com amplitudes variáveis, por todas as instâncias de poder, por meio de uma pluralidade de mecanismos previstos na constituição; (vii) a atividade legiferante não é exercida com exclusividade pelo Legislativo, mas sim partilhada, em maior ou menor

1021 Trata-se de prerrogativa que visa, em princípio, a equalizar o tempo de legiferação ao tempo da necessidade regulatória, sendo uma das estratégias adotadas, em termos de arquitetura institucional, para superar a letargia legislativa. Cf.: NEGRETTO, Gabriel L. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. Revista mexicana de sociología, v. 65, n. 1, p. 41-75, 2003. Interessante notar que da mesma forma que a nossa Constituição outorgou ao Judiciário o poder de controlar a omissão legislativa e administrativa, outorgou ao Executivo, notadamente em situação de afetação das pautas centrais de governo, o controle das omissões legislativas, desde que presente relevância e urgência, vedada a sua edição no que se refere à determinadas matérias.

1022 MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 261-262.

1023 Interessante notar que a definição das modalidades de penas cabíveis, a individualização da pena em relação ao tipo penal e o próprio tipo penal são matérias submetidas à reserva de lei (art. 5º, XXXIX e XLVI, da CRFB/88). Todavia, entende-se que a pena aplicada pelas comunidades indígenas, ainda que diversa da penalidade prevista em lei, é suficiente para suscitar, por exemplo, situação de *bis in idem*. O reconhecimento de *bis in idem* é demonstrativo de que o costume indígena (plano material) derrogou a aplicação da lei penal e a decisão indígena (plano processual) teve a sua prolação reconhecida como autêntico exercício de jurisdição. Sobre jurisdição indígena, cf.: GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 125-126.

medida, com as demais instâncias estatais; (viii) o legislador não detém iniciativa para legislar em todas as hipóteses; (ix) o legislador não pode escolher não legislar sobre algumas matérias; e (x) o legislador não detém a prerrogativa de propor emendas legislativas, de forma ampla, em todos os casos.

É claro que a mera previsão em norma constitucional não assegura, necessariamente, a força normativa esperada. A força normativa e a consistência prática das normas constitucionais dependem de uma conjuntura de elementos políticos, institucionais e sociais que nem sempre estiveram presentes em nossa história constitucional[1024]. Um dos exemplos mais vergonhosos da história do STF, que bem demonstra essa tendência, foi o julgamento do MS 3.557 DF que já antecipava, com a explícita capitulação institucional do Supremo diante das "fôrças insurretas", o regime militar que viria a ser instituído dali há cerca de oito anos[1025].

Nada obstante, uma breve mirada no comportamento das instâncias de poder estatal confirma que o que se extraiu do texto magno não apenas se encontra incorporado à *praxis* institucional, como também foi aprofundado por ela. E diante da força normativa da CRFB/88

1024 Não se trata de aderir à tese das forças reais de poder de Lassale. A constituição não precisa espelhar a conformação atual dessas forças, mas para que ela tenha aptidão para conformar a realidade, inequivocamente, são necessárias determinadas condições extrajurídicas. O caso Café Filho, acima citado, bem demonstra a imaturidade e fragilidade institucional do Estado Brasileiro em 1956, sequestrado por um ilegítimo "poder de fato", contra o qual as demais instâncias estatais se prostraram resignadas. Sobre o conceito de força normativa da constituição, cf.: HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991. Sobre a falta de efetividade das constituições brasileiras anteriores a atual, cf.: BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de direito administrativo, v. 232, p. 141-176, 2003. Para conferir outros exemplos da fragilidade institucional brasileira durante as constituições anteriores, veja-se a pesquisa de Zveibil em ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Contribuição para uma análise processual dos conflitos brasileiros de atribuição. 2006. 459 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 40-130.

1025 Eis o que disse, naquele fatídico julgamento, o Ministro Nelson Hungria: "Afastado o manto diáfano da fantasia sobre a nudez rude da verdade, a resolução do Congresso não foi senão a constatação da impossibilidade material em que se acha o Senhor CAFÉ FILHO, de reassumir a Presidência da República, em face da imposição dos tanks e baionetas do Exército, que estão acima das leis, da Constituição e, portanto, do Supremo Tribunal Federal. Podem ser admitidos os bons propósitos dessa imposição, mas como a santidade dos fins não expunge a ilicitude dos meios, não há jeito, por mais especioso, de considerá-la uma situação que possa ser apreciada e resolvida de jure por esta Corte. (...) Contra uma insurreição pelas armas, coroada de êxito, somente valerá uma contrainsurreição com maior força. E esta, positivamente, não pode ser feita pelo Supremo Tribunal, posto que este não iria cometer a ingenuidade de, numa inócua declaração de princípios, expedir mandado para cessar a insurreição. Aí está o nó górdio que o Poder Judiciário não pode cortar, pois não dispõe da espada de Alexandre. O ilustre impetrante, ao que me parece, bateu em porta errada. Um insigne professor de Direito Constitucional, double de exaltado político-partidário, afirmou, em entrevista não contestada, que o julgamento deste mandado de segurança ensejaria ocasião para se verificar se os Ministros desta Corte 'eram leões de verdade ou leões de pé de trono'. Jamais nos inculcamos leões. Jamais vestimos, nem podíamos vestir, a pele do rei dos animais. A nossa espada é um mero símbolo. É uma simples pintura decorativa no teto ou na parede das salas de Justiça. Não pode ser oposta a uma rebelião armada. Conceder mandado de segurança contra esta seria o mesmo que pretender afugentar leões autênticos sacudindo-lhes o pano preto de nossas togas." O inteiro teor do acórdão pode ser conferido em https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=82599.

não há espaço para defender uma postura legicêntrica ou a adoção preferencial de um modelo de legalidade clássica. Vejamos.

Em primeiro lugar, não apenas há a previsão de mecanismos diversificados de controle de constitucionalidade, como a prática institucional respalda amplamente à sua aplicação. Tamanha a institucionalização das formas de controle difuso e concentrado, abstrato e concreto, que foram desenvolvidas, inclusive, técnicas decisórias diferenciadas em matéria de constitucionalidade, como a interpretação conforme, a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, técnicas manipulativas e aditivas de sentido, dentre outras.

Não apenas leis e atos normativos em geral são objeto de controle de constitucionalidade, como estados de coisas e práticas institucionais são submetidas a escrutínio conteudístico e formal à luz das normas constitucionais[1026].

Diversas searas, anteriormente infensas ao controle jurisdicional, encontram-se submetidas, em maior ou menor grau, à sindicação do Judiciário. Demandas relacionadas às leis orçamentárias, à questões regimentais do Congresso Nacional, à promoção dos direitos sociais, a políticas públicas, à nomeação de ministros de Estado, à prerrogativa de indulto presidencial, dentre várias outras, foram admitidas e julgadas pelos tribunais brasileiros sob a égide da CRFB/88.

No plano internacional, o fortalecimento do sistema interamericano de direitos humanos tem significado a submissão das condutas estatais em geral a um amplo controle de convencionalidade[1027], valendo destacar que o Brasil já sofreu, anteriormente, condenações perante a Corte IDH, dentre as quais se menciona, apenas como exemplos, os casos Damião Ximenes Lopes, Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde, Favela Nova Brasília[1028]. Mais do que condenado, o Brasil se submete às suas opiniões consultivas e deve observar a jurisprudência da Corte em casos semelhantes ainda que relacionados a outros países da região[1029].

1026 A ADPF 347 representa um exemplo neste sentido.

1027 Sobre o controle de convencionalidade, cf.: ROJAS, Cláudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafios a la luz de la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, Ano XIX, Bogotá, 2013, p. 489-509.

1028 LEGALE, Siddharta. A corte interamericana de direitos humanos como tribunal constitucional. Exposição e análise crítica dos principais casos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020. p. 335-343; 365-372; 372-374.

1029 Neste sentido, cf.: LEGALE, Siddharta. A corte interamericana de direitos humanos como tribunal constitucional. Exposição e análise crítica dos principais casos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020. p. 40-53.

Noutro prisma, a qualificação processual de interesses dignos de tutela também é uma realidade em nosso país. O reconhecimento jurisprudencial do direito à união homoafetiva[1030], à interrupção da gravidez de fetos anencefálicos[1031], de direitos da personalidade não previstos em lei[1032], de medicamentos não inseridos em lista, do cômputo em dobro da pena cumprida em condições degradantes são alguns dos muitos exemplos que corroboram o afirmado. A juridicização mediante reconhecimento processual de necessidades tutelandas[1033] eleva o jurisdicionado a posição de coautor do ordenamento jurídico, a partir de seu direito de agir, e o Judiciário a autêntico espaço público de deliberação[1034] apto à tutela de interesses não editalmente formalizados[1035].

Em sentido semelhante, os processos estruturais, que suscitam, como visto no capítulo 1, a projeção jurisdicional de técnicas processuais diferenciadas para lidar com a multifocalidade e policentrismo e de instrumentos de proteção atípicos para solucionar o problema estrutural, proliferam-se em nosso Estado. Sem pretensão de esgotamento, as pretensões de reestruturação vêm sendo postuladas diuturnamente no seio de processos relacionados a direitos fundamentais dos presos, à reorganização dos sistemas públicos de

1030 ADI nº 4277 e a ADPF nº 132.
1031 ADPF 54.
1032 SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 123-126.
1033 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 376-395.
1034 TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 92-101. Em sentido semelhante, ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. VIII (conclusão).
1035 De acordo com Tepedino, supera-se, enfim, a "exasperação da técnica legislativa regulamentar", espólio da escola da exegese que "insculpi[ra] na cultura jurídica (…) a convicção de que sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito", inaugurando-se, na pós-modernidade "a existência de uma 'cultura jurídica pós-moderna, caracterizada por quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno aos sentimentos (*retour aux sentiments*), cujo *leitmotiv* seria 'o papel primordial dos direitos humanos'" (TEPEDINO, Gustavo. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. Problemas de direito civil-constitucional. in TEPEDINO, Gustavo (org.), Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-16, 2000. p. 2; 6).

educação e saúde, ao controle de excessos provocados pelos órgãos de segurança pública[1036], à recomposição complexa de danos ambientais[1037], dentre muitos outros[1038].

De outra banda, a edição de medidas provisórias é tão frequente que, em termos de equilíbrio institucional, tem sido estudada como um defeito a ser corrigido[1039]. Sem a mesma expressão quantitativa, o suprimento jurisdicional, por mandado de injunção, também tem sido realizado, destacando-se a regulação do direito à greve de servidores públicos[1040] e, mais recentemente, a criminalização da homofobia[1041]. Neste último caso, observa-se que houve o reconhecimento de que o suprimento jurisdicional em caráter geral poderia abranger, inclusive, matérias como direito penal, submetidas, secularmente, à reserva de lei.

Ao lado dos deveres constitucionais de legislar, são reconhecidos, pela jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, os deveres convencionais de legislar, sendo compreendida a legislação um meio para garantir a promoção e não repetição da violação a direitos humanos[1042].

1036 A título de exemplo, ADPF 635 e processo nº 1025361-76.2019.8.26.0053.

1037 Emblemática a Ação Civil Pública nº 93.8000533-4, analisada por ARENHART, Sérgio Cruz. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 1.047-1.069, 2021. Mais recentemente, conferir o processo nº 5004793-41.2021.4.04.7200, que "visa[] à efetiva implementação de um sistema de governança socioecológica de gestão, proteção, controle e fiscalização dos impactos presentes e futuros vinculados à integridade ecológica da Lagoa da Conceição, localizada no município de Florianópolis/SC".

1038 A título de exemplo, conferir os processos 5095710-55.2021.4.02.5101/RJ e 1035519-02.2020.4.01.3800/MG.

1039 NEGRETTO, Gabriel L. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. Revista mexicana de sociología, v. 65, n. 1, p. 41-75, 2003.

1040 Mandados de Injunção 670, 708 e 712.

1041 Mandado de Injunção 4733/DF.

1042 Vale considerar, ainda, que, ao lado dos deveres convencionais de legislar, a Corte Interamericana de Direitos Humanos tem adotado decisões verdadeiramente estruturais, conforme argutamente percebido por HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from afar: structural reform litigation at the Human Rights Courts. The Yale Journal of International Law. v. 40, p. 1-40, 2015. p. 3: "The latest and perhaps most unexpected chapter in the evolution of structural reform litigation is international. With the turn of the millennium, the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights began ordering reform of government policy and institutions, using emedies for individual rights violations as a platform from which to restructure state policies and institutions. In recent years, the Inter-American Court of Human Rights has ordered states to reform conditions in prisons, mental health centers, and juvenile detention centers; to delimit indigenous territories and grant indigenous communities collective land title based on customary usage; to create a mechanism for granting nationality to the children of undocumented immigrants; and even to conduct 'an educational program for the general population' of Chihuahua, Mexico. Over a quarter of the Inter-American Court's judgments have required states to undertake structural reforms". A evolução da tutela jurisdicional internacional do nosso sistema regional de direitos humanos, que passou a contemplar decisões estruturais, é um excelente demonstrativo de como a prática institucional não apenas respalda a conclusão de derrocada do legicentrismo, como assume contornos que, inclusive, em alguma medida, superam o esperado. Também admitindo que a Corte IDH adota decisões estruturais, cf.: ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. Columbia Journal of

Não se pode esquecer, ainda neste sentido, a regulação jurisprudencial trabalhista que regeu por mais de uma década diversos aspectos ligados à terceirização e que ainda regula uma série de temas que não foram disciplinados precisamente na legislação. Da mesma forma, resoluções e atos normativos do Tribunal Superior Eleitoral disciplinam diversos aspectos ligados às eleições que (certamente) exortam as disposições previstas em lei.

Em maior extensão, o próprio comportamento legiferante na atualidade não exprime as características da legalidade clássica. Por força de razões que ainda serão brevemente analisadas, o produto legiferante sofreu uma clara transformação. Em abandono da previsão exaustiva *ex ante* de todos os aspectos normativos e situações normatizadas, são editadas, cada vez mais, "regras menos detalhadas, que foment[a]m espaços propícios à flexibilização", no cerne de uma legalidade finalística "que valoriza os resultados práticos alcançados dentro de um quadro de juridicidade" delineado em alguma medida pela lei formal[1043].

Neste ínterim, o legislador, cada vez mais, delega capacidade regulativa a autarquias especializadas e "abre" o conteúdo das normas legais a complementação heteróloga[1044], inclusive em âmbitos marcados por uma maior exigência de legalidade, como no direito penal e tributário[1045]. No mais, são editadas leis compostas por enunciados de textura aberta, nos quais há alusões expressas a princípios, estruturas argumentativas móveis, conceitos técnico-científicos, conceitos jurídicos indeterminados, elementos discricionários e a cláusulas gerais.

Esse breve apanhado de comportamentos institucionais confirma, em caráter geral, as conclusões a que se chegou compulsando o texto constitucional vigente, sepultando, com isso, qualquer pretensão de descritividade que se atribua ao legicentrismo e ao modelo de legalidade clássica em relação ao nosso ordenamento jurídico.

Transnational Law, v. 46, n. 2, p. 351-419, 2008. No Brasil, cf.: KLUGE, Cesar Henrique; VITORELLI, Edilson. O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano: reflexões a partir do caso Cuscus Pivaral e outros vs. Guatemala. In:ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 275-304, 2021; FERRARO, Marcela Pereira. Ações coletivas no sistema interamericano de direitos humanos: da transformação do litígio à transformação do processo. 2020. 213 fls. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2020. p. 72 e ss.

1043 O autor da citação fala em "delineado em grande medida pela lei formal". Isso decorre do fato de que trata especificamente das normas de competência. Em termos mais amplos, a medida de espeque legal de juridicidade é variável e, por isso, deixou-se de fora esse trecho da frase citada. CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-5.4.

1044 Só no âmbito penal, sem pretensões de esgotamento, cf.: art. 33, da Lei 11.343/06, art. 4º, p.ú., 7º, III, 16, 22, da Lei 7.492/89, art. 27-D da Lei 6.385.

1045 SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 9. ed. – São Paulo: Saraiva, 2019. p. 580-592.

Sem embargo, essa conclusão, embora importante, não entrega as respostas aos questionamentos anteriormente enunciados. Não se pode dizer ainda, com base neste breve apanhado textual e comportamental, qual é o papel que a lei deve desempenhar em matéria de cognição judicial, nem mesmo o que poderia induzir a formatação de um espaço de conformação jurisdicional da atividade cognitiva.

Conforme veremos no próximo subtópico, para avançar, é preciso entender o atual caráter fragmentário da regulação estatal por legiferação e como ele se reflete no papel que a lei deve desempenhar no ordenamento jurídico.

3.4.3 Função legiferante sob um paradigma de fragmentariedade: o papel que a lei deve desempenhar no ordenamento jurídico

Conquanto não entregue as respostas perquiridas, a rejeição ao legicentrismo e à legalidade clássica reposiciona o produto legiferante dentro de um paradigma de fragmentariedade. Com efeito, assentou-se, dentre outras coisas, que o produto legiferante não está no cerne da regulação estatal, nem constitui o único meio regulatório disponível. Ademais, viu-se que a lei não exclui a tutela jurisdicional, não abrange todas as posições jurisdicionalizáveis e que a qualificação processual de interesses dignos de tutela é uma realidade em nosso país.

Mais do que isso, o próprio legislador parece optar por um modelo de legalidade fragmentário, o que, a primeira vista, sugere uma contradição à lógica madisoniana[1046] de que o poder, exercido por pessoas e não por anjos[1047], tende a se concentrar. Neste subtópico, serão apresentadas algumas razões, fulcradas, sobretudo, na evolução do conteúdo normativo da cláusula do Estado de direito, que podem explicar as proposições assentadas supra e, dessa forma, contribuir para a compreensão do papel da lei no nosso ordenamento jurídico à luz de um paradigma de fragmentariedade.

3.4.3.1 Fragmentariedade do Direito à luz da anterioridade e exterioridade dos interesses

1046 Sobre a lógica madisoniana, cf.: VAROL, Ozan O. Structural rights. Georgetown Law Journal, v. 105, p. 1001-1053, 2017.
1047 Federalista 51, disponível em: https://billofrightsinstitute.org/primary-sources/federalist-no-51. Acesso em: 05/01/2022.

Antes de mais nada, o paradigma da fragmentariedade está ligado à percepção de que a ordem jurídica é fundamentada na proteção de interesses e que estes detém precedência ontológica em relação ao Direito[1048].

Segundo Mota Pinto, o interesse é formado por quatro elementos: titulação por um sujeito físico ou moral; necessidade humana ou social; vínculo relacional entre a faculdade de satisfação (ou de apetência) da necessidade com um bem e um bem considerado idôneo para a satisfação dessa necessidade. A partir do momento em que é introduzida uma intervenção na ordem jurídica, altera-se a pauta de repartição dos bens e a relação de prioridade entre necessidades humanas ou sociais, o que, por via de consequência, afeta as posições exercitáveis pelos diversos sujeitos[1049].

Assim, embora o surgimento de um interesse possa estar relacionado a uma dada regulação normativa, certo é que nenhum de seus elementos compositivos depende (para existir) ou se desenvolve linearmente a partir do Direito. O interesse surge, portanto, como uma realidade anterior e exterior ao Direito[1050], que é afetada, de modo não necessariamente linear, por uma regulação normativa que introduz uma alteração em seus elementos compositivos.

Se os interesses precedem ontologicamente ao Direito e, ao mesmo tempo, fundam a ordem jurídica, não é de se estranhar, em primeiro lugar, que o Direito seja um fenômeno que, em relação aos interesses, apresente-se sob uma natureza eminentemente contingente[1051]. O Direito, portanto, busca operar, em uma temporalidade própria, a repartição de bens e relação de prioridade entre necessidades, de acordo com a formação (anterior e exterior) dos interesses, os quais, por sua vez, pressionam, na medida de sua dinamicidade, novas alterações normativas[1052].

1048 PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 493-495.

1049 PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 493-495.

1050 PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 493-495.

1051 Sobre a natureza contingente do sistema jurídico, cf.: LUHMANN, Niklas. A formação do direito: bases de uma teoria sociológica. Tradução de Gustavo Bayer. In: LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 42-166. 1983.

1052 É por isso que o Direito segue uma temporalidade própria. O desenvolvimento das relações interpessoais, a colisão entre interesses relevantes, etc, ocorrem em uma realidade abrangente que poderia ser denominada "realidade social". Mas a regulação normativa depende da percepção de parcelas da realidade social, da tradução de seus dilemas em discurso prático geral e em qualificação da síntese discursiva em normas jurídicas, de acordo com os processos de criação normativa ou qualificação de interesses disponíveis em determinado sistema

Anterioridade e exterioridade, em outras palavras, remetem o Direito a uma contingencialidade da qual não se pode escapar. Por conseguinte, em relação aos interesses, o Direito, em sentido amplo, é sempre fragmentário, sendo certo que quanto mais diversificadas e eficientes forem as formas de juridicização de interesses, menos destemporalizado será o Direito[1053].

Não se descura que a destemporalização do Direito pode constituir o *modus operandi* de determinado ordenamento jurídico[1054]. Basta, por exemplo, que sejam desconsideradas as diversas perspectivas eficaciais disponíveis acerca de determinado interesse ou grupo de interesses, ou ainda que a juridicização de relações interpessoais ou situações da vida seja pequena ou marginal. Isso, todavia, não obstará a existência de conflitos de interesses, apenas sujeitará a sua resolução a arranjos menos estáveis, mais dependentes das forças reais de poder de determinada sociedade e, provavelmente, adicionará pressão em desfavor da própria higidez do ordenamento jurídico.

No entanto, a fragmentariedade que nos interessa não é a do Direito, mas sim a do exercício da função legiferante. Neste caso, a fragmentariedade se dá em relação ao próprio Direito e não em relação aos interesses. Conforme veremos a seguir, a compreensão da fragmentariedade do próprio Direito é, todavia, facilitada, pelo entendimento prévio acerca da precedência ontológica e fundamentalidade dos interesses. Mas a essa premissa precisam ser acrescentadas, pelo menos, outras duas: os fatores que oferecem sustentação a um Direito essencialmente destemporalizado e qual é a chave normativa que nos permite racionalizar a estruturação do Estado.

3.4.3.2 Destemporalização e Estado de direito

---

jurídico. A toda evidência, a temporalidade em que isso ocorre não se confunde com a temporalidade em que as mudanças sociais relevantes ocorrem, sendo certo que as temporalidades se entrecruzam e se influenciam reciprocamente, considerando que ambas, conquanto diversas, transcorrem sob um signo intersubjetivo comum. Sobre o tempo intersubjetivo, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 583-584. Também PIRES, Maria Coeli Simões. Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2005. Cap. 3.

1053 Leia-se: menos desencontradas serão as temporalidades descritas anteriormente.

1054 Pense-se na tendência positivista de um direito atemporal e, portanto, "à margem do tempo físico e da múltiplas coerções que ele acarreta (…) cujo sentido e validade são extratemporais e fixos", conforme observa OST, François. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC. 2005. p. 222-223.

Conforme ensina Barbi, "a jurisdição antecede cronologicamente o fenômeno da positivação do Direito"[1055]. Segundo o autor, "[n]as sociedades primitivas (…) os conflitos de interesses eram compostos por árbitros que formulavam *ex novo* a regra a ser aplicada"[1056].

Dessa forma, a qualificação processual de interesses surge antes de sua formalização editalícia em formato de direito. Observe-se que se o interesse precede ontologicamente ao Direito e lhe é anterior e externo, o conflito de interesses, da mesma forma, é uma realidade com a qual todas as sociedades têm que lidar a despeito de um formato geral e abstrato do Direito.

A jurisdição surge, pois, como resposta ao problema posto, inserindo-se na dinâmica do conflito, não a partir da referibilidade a um formato de regulação normativa geral e abstrata, mas sim a partir do processo instaurado para sua resolução. A jurisdição, sob esta perspectiva, representa uma expressão clara da fragmentariedade do Direito em relação aos interesses.

Mesmo na sociedade romana, diante do *ius civile*, lembra Barbi que o edito do pretor "era autêntica fonte autônoma do direito, uma vez que emendava, supria e derrogava a aplicação do *ius civile*" e que, "sob o sistema formulário implementado pela *lex Aebutia* (...) o pretor passou a denegar a fórmula quando o *ius civile* aplicável fosse injusto". Por isso, era "nítida a compenetração entre atos jurisdicionais e normativos"[1057].

Isso significava que a norma geral, trazida pelo *ius civile*, não substituía propriamente a qualificação processual de interesses, senão modificava o escopo de formulação *ex novo* das regras a serem aplicadas a determinada controvérsia. A complementariedade entre decisão e norma geral revelava que ambos eram, em relação ao Direito, formas de juridicização fragmentárias. Além disso, a possibilidade de afastamento concreto do *ius civile* pelo pretor parece implicar a percepção de que o tempo da necessidade de tutela atraía uma posição situativa em relação ao conflito de interesses que não se confundia com o tempo da legiferação ou da normatização abstrata e que, por isso mesmo, não devia ser regido inteiramente por mecanismos pensados para essa temporalidade.

1055 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 46.
1056 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 46.
1057 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 47-48. Corroborando o papel do pretor, descrito por Barbi, conferir, por exemplo, MARTINS Jr, J. Izidoro. Fragmentos Jurídicos Philosophicos. Recife: Typographia Apollo. 1891. p. 16; 22-25.

Essa perspectiva, inclusive, parece estar de acordo com a concepção aristotélica de equidade, a qual, percebendo o problema da incompletude da lei, decorrente de sua generalidade e abstração, reconhecia que toda regulação universal aceitava o que era corrente, sem ignorar a existência de erros. Dessa forma, segundo Aristóteles, não seria conveniente enxergar a norma geral e abstrata sob um paradigma de totalidade, haja vista que "o próprio legislador (…) haveria sobre isso legislado, se o houvesse previsto"[1058].

É claro que a complementariedade entre norma geral e decisão poderia estar mais relacionada à imprecisão das linhas distintivas entre as duas funções do que à fragmentariedade de ambos em relação ao Direito[1059]. Com efeito, Ferreira Filho bem destacava que o poder deliberativo, descrito por Aristóteles, não correspondia ao que se entende como função legiferante[1060] e, como dizia Bretone, o pretor agia, em um certo sentido, como se legislador fosse[1061].

Recorde-se, neste mesmo sentido, que diversos autores dissociam da origem do dogma da separação de poderes a teoria do governo misto justamente por admitir algum grau de concentração de poderes nas mãos de um mesmo agente estatal[1062]. Da mesma forma, segundo Echavarria, a função legiferante somente veio a se desenvolver teoricamente séculos mais tarde, na Idade Média, impulsionada pelos estudos de Marsílio de Pádua[1063]. E que durante a Idade Média, como ensina Souza, manejavam-se normas advindas de uma pluralidade de fontes, o que, novamente, prenunciava a complementariedade – e, com isso, a fragmentariedade – entre decisão e norma geral[1064].

Seja como for, o ponto de inflexão parece remontar ao prevalecimento histórico dos ideais iluministas incorporados à revolução francesa que certamente contribuíram para o

---

1058 FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002. p. 126. Vale lembrar que o autor citado critica a concepção aristotélica de equidade.

1059 Sob essa perspectiva, a fragmentariedade será compreendida, neste primeiro momento, como um arranjo destituído de fundamentação teórico-normativa específica.

1060 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do direito constitucional. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.251-252.

1061 GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 47. nota de rodapé 59.

1062 VILE, M.J.C. Constitutionalism and the separation of powers. Indianapolis (USA): Liberty Fund, 1998. p.27, ECHAVARRIA, Juan José Solozabal. Sobre el principio de la separación de poderes. Revista de estudios políticos, n. 24, nov-dez/1981. p. 215-234.

1063 ECHAVARRIA, Juan José Solozabal. Sobre el principio de la separación de poderes. Revista de estudios políticos, n. 24, nov-dez/1981. p. 215-234.

1064 SOUZA, Marcus Seixas. Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática. 1ª ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2019. p. 29-33.

redimensionamento dessa equação de complementariedade, sobretudo porque a legitimação democrática, associada ao processo legislativo, colocou em xeque a legitimidade de outras fontes de juridicidade que se proliferavam no pluralismo normativo do medievo[1065] [1066].

A desconfiança na jurisdição real[1067], cujas posições eram exercidas pelos membros da aristocracia, combinada aos excessos perpetrados durante o antigo regime absolutista, compuseram o esquema conjuntural que, acrescido do iluminismo liberal, da consolidação do dogma da separação de poderes[1068] e da cláusula do Estado de direito como vinculação formal do Estado às leis[1069], alimentaram a defesa da lei como mecanismo regulatório preferencial e do Legislativo como *locus* principal de exercício de poder[1070].

1065 SOUZA, Marcus Seixas. Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática. 1ª ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2019. p. 71-72, MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 49, dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 16 jan. 2022, CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

1066 Vale destacar, como bem destaca Zaneti Jr., que, em algum momento ao final do século XIX, ocorre uma mudança de paradigma "da concepção universalista, herdada do direito comum (*jus comune*) e posta vigorosamente no auge pela ideia 'savignyana' da 'Comunidade Internacional', se passa a uma concepção na qual predomina rigidamente a ideia da soberania nacional, e até a de soberania estatal". Assim, "o antigo ideal do direito erudito, que era o fundamento para justificar a extraterritorialidade da jurisdição, ligado ao pressuposto de que o raciocínio lógico (desvelar o direito) seria comum aos gentios e aos cidadãos, abria espaço para a razão de Estado (preponderância do ordenamento interno), daí a natural tendência para fechar a universalização do direito. Tudo vinha substituído pela regra de que toda soberania é por essência indivisível" (ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. p. RB-2.5). Observa-se, a partir disso, o quão multifacetada são as alterações de realidade social: não apenas a consolidação do fenômeno legiferante, do ideário iluminista e revolucionário francês, mas o fortalecimento da noção de soberania estatal, o surgimento de uma lógica processual cientificista, dentre outros eventos históricos contribuíram para a derrocada do contexto fragmentário anteriormente existente.

1067 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 49, dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 16 jan. 2022. Também pontuada em CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. RB-2.1, para explicar a concepção tradicional do princípio do juiz natural.

1068 BONILLA-MALDONADO, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. Vniversitas, n. 131, p. 231-276, 2015.

1069 Sobre o surgimento e evolução da cláusula, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 356-360 e ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: em busca da tutela de expectativas legítimas. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 64-75.

1070 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 49, dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 16 jan. 2022.

Surge, a partir daí, um Direito estruturalmente destemporalizado, na medida em que sobremaneira dependente da positivação do Direito. A destemporalização é estruturada porque o tempo da legiferação não se confunde com o tempo da necessidade de tutela. Enquanto aquele é influenciado por disputas institucionais, necessidade de construção de coalizões de interesses comuns, escolha política das pautas relevantes em cada período, bloqueios políticos, dentre outras coisas, este é influenciado pelas controvérsias que surgem a todo instante pelo entrechoque do enfeixamento de interesses em constante alteração na sociedade.

A redução das situações jurisdicionalizáveis ao direito positivado constringe a operabilidade eficiente do sistema jurídico à equalização entre tempo da legiferação e tempo da necessidade[1071]. Entretanto, por força da anterioridade e exterioridade da relação entre Direito e interesses, a referida equalização tende a ocorrer apenas em caráter eventual ou acidental, o que, dependendo das condições organizativas do exercício da função legiferante, pode levar à disfuncionalidade total da regulação estatal[1072].

Conforme parcialmente antecipado, a destemporalização estruturada, proveniente da redução das situações jurisdicionalizáveis ao direito positivado, pode encontrar condições razoavelmente sustentáveis diante de circunstâncias específicas. A título de exemplo, um modelo temporalmente desestruturado pode se revelar sustentável quando os interesses sociais e individuais são relativamente uniformes, o direito estatal regula uma quantidade baixa de relações interpessoais e situações da vida e a participatividade nos processos de criação normativa é pequena.

A estes fatores poderíamos, ainda, acrescentar, apenas a título exemplificativo, a baixa acessibilidade de conhecimentos técnico-científico, estruturas inovativas e econômicas pouco dinamizadas, relações transnacionais pouco desenvolvidas, um grau reduzido de mobilidade social e, sobretudo, a responsividade razoável do legislador às necessidades tutelandas e às suas alterações.

1071 Como lembra Ost, o tempo pode ser destrutivo: "com o tempo, a força obrigatória das leis se enfraquece, ao invés de se reforçar; os títulos jurídicos perecem, ao invés de se consolidar; as provas, antes de se acumularem, se dispersam e se confundem" OST, François. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC. 2005. p. 76.

1072 Se a relação entre desenvolvimento do Direito e desenvolvimento dos interesses tende a não ser linear (em decorrência da anterioridade e exterioridade), a legislação, vista sob um paradigma totalizante, representa a total despreocupação com o alinhamento entre ambos, porque relega a possibilidade de regulação adequada das necessidades de tutela ao fenômeno da positivação, regido por uma temporalidade submetida a fatores diversos.

Com efeito, a destemporalização é menos deletéria quando, em primeiro lugar, as soluções socialmente aceitáveis aos problemas são menos complexas, pois assim a deliberação colegiada parlamentar pode enfocar, com menor dificuldade, nas questões reais da controvérsia, sendo menos prejudicada por simplificações discursivas, por compromissos de ocasião, ou ainda por ruídos acerca do que é necessário discutir. Um cenário de menor complexidade pode advir de uma baixa acessibilidade a conhecimentos técnico-científicos, acompanhada de relações transnacionais[1073] pouco desenvolvidas, de um âmbito regulativo restrito e de interesses sociais e individuais relativamente uniformes.

Por outro lado, a destemporalização tende a ser mais sustentável quando a realidade e o enfeixamento de interesses relevantes forem menos dinamizados, ou seja, estiverem menos sujeitos a constantes alterações ou variações de perspectiva. Todos os fatores mencionados contribuem para uma baixa dinamicidade, na medida em que alterações sociais (por exemplo, conflitos relacionados à mobilidade ou à pluralização de perspectivas com participatividade nos processos de criação normativa), econômicas (surgimento de novos produtos, serviços ou arranjos negociais), tecnológicas ou científicas (necessidade de regulação de novas tecnologias, de realização de discussões bioéticas, de aprimoramentos constantes nas políticas públicas ou em setores como telecomunicações, modais energéticos, etc), de relações transnacionais (que podem ensejar adaptações nas políticas tarifárias, migratórias, comerciais, de segurança, etc), dentre outros, tendem a dinamizar as necessidades de tutela no âmbito de cada contexto regulado.

Da mesma forma, quanto menor a contestabilidade e a efetiva contestação social acerca da regulação estatal, menores os efeitos negativos da destemporalização. Assim, fatores como a participatividade nos processos de criação normativa, uniformidade de interesses sociais e individuais, grau de mobilidade (e mobilização) social, acessibilidade a conhecimentos técnico-científicos, dentre outros, podem influenciar na sustentabilidade de um modelo de regulação centralizado na positivação legiferante do Direito.

Ademais, a destemporalização tende a ser menos prejudicial quando o âmbito de regulatividade estatal for restrito, porque, neste caso, a equalização entre tempo da legiferação e tempo da necessidade é facilitada. É claro que não adianta um âmbito restrito de

1073 Apenas para ficar com um exemplo de como a realidade das relações transnacionais atrai complexidade regulativa, veja-se os tratados bilaterais entre países para fins de normatizar questões referentes à previdência social, tanto em questão de contribuição, como de benefício. Cf.: CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Baptista. Manual de Direito Previdenciário. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017. p. 76-84.

regulatividade, quando os demais interesses – excluídos da regulação estatal – não sejam bem acomodados por mecanismos ou interações informais praticadas. Da mesma forma, em uma sociedade altamente questionadora, dinamizada e que perquire soluções cada vez mais complexas aos seus problemas, a mera restritividade do âmbito regulatório pode não oferecer uma nivelação temporal relevante entre processos de criação normativa legiferante e necessidade de tutela.

Além desses fatores, algum grau de temporalização jurisdicional do direito sempre existiu pela modelação das margens de variância semântica dos enunciados normativos e de controle teleológico-sistêmico dos sentidos normativos reconstruíveis de acordo com as necessidades de tutela. Pelas rebarbas da utópica totalizante do produto legiferante, foram sendo desenvolvidas, portanto, estratégias discursivas de sublimação dos efeitos deletérios da destemporalidade ínsita do modelo, que serviram, no entanto, para escamotear os equívocos da sua manutenção[1074].

O que se pode concluir, parcialmente, é que arranjos conjunturais com graus baixos variáveis de complexidade, dinamicidade, contestabilidade, regulatividade, temporalização jurisdicional e de efetividade da acomodação informal de interesses, acompanhados pela perda da legitimação de outras fontes de juridicização paralelas e de uma base teórica favorável, podem explicar a sustentabilidade de um paradigma totalizante de legiferação, a despeito de sua destemporalidade ínsita[1075].

Esse arranjo conjuntural certamente existiu em diferentes níveis ao longo do tempo, o que garantiu ao padrão destemporalizado de abordagem estatal a racionalidade da qual dependia para sobreviver.

1074 MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 49, dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 16 jan. 2022.

1075 Esses fatores funcionam como *topoi* argumentativos, portanto, não temos pretensão de, com eles, sugerir que a sustentabilidade da destemporalidade ínsita do modelo descrito não possa depender ou se tornar insustentável diante de outros fatores. A título de exemplo, a preocupação com os resultados práticos da legislação – tão caros ao estudo dos processos estruturais e ao estudo dos experimentos jurídicos – certamente influencia a sustentabilidade de um modelo destemporalizado. Quanto mais idealizado for o produto legiferante, menos relevância critica terão eventuais resultados práticos insatisfatórios. Sobre essa mudança de perspectiva – idealizada para focada em resultados práticos – conferir CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

Rememore-se, neste ponto, que o padrão de abordagem estatal é normatizado pela cláusula do Estado de direito que estrutura e racionaliza a vida estatal[1076] de acordo com as perspectivas predominantes da relação entre Estado e sociedade[1077]. Portanto, estudar a configuração de um paradigma de fragmentariedade depende da análise da estruturação normativa dos padrões de abordagem estatal, o qual, por sua vez, pode ser averiguado a partir do escrutínio do conteúdo da cláusula do Estado de direito a partir do formato predominante das relações entre Estado e sociedade[1078].

Em confirmação ao afirmado, observe-se, como explica Martins-Costa, que a primeira conformação do Estado de direito – o Estado liberal de direito – partia de uma descrição das estruturas sociais e estatais radicalmente diversa do que temos hoje. De acordo com a autora, havia uma "radical separação entre a sociedade e o Estado", as funções administrativas ainda eram relativamente escassas, a produção normativa era relativamente estável e ainda predominava a noção de que as relações entre Estado e particular seriam relações de sujeição[1079].

Ao Estado cabia, sobretudo, sancionar condutas[1080], reputadas transgressoras das normas postas, e garantir as justas implicações das interações individuais[1081], o que revelava a preferência por mecanismos regulatórios privados, baseados no encontro de vontade. A

1076 BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. p. 30.

1077 A descrição das perspectivas predominantes na atualidade pode ser conferida em CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 358-360.

1078 Conforme ensina Cabral, o conteúdo da cláusula do Estado de direito não é estanque, evoluindo de acordo com as alterações na relação entre Estado e sociedade. É com base nessa proposição que prosseguiremos com a análise proposta. Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 358.

1079 "Na base da conjuntura formadora do sentido social da segurança jurídica como previsibilidade e certeza dos atos estatais, estavam a radical separação entre a sociedade e o Estado, a relativa estreiteza das funções administrativas, a também relativa estabilidade da produção normativa estatal e a noção de que as relações entre Estado e particulares seriam, nuclearmente, relações de poder, de sujeição ou de subordinação" MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de segurança. Revista CEJ, p. 110-120, 2004. p. 114.

1080 "Estava, na mesma conjuntura, um Estado econômica e filosoficamente liberal, ao qual correspondia uma produção jurídica estatal eminentemente repressiva, refletida, pelo avesso, no brocardo: 'o que não é expressamente proibido, é permitido'. Estava, ainda, a equação segundo a qual segurança era certeza da previsibilidade e essa certeza se traduzia em confiança: a lei, abstrata e geral, minudente em seus comandos repressivos, preveria e fixaria o universo dos comportamentos devidos, realizando, assim, o valor 'justiça'" MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de segurança. Revista CEJ, p. 110-120, 2004. p. 114.

1081 CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316, 1976.

regulação estatal era vista com desconfiança e por isso prevalecia a ideia de não intervenção na liberdade privada[1082].

A toda evidência, as condições descritas pela autora formatavam um arranjo conjuntural adequado à sustentabilidade de um padrão destemporalizado de abordagem estatal, porque lastreado em boa parte dos fatores elencados anteriormente. E, por isso, não parece equivocado concluir que a destemporalidade estruturada pela predominância juridicizante de um modelo de positivação exauriente do Direito refletia um ideário sustentado por um arranjo conjuntural típico do Estado liberal de Direito.

Nada obstante, conforme veremos a seguir, os arranjos conjunturais sobre os quais a relação entre Estado e sociedade são estruturadas, nos dias atuais, diferem substancialmente do formato racionalizante do Estado liberal de direito. A análise dos arranjos conjunturais da contemporaneidade, com efeito, deixará claro o porquê o formato racionalizante das estruturas estatais não comporta mais modelos normatizantes destemporalizados.

3.4.3.2.1 O Estado de Direito sob os influxos da contemporaneidade

Conforme antecipado, o arranjo conjuntural sobre o qual a relação entre Estado e sociedade é estruturada na contemporaneidade não se assemelha com o que descrevemos acima. Em primeiro lugar, a realidade contemporânea, consoante assenta Cabral, é marcada pelo "crescente ritmo das mudanças sociais e pela progressiva velocidade das relações estatais com seus nacionais e com outros países"[1083]. Os irrefreáveis avanços em matéria de tecnologia e de conhecimentos técnico-científicos, a transnacionalização das relações jurídicas[1084] e a proteção de diversas expressões sociais plurais, integradas aos processos de criação normativa, são algumas das circunstâncias que explicam a germinação da dinamicidade no seio das relações contemporâneas.

Veja-se que a proteção jurídica das expressões sociais plurais abriu espaço para perspectivas predominantemente não orgânicas e não comunitárias de sociedade. Como se sabe, a sociedade já foi tratada juridicamente como um organismo vivo, em que os indivíduos

1082 MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de segurança. Revista CEJ, p. 110-120, 2004.
1083 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 358.
1084 Confira-se a acurada descrição de CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 358-360.

faziam parte de seu todo[1085]. Também já foi tratada como uma comunidade, em que laços de solidariedade predominantemente uniformes se formavam entre os seus membros, o que permitiria uma maior homogeneidade de tratamento[1086]. Ambas as visões de sociedade, embora sejam úteis para algumas finalidades jurídicas atuais[1087], não capturam o germe da pluralidade no ambiente em que ele se forma, qual seja, nas diversas interações interpessoais.

Conforme ensina Vitorelli, a sociedade passa a ser concebida como uma verdadeira "teia de interações", denominadas por Simmels de "sociações" em que as relações entre indivíduos os aproximam e os distanciam, em inter-relação em que a sociedade não é pré-determinada, mas produto dinâmico do que "os indivíduos fazem ao agir e ao suportar a ação dos outros". A sociedade, nos dias atuais, pode ser descrita como "indeterminada e fluida", em que o que importa são os conjuntos de influências recíprocas mantidas entre diferentes indivíduos[1088].

De outra banda, no que toca à participatividade, vale notar a modificação sofrida pela fórmula de legitimação democrática do exercício das funções estatais. Se antes, no Estado providência, por exemplo, a legitimidade da ação estatal poderia exteriorizar o próprio cidadão do processo decisório, a concepção democrática do Estado de direito atual culmina em uma perspectiva deliberativa que demanda uma constante relegitimação do direito através de interações dialógicas[1089].

Enquanto, em um modelo democrático representativo, a legitimação decisória remete a um momento originante pretérito referente à outorga de mandato pelo voto e, no modelo participativo, a legitimidade advém da observância de pressões externas ao processo

---

1085 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 40-43.

1086 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 43-46.

1087 Conforme defende VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 486-536; 536-561.

1088 VITORELLI, Edilson. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. p. 51-42.

1089 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 106-112. MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 182-186; 194 e ss.

decisório, no modelo deliberativo, a intersubjetividade discursiva é trazida para dentro do próprio processo de tomada de decisão[1090].

Para além da expansão subjetiva da participatividade, a legitimação deliberativa das instâncias estatais acarreta a perda ou arrefecimento da relevância de um referencial de legitimação apriorístico, (res)surgindo como um *posterius* dependente, para alguns, do "quociente deliberativo" do processo de tomada de decisão, da interação regulativa dinâmica entre instâncias estatais em múltiplas rodadas procedimentais[1091], sem descurar, ainda, da obtenção efetiva dos resultados práticos prospectados.

Assim, a legitimação democrática deliberativa, mais do que ampliar subjetivamente a participatividade, ao alterar o aspecto temporal da legitimação, sugere uma dispersão e pluralização das oportunidades ou "ocasiões" para aprimoramento regulativo, tendo em vista que toda escolha regulatória passa a ser vista a partir de um estoque de razões completável ou não ultimável e todo processo decisório, por sua vez, uma interação ou engajamento dialógico e dialético com o estoque acumulado[1092].

A conjugação da compreensão das relações sociais a partir de suas teias de interações com a nova métrica de legitimação democrática atrai, para o cerne das estruturas estatais, o signo da heterogeneidade social, o qual, por sua vez, vocaliza e potencializa a contestabilidade das regulações estatais, facilitada, cada vez mais, pela capacidade de organização e difusão de informações gerada pela internet e pela proliferação de redes sociais[1093].

1090 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 106-112.

1091 MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 166-167; 187-189.

1092 Em sentido semelhante, MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 187-189; 203-206.

1093 Segundo Ost, um dos efeitos que acompanha o uso desenfreado de tecnologias informáticas é a criação de uma espécie de "intertemporalidade aleatória" em que "o sentido e o ritmo próprios a cada acontecimento ficam como que suspensos, virtualizados, redefinidos, em função do contexto particular de cada uso em representação. O mundo sob tais condições não tem sentido, e a história, sem direção: cabe ao espectador recompô-los à sua vontade, a cada instante. (…) O eu conectado à rede é a ordem cronológica dissolvida na indiferenciação de todos os tempos, é o triunfo do 'efêmero eterno'". Dessa forma, "vivemos, então, uma formidável inversão temporal que nos teria simultaneamente desligado da potência integradora do passado e distanciado da capacidade mobilizadora de futuro (o projeto): nosso universo é aquele dos programas curtos, das mudanças perpétuas de normas e estímulos para experimentar, em atingir qualquer sugestão nova" OST, François. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC. 2005. p. 329; 330.

No plano jurídico, a revolução advém do constitucionalismo do pós-segunda guerra mundial[1094] que infunde no conteúdo da cláusula do Estado de direito limitações substantivas mínimas, sobretudo relacionadas à observância dos direitos fundamentais[1095]. Dentre tais elementos materiais mínimos, a centralidade da dignidade da pessoa humana serve de constructo normativo ao *telos* antropocêntrico, anteriormente comentado, que passa a racionalizar todos os processos de decisão estatais.

Sob esse substrato axiológico, qualidade e efeitos regulatórios concretos passam a ser objetos de consideração dos processos de criação normativa que não mais se contentam com uma perspectiva autolegitimante apriorística[1096].

Ademais, de acordo com Shuenquener, a doutrina alemã passou a relacionar o Estado de direito à necessidade de previsão de diversos princípios como, por exemplo, o "princípio de separação de poderes, de vinculação do processo legislativo ao texto constitucional, da segurança jurídica, da legalidade, da responsabilidade civil do Estado, da vinculação do Judiciário independente ao direito da proibição do excesso e, sobretudo, a proteção da confiança"[1097].

O sistema constitucional contemporâneo, enfim, passa a juridicizar as relações sociais e políticas[1098], o que, associado à entrega da guarda da Constituição ao Judiciário[1099], revigorado em garantias e amplamente acessível às expressões plurais da sociedade, fomenta a consolidação de um espaço público[1100] deliberativo alternativo, que busca atender uma plêiade irredutível de necessidades tutelandas. Por meio do processo jurisdicional, permite-se

1094 BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito constitucional contemporâneo. Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. São Paulo: SaraivaJur. 2020. p. 239-240.

1095 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 357-358 e ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: em busca da tutela de expectativas legítimas. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 65-66.

1096 CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

1097 ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: em busca da tutela de expectativas legítimas. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008. p. 66-67.

1098 ZANETI JUNIOR, Hermes. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 1, p. 401-430, 2008.

1099 Questionando que a guarda possa implicar uma última palavra definitiva e propondo alternativa, cf.: MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 168-194.

1100 TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 92-101.

ao jurisdicionado, em suma, a participação direta na regulação de interesses individuais e coletivos[1101].

Todos esses fatores combinados racionalizam estruturas estatais mais dinâmicas e flexíveis[1102], como forma de evitar a sobrevivência de um modelo estatal perpetuamente anacrônico e, dessa forma, inidôneo para servir às necessidades individuais e sociais. Para evitar o anacronismo, Cabral defende que o Estado precisa estar "aberto a inovações", introduzindo componentes dinâmicos ao lado dos elementos estáticos do ordenamento jurídico, de modo a garantir que alteração e adaptação de conteúdo de atos praticados sejam possíveis[1103].

Além disso, defende-se uma expansão das funções do Estado e dos âmbitos de interações reguladas. Com efeito, o Estado contemporâneo, que assume, para o autor, uma posição de "incitador", produz e oferece tratamento jurídico a incentivos e condicionamentos de conduta, formatando vínculos que não mais se baseiam em "relações de mútua exclusão ou autoritária imposição de poder"[1104].

De tal modo que as relações entre Estado e sociedade, na atualidade, não operam mais apenas sob o signo do sancionamento de conduta. Reconhece-se um espaço legítimo para vinculações baseadas em coordenação e cooperação, em que os sujeitos de direito não tem suas condutas meramente objetificadas pelas normas estatais[1105].

Ademais, o Estado percebe que seus padrões institucionais, bem como as reações sociais difusas às constantes mutações da realidade detêm aptidão para condicionar comportamentos, razão pela qual se acresce a uma perspectiva microcósmica e atomizada de tratamento das relações jurídicas, uma perspectiva macrocósmica do fenômeno jurídico. Nesta perspectiva, busca-se regular não somente situações jurídicas congêneres exercitáveis num contexto relacional entre Mévio e Tício, ou sancionar ações e omissões ilícitas, mas também

1101 Assentando a legitimação democrática do Judiciário FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. Revista de Processo, v. 269, p. 421-432, jun. 2017. Destacando o caráter deliberativo das interações processuais CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 106-112.

1102 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 358.

1103 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 358-360.

1104 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 359.

1105 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 359.

as diversas dinâmicas que compõem o tráfego jurídico[1106], percepcionando e oferecendo tratamento normativo aos padrões, circunstâncias e interações difusas que lhe condicionam[1107].

Diante das expansões funcional e regulatória estatal, não é de se surpreender que os sujeitos tenham se tornado mais dependentes de "indicadores e parâmetros políticos e econômicos que, em grande medida, são conduzidos ou, ao menos, altamente condicionados por atividades estatais"[1108]. Em decorrência disso – e de modo a preservar o *telos* antropocêntrico do Estado – o novo padrão de abordagem estatal deve incluir uma preocupação majorada com o "tempo de atuação e reação estatal"[1109], sem descurar da sua relação com eventuais estímulos de conduta.

Alguns exemplos confirmam essa remodelagem das funções e escopo regulatório estatais. No que se refere à incorporação de elementos dinâmicos, a preferência por enunciados de textura aberta ou que pressupõe complementação normativa heteróloga – estatal ou privada – bem demarcam a perquirição de mecanismos regulatórios flexíveis e adaptáveis, na medida em que permitem que as circunstâncias concretas modelem respostas estatais sensíveis a alterações contextuais relevantes.

No plano processual, o livre trânsito de técnicas processuais[1110], a ampla margem para pactuação de convenções processuais atípicas, a projeção de medidas executivas atípicas[1111] e a consagração da atipicidade dos atos de cooperação judiciária[1112] exemplificam as tendências de adoção de mecanismos regulatórios flexíveis e adaptáveis, bem como a preferência por relações de coordenação e cooperação entre órgãos e entes estatais e entre estes e a sociedade.

1106 O paradigma da continuidade oferece tratamento normativo à alterações abruptas e bruscas que prejudicam o tráfego jurídico, conforme defende CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 368-369.

1107 Já percebiam a necessidade de lidar com padrões e interações difusas CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316. 1976 e FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.

1108 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 359.

1109 CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019. p. 360.

1110 DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. O livre trânsito de técnicas processuais especiais será comentado infra.

1111 MINAMI, Marcos Youji. Da vedação ao *non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019.

1112 CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021; DIDIER Jr., Fredie. Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. Salvador: Juspodivm. 2020. p. 73-75.

Por outro lado, a preocupação com o condicionamento de condutas e do tráfego jurídico reflete-se, da mesma forma, em diversos institutos. Sem pretensão de esgotamento, nota-se essa tendência no controle da desuniformidade decisória (padrão institucional)[1113], por meio de precedentes vinculativos, na possibilidade de projeção de regras de transição[1114], na criação de regimes de incentivos para a prática de condutas no direito administrativo (alteração do retorno tarifário de acordo com a obtenção de determinados resultados), tributário (regimes de isenção, redução de alíquotas e bases de cálculo para a perquirição de finalidades extrafiscais) e processual (utilização de sanções premiais, como redução de multas processuais)[1115], etc.

Diante do exposto, não é de se estranhar que, na contemporaneidade, a cláusula do Estado de direito racionalize as estruturas estatais de acordo com uma lógica bastante contrastante com aquela típica do Estado liberal de direito. Extreme de dúvidas que o atual arranjo conjuntural é marcado por um grau elevado de complexidade, dinamicidade, contestabilidade e regulatividade, que certamente destoa do arranjo conjuntural que tipicamente informava aquele modelo.

Para responder a este arranjo, a cláusula do Estado de direito é remodelada, passando a comportar, sob um *telos* antropocêntrico e uma fórmula de legitimação democrática deliberativa, um formato racionalizante que deve observar limitações substantivas mínimas, buscar interações baseadas em coordenação e cooperação, além de incorporar novas funções e âmbitos regulatórios, que são enxergadas sobretudo sob uma perspectiva macroscópica. Ademais, racionaliza-se a perquirição da construção de marcos regulatórios dinâmicos e flexíveis, como forma de equalizar o tempo de reação estatal ao ritmo acelerado e cambiante de mutações sociais, percebidas em suas expressões plurais e sociativas.

Por fim, são admitidas novas fontes de juridicização, paralelas ao produto legiferante, consolidam-se espaços públicos alternativos de produção normativa mediante deliberação e compartilham-se funções regulativas entre as instâncias estatais e privadas.

A atual conformação da cláusula do Estado de direito certamente oferece ao paradigma da fragmentariedade a condição positiva de validez sistêmica da qual ele provavelmente não

1113 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.
1114 CABRAL, Antonio do Passo. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020.
1115 No âmbito do processo estrutural, cf.: MAZZOLA, Marcelo; OSNA, Gustavo. As "sanções premiais" e a sua aplicabilidade ao processo estrutural. Revista de Processo. São Paulo. v. 325. Mar/2022.

dispunha na antiguidade em decorrência das imprecisões teórico-distintivas anteriormente descritas. Em outras palavras, a defesa de um modelo regulatório fragmentário é expressão do substrato normativo racionalizante do padrão de abordagem estatal da atualidade.

Uma vez assentado o paradigma da fragmentariedade do direito, é preciso avançar buscando compreender o que deve informar a complementariedade entre os mecanismos regulatórios estatais.

3.4.3.3 O padrão regulativo legal sob o paradigma da fragmentariedade: o papel do produto legiferante típico

3.4.3.3.1 Padrões regulativos: pluralidade, não exclusividade e contrastabilidade interna

O papel da lei no ordenamento jurídico deve ser compreendido como expressão de um padrão regulativo estatal. Este, por sua vez, nada mais é do que uma espécie de abordagem estatal, a qual, como visto, deve ser estruturada e racionalizada à luz do conteúdo normativo da cláusula do Estado de direito. Dessa forma, parte-se da premissa de que o Estado ao regular comportamentos, estruturas, procedimentos, ou situações jurídicas em geral expressa um padrão regulativo específico, que pode – ou não – se adequar à moldura de abordagens normatizadas pela cláusula do Estado de direito.

Quando há um desencontro entre padrão regulativo adotado e padrão de abordagem estatal normatizado, o sistema jurídico pode oferecer diversas respostas. Dentre elas, poder-se-iam destacar as seguintes: a derrotabilidade (*defeasibility*) diante de casos concretos[1116], a não aplicação como prática institucional ou social (*desuetudo*)[1117], a declaração de inconstitucionalidade, a utilização de expedientes hermenêuticos redutores (como, por exemplo, redução teleológica de sentido, interpretação conforme, interpretação sistêmica, etc), a devolução da matéria ao ente regulador (como alguns *open remedies*[1118]), a suspensão de sua eficácia (como, por exemplo, a *notwithstanding clause* canadense[1119]), a

1116 ÁVILA, Humberto. Segurança jurídica: entre permanência, mudança e realização no direito tributário. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 84; 110-111.

1117 Souza trata de várias perspectivas do *desuetudo* como se pode conferir em SOUZA, Marcus Seixas. Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática. 1. ed. Bahia: Editora Juspodivm. 2019. p. 106-108; 112; 116-117; 147-149; 187-188.

1118 SATHANAPALLY, Aruna. Beyond disagreement: open remedies in human rights adjudication. Oxford: Oxford University Press, 2012.

1119 COSTA, Luciana da Silva. A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. 2014. Tese (doutorado). Faculdade de Direito.

responsabilização do regulador, a revogação por responsividade a pressões populares relevantes, ou ainda, simplesmente, nada.

Em nosso ordenamento jurídico, entende-se que a cláusula do Estado de direito foi constitucionalizada. Em última análise, isso significa que o desencontro entre padrão regulativo adotado e padrão de abordagem exigido pode ensejar, por exemplo, a derrotabilidade diante de casos concretos, a utilização de expedientes hermenêuticos redutores e, inclusive, a declaração de inconstitucionalidade da regulação contrastante.

Assevere-se, todavia, que o conteúdo normativo da cláusula do Estado de direito na contemporaneidade, tal qual reconstruído no último subtópico, por certo, não oferece respaldo para somente uma espécie de padrão regulativo. Seja pela racionalização de relações de coordenação e cooperação, pela adoção de estruturas flexíveis e adaptáveis, pela inclusão de elementos dinâmicos e indutores de comportamentos, ou pela alteração da legitimação das escolhas estatais, a cláusula do Estado de direito comporta diversos padrões regulativos em sua moldura normativa, de modo que desde que a lei e outros mecanismos regulatórios sejam consonantes a tais conteúdos, não haverá contraste suficiente para incidência das referidas respostas sistêmicas ao problema do contraste de padrões.

Ocorre que devido à flexibilidade e adaptabilidade, prescritas pela cláusula do Estado de direito, não apenas o padrão externamente contrastante – ou seja: fora da moldura normativa da cláusula – deve ser problematizado, como também o padrão internamente contrastante, o que pode ocorrer, por exemplo, em decorrência da superposição de atribuições, da diversidade de perspectivas entre centros decisórios e por eles levadas em consideração ao decidir, etc.

A possibilidade de padrões internamente contrastantes – leia-se: contrastantes entre si – é própria do arranjo conjuntural da contemporaneidade (alta complexidade, dinamicidade, contestabilidade, regulatividade, etc) e esclarece que o paradigma de fragmentariedade, sustentado pela cláusula do Estado de direito, não precisa lidar apenas com a complementariedade, no sentido de admitir atuações coordenadas para integração de lacunas ou concreção de elementos dinâmicos, mas também com o problema da superposição contraditória de padrões regulativos.

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 98-110.

Neste caminhar de ideias, impende-se, desde logo, estabelecer algumas premissas. Em primeiro lugar, não é possível dizer que haja um único papel ou padrão regulativo a ser desempenhado ou expressado pela lei (pluralidade). Dentro da moldura da cláusula do Estado de direito, a definição do papel da lei irá variar de acordo com as necessidades do contexto regulado, com o desenvolvimento do processo e com as possibilidades da conjuntura política.

Além disso, não se pode dizer que o papel ou padrão regulativo expressável pela lei seja apenas expressável pela lei (não exclusividade)[1120]. É que a temporalização do direito passa a ser preferível à inércia ou omissão regulatórias, como forma de atendimento das necessidades humanas subjacentes, e a pluralização das fontes de juridicização e das possibilidades legitimantes da regulação estatal oferecem um "caminho" para que a difusão de atribuições e funções possa ser operada teleologicamente.

Mais do que isso, não se pode dizer que a identificação de um padrão externamente não contrastante pré-exclua a possibilidade do surgimento de padrões internamente contrastantes oriundos de outros mecanismos regulatórios (contrastabilidade interna). Dois centros decisórios podem – por força dos fatores já exemplificados – utilizar mecanismos regulatórios sobre um mesmo contexto regulado, exibindo padrões regulativos incompatíveis entre si, o que, com a derrocada de um paradigma totalizante (primazia da lei), de um padrão regulativo preponderante (legalidade clássica) ou de um ente regulador superior (legicentrismo) cria dificuldades que exigem ulterior reflexão.

Para solucionar o dilema levantado, portanto, assume-se como premissa que a atual conformação da cláusula do Estado de direito delineia um cenário de pluralidade, não exclusividade e contrastabilidade interna entre os padrões regulativos admissíveis.

Não se pretende, nesta sede, entregar uma resposta definitiva[1121] sobre a problemática aventada. Em atenção ao escopo proposto (justificar a cognição atípica dos experimentos

---

1120 Não se ignora a questão da reserva de lei que, em nosso sentir, deve ser interpretada como uma antecipação ao problema do risco de insegurança decorrente da existência de múltiplas fontes, conforme defende SOUZA, Marcus Seixas. Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2019. p. 141. Entretanto, não entendemos que a reserva de lei impõe, propriamente, um padrão regulativo exclusivo, mas sim que o esquema argumentativo necessário para o seu afastamento deve operar sob um signo de exceção e trabalhar contextualmente com o *telos* que orienta a técnica de reserva. Além disso, é possível reconstruir espectros mais restritos de proteção de situações jurídicas axiologicamente relevantes. Conquanto interessante, o ponto não será investigado na presente dissertação.

1121 Ressalte-se que não acreditamos que haja uma tal "resposta definitiva". Parece, no entanto, possível propor estruturas argumentativas móveis. CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 127-148.

jurisdicionais de reestruturação), afigura-se suficiente sugerir, em seguida, alguns parâmetros para resolução de possíveis conflitos internos entre padrões regulativos oriundos de centros decisórios distintos.

3.4.3.3.2 Parâmetros de solução de contrastes internos entre padrões regulativos

Em caráter introdutório, cabe oferecer um exemplo para situar melhor a controvérsia posta. Rememore-se o exemplo da desmobilização de uma grande empresa "A" de uma cidade de interior "B", cuja economia e empregabilidade dependam de sua permanência[1122]. Digamos que "A" siga todas as exigências trazidas pela legislação comercial e regulamentadas em outros atos normativos, o que, no exemplo, permitiria a desmobilização imediata de "A".

Ocorre que a desmobilização imediata criaria um problema estrutural em "B", o que leva um legitimado coletivo a propor uma demanda estrutural, na qual postulou, dentre outras coisas, a formulação – consensual ou impositiva – de um plano de desmobilização diferida, seguido da apropriação privada de recursos para estabelecimento de nova empresa na localidade.

Neste exemplo, observa-se, em primeiro lugar, dois padrões regulativos complementares: as exigências trazidas pela lei comercial e regulamentadas por outros atos normativos. No entanto, o padrão regulativo que resultaria da acolhida da pretensão de reestruturação impõe a "A" duas exigências não previstas em lei, tampouco nos atos normativos regulamentares.

O padrão regulativo abstrato, exibido pela lei e atos normativos regulamentares, pretende prescrever o que é necessário e suficiente para o exercício da posição jurídica de gestão empresarial do próprio patrimônio, enquanto o padrão regulativo concreto, exibido pela decisão estrutural, declara que as exigências legais e regulamentares, apesar de necessárias, não são suficientes para garantir a desmobilização imediata. O contraste advém, portanto, da pretensão de selecionar as circunstâncias relevantes aplicáveis ao exercício de poder por "A" e da pretensão de estabelecer qual o conteúdo do ato exercitável por "A".

1122 Situação baseada em exemplo de DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 3 (versão eletrônica).

Veja-se que à luz da cláusula do Estado de Direito na sua conformação liberal, o problema posto seria facilmente solucionável pelo contraste externo entre o padrão regulativo evocado pelo Judiciário e o papel servil que se lhe atribuía sob as vestes do legicentrismo e da legalidade clássica.

A partir da alteração conteudística na fórmula de racionalização das estruturas estatais, o padrão regulativo evocado pelo Judiciário deixa de exibir contraste externo com o sistema jurídico. Basta lembrar, dentre outras coisas, que o padrão evocado se presta, em atendimento ao *telos* antropocêntrico do ordenamento jurídico, à resolução de um contexto regulado, extremado pela interposição de um problema estrutural, que prejudica a tutela de interesses dignos e que depende, por isso, da projeção de um instrumento de proteção atípico, no qual ocorre a qualificação processual de interesses jurídicos.

Ademais, não se pode esquecer que a complementariedade entre elementos estáticos e dinâmicos – estes podendo advir ou ser juridicizados por fontes diversas – passa a constituir parte da moldura mínima do padrão de abordagem estatal e que o tempo da necessidade pode ser utilizado legitimamente para equalizar o tempo de reação estatal, a despeito do tempo da legiferação. Por tudo isso, o exemplo posto remete ao problema do contraste interno entre padrões regulativos admissíveis, cuja resolução exige reflexões ulteriores.

Nesta dissertação, iremos sugerir três formas de solucionar o problema dos contrastes internos entre padrões regulativos sob um paradigma de fragmentariedade. São elas: a recondução do debate a fundamentos normativos hierarquicamente superiores, a utilização de um critério de contextualização e especialização e, por fim, a realização de um cotejo entre aspectos estruturais e procedimentais ligados à formação dos padrões contrastantes. Em seguida, veremos cada uma dessas formas argumentativas de solução de contraste interno, começando pela recondução do debate a fundamentos normativos hierarquicamente superiores.

a) Recondução do debate a fundamentos normativos hierarquicamente superiores

Em primeiro lugar, uma forma de solucionar o problema consiste em reconduzir a discussão acerca das situações jurídicas oriundas de cada padrão regulativo aos seus fundamentos normativo hierarquicamente superiores, de conteúdo mais abstrato e de menor

densidade normativa. No exemplo dado, isso poderia significar reconduzir a desmobilização imediata de "A" ao princípio econômico de livre iniciativa e a desmobilização diferida ao princípio econômico de redução das desigualdades sociais e de busca pelo pleno emprego[1123].

Veja-se que o critério de resolução por recondução normativa constitucional difere da fórmula racionalizante liberal. Isso porque resolve um conflito de padrões regulativos internamente contrastantes e não o faz com base na prevalência abstrata de um padrão regulativo emitido por uma instância específica.

Diversamente, o critério admite o convívio entre padrões regulativos diversos e, diante de um conflito "apela" para a norma hierarquicamente superior que, neste caso, não é a lei necessariamente, mas sim as regras e princípios constitucionais[1124]. Ademais, o que se segue não é o puro afastamento ou invalidação do padrão não legal, mas sim o cotejo ponderativo de razões favoráveis à prevalência parcial ou total de determinado padrão regulativo à luz das normas constitucionais.

Note-se que essa primeira proposta, ao apostar em critérios materiais de justiça, embora permita solucionar casos mais simples – em que o contraste no plano normativo superior deixa mais ou menos claro qual das proposições deve prevalecer – e possa fornecer esquemas argumentativos aproveitáveis em casos mais complexos, pode falhar em entregar uma solução suficientemente concreta ou se mostrar pouco segura em garantir uma orientação para exclusão de múltiplas alternativas regulatórias. De tal sorte que o primeiro critério proposto funciona melhor para resolução de casos mais simples, com menos alternativas

1123 Lembrando que no plano do contraste interno entre padrões regulativos, o que está em discussão não é propriamente se a solução normativamente certa consiste na desmobilização imediata ou diferida, mas sim se o padrão exibido pela hipótese legal pode ou não exibir, no caso exemplificado, um padrão excludente de outros aspectos normativos de acordo com circunstâncias concretas. A primeira resposta, ao reconduzir o debate aos fundamentos constitucionais, revela como o contraste entre padrões regulativos não pode se dissociar do conflito normativo a eles subjacentes. Afinal de contas, a solução ponderativa é típica de conflitos normativos. O que se quer destacar, entretanto, é que o contraste entre padrões regulativos é problema que não se confunde com o conflito normativo, conquanto a sua resolução possa aproveitar técnicas comuns. É que, no caso de contraste entre padrões regulativos, ainda haverá uma dimensão institucional insuprimível: apesar de normativamente melhor, o padrão regulativo a ela subjacente poderia ter sido editado e deve prevalecer sobre o outro? Por exemplo, pode o Judiciário modelar o aspecto temporal da desmobilização empresarial quando a lei não apenas não o exija ou permita, como exibe um padrão que não deixa espaço para tanto? Por isso, no processo estrutural, recomenda-se a combinação de esquemas argumentativos oriundos das três respostas oferecidas nesta sede, o que, em nosso entendimento, oferece uma camada normativa suficiente para, à luz do formato contemporâneo da cláusula do Estado de direito e do paradigma de fragmentariedade, defender a prevalência de um padrão regulativo não legal.

1124 Explora-se, nessa solução, as vantagens oriundas da unidade sistêmica e da função de complementação e restrição recíprocas dos princípios gerais do sistema. Sobre, cf.: CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 92-96; 159 e ss.

regulatórias e, em outros casos, pode ser utilizado para introduzir, ao menos, vetores interpretativos adequados ao caso concreto.

b) Contextualização e especialização

Uma segunda forma de abordar o conflito entre padrões regulativos internamente contrastantes baseia-se na adoção de um critério de especialização e contextualização, associado, ou não, a considerações sistêmicas adicionais. Neste caso, estabelece-se uma preferência aos padrões regulativos concretos (especialização) sempre que as "circunstâncias constantes"[1125], consideradas no padrão regulativo abstrato, não estiverem presentes ou se estiver diante de circunstâncias específicas que alterem a valoração normativa a si subjacente (contextualização), sendo certo que o padrão regulativo concreto pode ser argumentativamente reforçado por referências sistêmicas que apresentem consonância ao seu teor normativo[1126].

No exemplo dado, poder-se-ia afirmar que as circunstâncias constantes consideradas pelo padrão regulativo abstrato dizem respeito ao próprio exercício da atividade empresarial em geral. Assim, a regulação advém, por exemplo, da necessidade de garantir acompanhamento patrimonial para fins tributários, proteção a credores e sócios, registro ou escrituração comercial e para permitir a alocação adequada dos meios de produção de acordo com o aproveitamento de conjunturas mercadológicas propícias.

Já as circunstâncias especiais, preconizadas pelo padrão regulativo concreto, estão relacionadas à interatividade policêntrica da atividade empresarial com as condições do mercado de trabalho municipais, que, no exemplo dado, não conseguiria absorver a perda de postos de trabalho, com a desestabilização da sustentabilidade financeira dos núcleos familiares prejudicados, com o acirramento das tensões sociais relacionadas à reintegração ou reposicionamento no mercado de trabalho, etc.

Veja-se que se pode argumentar, a título de exemplo, que a mera indenização trabalhista ou a criação de um programa de demissão incentiva não seriam alternativas

1125 GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessôa. Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade, n. 6, p. 85-102, 2000.

1126 Interessante notar que as considerações sistêmicas adicionais permitem superar um padrão regulativo de conteúdo incompatível por meio da consideração de um padrão regulativo complementar de caráter abstrato.

regulatórias eficientes para lidar com a inflexão insustentável do mercado de trabalho municipal, o que não resolveria o problema de reposicionamento dos trabalhadores e poderia sujeitá-los a liquidação do próprio patrimônio para garantir a sua sobrevivência. Ou ainda que a garantia de manutenção da vaga de emprego na nova localização de "A" não resolveria os problemas criados à municipalidade, tampouco solucionaria os problemas da comunidade local afetada.

Por outro lado, poder-se-ia argumentar que o ordenamento jurídico oferece, em outros casos, restrições temporais e materiais à desmobilização empresarial quando são ou podem ser afetados em caráter geral direitos fundamentais relevantes, como ocorre com a regulação setorial dos planos de saúde, em que é assegurada uma transição suave e continuidade de tratamento a determinados segurados.

Note-se que o critério de especialização e contextualização também envolve a realização de um controle teleológico das circunstâncias constantes e especiais, o que significa, em alguma medida, reconduzir o debate às normas que informam o raciocínio teleológico-sistêmico. Tais normas servem de elementos normativos dinamizadores que adaptam a resposta normativa, reconstruindo um padrão regulativo concreto à luz dos contrastes teleológicos agregados pelas circunstâncias especiais.

Com efeito, o elemento dinâmico provoca o surgimento de um padrão de complementariedade contraintuitivo. Por força de um raciocínio de contextualização, o padrão regulativo concreto é complementado – e não necessariamente determinado – por um padrão regulativo abstrato, em princípio não aplicável em decorrência de sua *fattispecie*, por uma especialidade resultante do controle teleológico realizado. Vale dizer: o padrão regulativo abstrato, a princípio aplicável, é derrogado por especialidade por um padrão regulativo abstrato, a princípio não aplicável, por força de um controle teleológico realizado sobre as circunstâncias especiais do caso concreto, e serve de complemento à reconstrução de um padrão regulativo concreto que atenda às necessidades tutelandas.

Observe-se que, no exemplo dado, o contraste interno é solucionado, não apenas pela derrogação do padrão regulativo abstrato a princípio aplicável, como por um padrão regulativo abstrato que ocupa – na resolução do caso concreto – uma perspectiva fragmentária, uma vez que será utilizado em complementariedade com o raciocínio teleológico realizado sobre o contexto regulado.

O critério de especialização-contextual pode ser empregado quando um padrão regulativo concreto conflite com o padrão regulativo abstrato a princípio aplicável e haja diferenças teleologicamente relevantes entre as circunstâncias constantes pressupostas por este e as circunstâncias especiais que marcarão aquele. O argumento pressupõe tanto a identificação de traços de omissão regulativa no caso concreto, como a complementação por um padrão regulativo referível ou reconstruído a partir do raciocínio de contextualização e controle teleológico.

Em ambos os casos, a resolução do contraste interno pode ser vetorizada pela sua utilização conjugada com o primeiro critério abordado. Não há, pois, incompatibilidade entre as duas soluções propostas, podendo ser útil a sua conjugação notadamente diante de casos mais complexos e para atendimento de deveres de fundamentação adequada pelo centro decisório.

c) Cotejo de aspectos estruturais e procedimentais ligados à formação dos padrões regulativos contrastantes

Uma terceira resposta ao problema seria compor a argumentação, já estabelecida por um ou ambos os critérios anteriores, com a discussão de aspectos estruturais e procedimentais associados à formação dos padrões regulativos contrastantes.

Uma primeira variante desses aspectos consiste em cotejar o padrão regulativo com as virtudes teleológico-estruturais da instância que lhe projetou. Sob esta perspectiva, impende-se analisar a arquitetura institucional do ente regulador na perquirição dos padrões regulativos que mais se adéquam a sua posição dentro do arranjo das instituições estatais[1127].

1127 Eis um exemplo desse tipo de raciocínio: “Legislators are elected: chosen to represent the views and interests of the people. The executive branch, in contrast, will be characterised by its technical expertise and bureaucratic structure, even if its head is elected. Its officials will be appointed, and appointed on the basis of merit. Finally, for a country to be governed democratically and competently, the state needs a legal order through which to act. People need to know what the state requires of them. The state needs institutions that can authoritatively resolve disagreements about the law – both disputes that arise between private parties and disputes that arise between individuals and the executive branch. The courts will be characterised by their legal technical expertise.” (BARBER, N. W., Self-defense for institutions. The Cambridge Law Journal. v. 72, issue 3, p. 558-577, nov/2013, p. 567-568). Fuller também elabora um argumento baseado em virtudes teleológico-estruturais, fulcrado, no entanto, na forma como problemas são processualmente solucionados perante cada instância estatal. cf.: FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I.. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

Sem perder de vista que a cláusula do Estado de direito normatiza diversos padrões regulativos, conjecturemos, por exemplo, qual deveria ser, em caráter abrangente, o padrão regulativo adotado pela lei em nosso ordenamento jurídico.

O processo legislativo é marcado pela possibilidade de integração e representação de diversas perspectivas do contexto regulado. Podem ser criadas comissões temáticas diferenciadas, convidados especialistas e representantes da sociedade civil para discutir os projetos, realizadas pesquisas de opinião, etc. Não está sujeito, via de regra, à duração razoável, o que significa que o processo legislativo, tanto em decorrência de aprimoramentos deliberativos, congestionamento de pauta, bloqueios políticos, dificuldade de obtenção de consenso (estrutura decisória colegiada ampliada) ou outros problemas políticos de toda sorte, pode se prolongar indefinidamente[1128].

Além disso, o processo legislativo prestigia, ao menos, a legitimação democrática por respaldo representativo, na medida em que para editar uma lei, o projeto precisa ser aprovado por ambas as Casas do Congresso Nacional e, em seguida, sancionado pelo Presidente da República, cujo veto, no entanto, pode ser superado por votação da maioria absoluta dos parlamentares de ambas as Casas em sessão conjunta.

Por outro lado, a lei, como produto legiferante típico, apresenta-se, via de regra, na forma de enunciados normativos com pretensão regulatória prospectiva de caráter geral e abstrato, o que bem localiza, estruturalmente, a posição institucional do legislador como um verdadeiro artífice institucional do futuro. Em complemento, por mais que a lei não esteja mais no vértice do ordenamento jurídico, ela goza de hierarquia privilegiada na maioria dos casos e pode, por isso mesmo, ser manejada para fixar determinados pontos de orientação normativa não sujeitos, em tese, à derrogação por normas oriundas de fontes hierarquicamente inferiores.

Como virtudes teleológico-estruturais que poderiam ser extraídas desse breve exemplo, poderíamos dizer que a posição institucional do legislador agrega um amplo respaldo representativo presumido e apresenta potencial de legitimação democrática deliberativa[1129]. Diante da ausência de limitações temporais e da dependência de conjunturas

1128 FERNÁNDEZ, Francisco Segado. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales, ano 7, nº 2, 2009, p. 47-80.

1129 Trata-se de mero potencial, conforme defende Mendes. Veja-se: “Portanto, é plausível inferir que, a não ser que eles adotassem uma presunção da infalibilidade judicial, o que não fazem, pois se limitam a um cálculo probabilístico, decisões legislativas serão mais legítimas que as judiciais se aquelas, e não estas, atenderem àquele critério moral (e vice-versa). Negam legitimidade a priori, pelo mero pedigree majoritário, ao parlamento,

políticas favoráveis, o produto legiferante típico não detém virtude para atuar no tempo da necessidade, o que é confirmado pelas características predominantes da legiferação, quais sejam, prospecção, generalidade, abstração, hierarquia e previsibilidade.

Sob este ponto de vista, a lei poderia ser enxergada como um ato normativo que, por prestigiar segurança jurídica e da legitimidade democrática, entendidas as virtudes teleológico-estruturais da legiferação, encapsula as principais escolhas regulatórias, observadas as normas constitucionais, que regerão um caso futuro. A lei ofereceria respaldo representativo para soluções consonantes ao estágio deliberativo da matéria e ao que foi possível decidir considerada a conjuntura política de ocasião. Por isso, num Estado democrático, as virtudes teleológico-estruturais garantiriam ao produto legiferante típico a adesão a um padrão regulativo seletivo das circunstâncias e das prescrições relevantes de cada contexto regulado.

O problema é que nenhum desses predicados teleológico-estruturais confirmam-se como constantes na prática. O respaldo representativo do produto legiferante pode ter sido corroído pelas mazelas do modelo eleitoral proporcional, pela prevalência de interesses ou trocas não republicanas, pela alteração do interesses predominantes com o transcurso do tempo, pela eleição de políticos que representam apenas parcela dos interesses dos votantes[1130], etc. Além disso, o potencial de deliberação pode não se consolidar na prática, na

---

mas não aceitam passivamente qualquer ativismo judicial. É exatamente isso que entendo como justificativa da flutuação. Não se trata de pura subordinação do procedimento à substância, ou denegar dever de obediência a uma decisão judicial ou legislativa porque entendemos que elas violam um parâmetro moral. Os problemas de uma posição assim são bem conhecidos. Sustento, apenas, que é desejável que poderes desafiem uns aos outros (já que, como vimos no último capítulo, essa é sempre uma possibilidade em aberto ao longo do tempo) desde que articulem razões de melhor qualidade. Não dissolvo a autoridade: decisões continuam a ser obrigatórias, mesmo que discordemos. Mas sustento que a democracia tem a ganhar se um padrão como a razão pública estimular o desafio deliberativo entre poderes." MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 194-194. Em complemento, "Empiricamente, a exata delimitação do poder da revisão judicial não se define a priori, mas na interação. Ou seja, depende tanto de suas decisões quanto das do parlamento. Quer dizer que não há arranjo formal pré-fixado? Se essa pergunta se refere aos detalhes das atribuições de cada um, sim. O que está pré-fixado é a lógica flexível da separação de poderes, não as suas minúcias, que variarão no decorrer do tempo. A qualidade deliberativa desse jogo pode fundamentar a legitimidade dessas mutações, desde que a razão pública seja o idioma da instituição cuja decisão prevalece." MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 205.

1130 O voto não é fracionável, razão pela qual cada eleitor deve se comprometer com a escolha de um representante que, provavelmente, só representa parcela de seus interesses. Na sociedade atual, composta por interesses heterogêneos e dinâmicos, a mera outorga assíncrona de mandatos, como fórmula estadunidense para oxigenação representativa, afigura-se insuficiente e tendente a ensejar tanto imobilismos decisórios (descoordenação), como decisões subrepresentativas. Sobre o tema, cf.: NEGRETTO, Gabriel L. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. Revista mexicana de sociología, v. 65, n. 1, p. 41-75,

qual, por vezes, as pautas relevantes são adiantadas e postas para votação sem muita discussão, ou após anos parada sem qualquer desenvolvimento deliberativo significativo[1131].

Por outro lado, existem leis sem abstração e/ou generalidade, com pretensão interpretativa e, portanto, retrospectiva e ainda há aquelas que, muito antes de majorarem a previsibilidade do sistema jurídico, introduzem diversas vicissitudes ou deixam de solucionar problemáticas antecipáveis (ou antecipadas) durante o próprio processo legislativo[1132].

Não é de se estranhar, pois, que o argumento das virtudes teleológico-estruturais venha sendo amplamente criticado pela doutrina, na medida em que, apesar de não oferecer um parâmetro analítico seguro, apresenta-se como um fator de simplificação da discussão que lhe pauta em meras idealizações institucionais[1133]. Trata-se, ademais, de um critério que parece, em alguma medida, refletir uma perspectiva de justificação *ex ante* do exercício de funções estatais[1134] que, certamente, não responde bem ao formato contemporâneo da cláusula do Estado de direito, tampouco atende aos reclamos de efetividade e de qualidade regulatória que marcam a contemporaneidade[1135].

Assim, todo argumento que leve em consideração aspectos estruturais e procedimentais não deve tomar uma perspectiva *ex ante* de análise, pois a mera virtude

---

2003. Destacando que a outorga assíncrona de mandatos funciona como "criterio de división [temporal] de poderes" para "asegurar la mayor coincidencia posible entre la voluntad de los representantes y la de los representados que, en general, tienden a hacerse divergentes con el curso del tiempo", cf.: PELAYO, Manuel García. La división de poderes y su control jurisdiccional. Revista de Derecho político, n. 18-19, p. 7-16, mar/1983. p. 15.

1131 Ou ainda em períodos do dia que visam justamente a dificultar a deliberação.

1132 Veja-se, como exemplo relativamente recente, o novo sistema de progressão de penas introduzido pelo pacote anticrime (LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019. Salvador: Editora Juspodivm. 2020. p. 383-416).

1133 Destacando a vantagem de tensões deliberativas, lastreadas em diferentes valores (vontade popular, direitos, eficiência), cf.: "Jeffrey Tullis se atentou para essa peculiaridade. Ele traz a idéia (sic) de deliberação para o centro da teoria da separação de poderes, uma teoria que se funda na 'premissa de que nenhuma instituição democrática específica é suficiente para assegurar a consideração de todas as preocupações relevantes na sustentação da democracia'. Segundo esse autor, a separação de poderes faz com que diferentes valores (como a vontade popular, a linguagem dos direitos, a pressão por eficiência etc.) entrem em tensão. Dá voz institucional a diferentes perspectivas. Essa tensão deliberativa entre instituições que competem pode ser funcional para a produção de boas decisões." MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 190-191.

1134 Criticando a perspectiva de justificação *ex ante* de funções estatais, cf.: MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 203-213.

1135 Reiterando que não se deve partir de idealizações institucionais para analisar quem pode decidir melhor determinada questão, cf.: ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. Direito, Estado e Sociedade, n. 23, p. 6-50, jun. 2011.

abstrata ou "*pedigree* institucional"[1136] termina por ignorar os conteúdos da cláusula do Estado de direito do qual tratamos no subtópico anterior.

Concorda-se, pois, com aqueles que defendem que, no lugar de cotejar supostas virtudes teleológico-estruturais, o mais adequado seria averiguar as capacidades institucionais ou "aptidões cognitivo-decisórias" comparadas dos centros decisórios disponíveis. De acordo com Cabral, o argumento das capacidades institucionais implica que "no âmbito do processo estatal de tomada de decisão devem ser consideradas as possibilidades e limitações que cada instituição possui para resolver os problemas que lhe forem submetidos"[1137].

Neste caminhar de ideias, o argumento pressupõe que como todas as instituições podem falhar e como todo processo de tomada de decisão sofre a influência de limitações concretas[1138], um Estado que se importa com a efetividade e acerto de suas escolhas regulatórias não poderia se pautar por tipos ideais de instituições, principalmente porque o exercício de toda função depende de "condições eficazes de desempenho que (…) nem sempre estão presentes"[1139].

Dessa forma, caberia "comparar instituições e suas especializações", de acordo "com sua estrutura e limites observáveis", ou ainda "com seus atributos contextuais e contingentes", em uma "comparação específica e empírica (…) que não pode[] ser esgotada[] previamente na regra legislada e que se altera[] tanto no tempo, como também no espaço"[1140].

Nesta análise, as virtudes teleológico-estruturais poderiam ser tomadas como pontos a serem verificados e comparados empiricamente, sem, contudo, esgotar os fatores a serem analisados. Outros fatores são indicados por Cabral, como, por exemplo, escassez de tempo,

---

1136 Expressão utilizada por MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 69.

1137 CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-6.4.

1138 Vale conferir a opinião de Vitorelli, para quem uma análise de capacidades institucionais, no âmbito de processos estruturais institucionais públicos, dificilmente favoreceria o Executivo, como se costuma supor, principalmente considerando o contexto normativo e institucional brasileiro e erigindo a "ponto de partida [] o litígio, não a abstração teórica". Segundo o autor, "a teoria das capacidades institucionais suportaria a implementação de processos estruturais, no contexto empírico brasileiro". Veja-se VITORELLI, Edilson. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 122-125.

1139 CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-6.7. Em sentido semelhante, cf.: BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 251 e ss; 273-284.

1140 CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-6.8.

volume de processos, limitações na estrutura de apoio dos centros decisórios, relevância e acesso a conhecimentos técnicos especializados, importância de garantias institucionais, instrumentos processuais disponíveis para informar a decisão, dentre outros[1141].

À comparação interinstitucional entre estes fatores poderíamos acrescer a averiguação do estágio dialógico eventual entre os centros decisórios. Conforme assenta Mendes, as decisões estatais estão sujeitas a uma "sequência ininterrupta de contestações e revisões", donde se defende que em vez de se falar em "última palavra", apenas se possa falar em "última palavra provisória", a qual se encontra submetida a sucessivas rodadas procedimentais[1142].

No exemplo dado, é possível que, na rodada procedimental em que editado, o padrão regulativo abstrato legal tenha sido concebido pensando em circunstâncias especiais de desestabilização do mercado de trabalho municipal ou de sustentabilidade familiar de centenas ou milhares de empregados. Neste caso, o padrão regulativo abstrato, ao descrever as exigências necessárias e suficientes para que uma sociedade empresária pudesse se desmobilizar imediatamente não selecionou as circunstâncias especiais do caso concreto, apesar de sobre elas ter se deliberado no processo de criação normativa.

Dependendo da rodada procedimental em que editado determinado ato normativo, é possível estabelecer uma relação diversa entre o padrão regulativo por ele exibido e um padrão regulativo contrastante. No caso exposto acima, o padrão regulativo concreto somente poderia prevalecer, em regra, caso se declarasse a inconstitucionalidade do conteúdo legal ou houvesse o emprego de algum expediente hermenêutico redutor, como, por exemplo, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Assim, simplesmente seria afastada a seleção excludente das circunstâncias especiais citadas e permitiria sua regulação concreta[1143].

1141 CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-6.8.

1142 MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 180 e ss.

1143 No entanto, se as circunstâncias especiais não foram discutidas na rodada procedimental que resultou na edição da lei – hipótese mais provável diante de um problema estrutural – o padrão regulativo concreto passa a poder ser visto como introdutório de uma nova rodada procedimental, na qual novas circunstâncias passam a ser objeto de atenção do regulador.

Além da consideração da rodada procedimental, poder-se-ia medir o desempenho ou quociente deliberativo[1144] de cada centro decisório ao formular os seus respectivos padrões regulativos. Analisando os respectivos processos legislativo e judicial, seria possível comparar as perspectivas ou interesses levados em consideração, as razões públicas empregadas em cada processo[1145], os resultados práticos prospectados e obtidos diante de cada norma, os aspectos conjunturais e normativos ignorados ou subvalorados por cada centro decisório, as formas de equalização temporal utilizadas em cada caso, etc[1146].

Tudo isso sem esquecer que a coordenação entre os padrões regulativos é uma solução desejável, razão pela qual se torna concebível, por exemplo, reclassificar o padrão regulativo pretendido, de acordo com os aspectos estruturais e procedimentais de seu processo de criação normativa.

Com efeito, uma norma legal que adota um padrão regulativo de descrição exauriente precisa se escorar em determinadas características, sob pena de sofrer uma reclassificação para um padrão finalístico, exemplificativo ou meramente complementável. A título de

---

1144 O critério de desempenho deliberativo foi sugerido por MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 203-206. O autor, no entanto, na versão original de sua tese, não propõe o que deveria ser levado em consideração para averiguar o quociente de cada processo de criação normativa. A título de exemplo, COSTA, Luciana da Silva. A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. 2014. Tese (doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. p. 132-140, sugere critérios também sem maiores desenvolvimentos.

1145 A importância da análise de razões públicas na aferição do desempenho deliberativo é apontada por MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 192 e ss.

1146 Zaneti Jr., com espeque em Häberle, sustenta que "aspectos de formação da regra, sua maior ou menor representatividade e discussão no corpo social antes da promulgação, sua atualidade, devem ser levados em consideração quando se faz a análise de sua compatibilidade com o ordenamento jurídico constitucional em uma sociedade aberta de intérpretes da Constituição" (ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-5.10, nota de rodapé 122). Häberle, por sua vez, deixa claro, afastando-se da posição de Luhmann, que, para ele, a legitimação não deve ser aferida em termos meramente formais, sendo, na verdade, aquela que resulta da participação, "isto é, da influência qualitativa e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão" (HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2002 (reimpressão). p. 31, nota de rodapé 48). Explica-se o afirmado quando se observa que o autor defende que "'povo' não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo também é um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão" (p. 37). Nesse sentido, não é de se estranhar que o mesmo autor defenda que "a intensidade do controle de constitucionalidade há de variar segundo as possíveis formas de participação" (p. 46). Ressalte-se, entretanto, que a opinião do autor parte de outros fundamentos teóricos e apresenta um escopo mais restrito se comparado com o adotado nesta dissertação.

exemplo, poder-se-ia justificar um padrão regulativo com pretensão de descrição exauriente para regulação de uma questão já submetida a rodadas procedimentais avançadas ou que se tenha utilizado o tempo da legiferação para conformar um elevado desempenho deliberativo. A adequação pode advir também de um contexto relativamente constante, ou teleologicamente informado de forma refratária a mudanças de efeitos desconhecidos (v.g. princípio da precaução ou prevenção ambiental).

Fora destes casos, a adoção de um padrão regulativo com pretensão de descrição exauriente pode não conferir as margens de flexibilidade e adaptabilidade que a cláusula do Estado de direito exige na contemporaneidade e, dessa forma, não oferecer um padrão regulativo complementar baseado em elementos dinâmicos capazes de equalizar o tempo de reação estatal e garantir a qualidade regulatória desejada pela sociedade[1147].

No exemplo dado, poder-se-ia reclassificar o padrão regulativo abstrato como descritivo de requisitos necessários, mas insuficientes para desmobilização empresarial imediata, e como prescritivo de um *telos* de proteção do gerenciamento do próprio patrimônio, o que, por exemplo, poderia levar ao desprovimento do pedido de apropriação privada de bens de A para garantir a integridade econômica do mercado de trabalho de B, dando-se preferências a outras medidas conduzidas por B para garantir empregabilidade aos munícipes durante o período de desmobilização diferida.

Como se observa, o critério de resolução do contraste interno entre padrões regulativos por aferição comparativa de seus aspectos estruturais e procedimentais oferece uma rica fonte de argumentos que poderia ser organizada na perquirição da resposta a três questionamentos sucessivos.

São eles: (i) identificação dos padrões contrastantes: quais são os padrões regulativos evocados por cada ato normativo contrastante? (ii) Adequação dos padrões evocados: diante dos aspectos estruturais e procedimentais (aptidões cognitivo-decisórias, quociente deliberativo, rodada procedimental) de cada centro decisório e do conteúdo normativo da cláusula do Estado de direito, há adequação na evocação de determinado padrão regulativo por cada um? (iii) Preferência pela reclassificação complementante dos padrões: é possível estabelecer uma relação de complementariedade ou coordenação entre os padrões regulativos

1147 Seja como for, a adoção de um padrão regulativo baseado em descrição exauriente sempre manterá algum grau de tensão com a cláusula do Estado de direito em seu formato contemporâneo. Entretanto, nos exemplos dados, essa tensão tenderá a ser solucionada em favor do padrão descritivo.

existentes pela reclassificação do padrão pretendido pelo padrão adequado de um dos atos normativos?

Não há dúvidas, por fim, que, assim como os dois primeiros critérios tratados, o critério dos aspectos estruturais e procedimentais poderia ser conjugado com os critérios de recondução ao debate constitucional e de especialização e contextualização para garantir uma justificação completa da resolução da problemática levantada neste tópico.

Conclui-se que a pluralidade, não exclusividade e contrastabilidade interna entre padrões regulativos, provocada pela conformação atual da cláusula constitucional do Estado de direito, além de afastarem uma resposta unívoca e definitiva acerca de qual é o papel da lei no ordenamento jurídico, atraem dificuldades que são melhor solucionadas a partir de uma comparação móvel entre padrões evocados, a qual pode ser parametrizada pelos critérios que foram defendidos acima.

Com esses esclarecimentos, entendemos que é possível prosseguir. E, para tanto, é preciso voltar nossos olhos aos padrões regulativos legais em matéria processual, para que, em seguida, possamos entender se a medida de atipicidade cognitiva experimental é justificável em nosso ordenamento.

3.4.3.4 Evolução dos padrões regulativos legais em matéria processual

3.4.3.4.1 Primórdios: da regulação judicial à busca legiferante pelo "padrão perfeito"

Consoante ensina Souza, a formação dos Estados nacionais provocou o progressivo afastamento de um modelo de regulação processual conduzido precipuamente pelos próprios Tribunais. Tratava-se do modelo que predominava no período medieval e que exprimia a perspectiva de que, por se tratar de uma "racionalidade prática e social (…) uma construção de natureza profissional", a prática judiciária "tal qual as diretrizes estabelecidas na prática do médico e do arquiteto" não deveria ser objeto de "regulação autoritativa externa"[1148].

Nesta evolução, a codificação representou o produto mais claro, na medida em que implicava a declaração do "monopólio da legislação em matéria processual", enquanto as Ordenações Filipinas, por exemplo, representavam uma etapa intermediária, "haja vista a sua

1148 SOUZA, Marcus Seixas. Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2019. p. 71.

incompletude e proposital lacunosidade (…) [que expunha] uma clara manifestação de reforço do modelo de pluralismo normativo que ainda vigorava no Antigo Regime"[1149] [1150].

Sob a lógica racionalista do movimento codificador, floresceu o ideal do procedimento ordinarizado, no qual se buscava projetar um "padrão perfeito", capaz de "servir[] ao maior número de pretensões de direito material", reunindo "em um bloco monolítico de regras todos os esquemas procedimentais imagináveis", como forma de "consolida[r] [o que] a experiência secular mostrava ser o formato de procedimento mais adequado para todos ou quase todos os litígios levados ao Judiciário"[1151].

Em sentido semelhante à reminiscência histórica da precedência cronológica do fenômeno jurisdicional sobre o fenômeno legiferante, a história da regulação processual nasce com a predominância da projeção jurisdicional que, aos poucos, é sufocada e servilizada à observância das prescrições legais[1152].

Sem muitas surpresas, o movimento de codificação e o ideal do "padrão perfeito" preconizavam um padrão regulativo com pretensões descritivas exaurientes, que deveriam ser projetados exclusivamente pela instância legislativa, com claro respaldo no formato liberal da cláusula do Estado de direito.

Para além de descrição exauriente e exclusiva, o padrão regulativo legal agregava uma nota garantística, uma vez que associava a obtenção de uma tutela jurisdicional de melhor

---

1149 De acordo com o autor, o *Code Louis* foi um marco dessa tendência histórica. SOUZA, Marcus Seixas. Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2019. p. 71-72.

1150 Segundo Zaneti Jr. "o termo *processus* só passa a ser utilizado a partir do século XIII pelos canonistas, e vai refletir na estrutura do juízo apenas mais adiante, a partir dos séculos XVII e XVIII, com a sua adoção principalmente pelos processualistas alemães (porque até então a utilização era apenas pragmática, como gíria forense, e não era adotada como conceito forte nem mesmo pela doutrina italiana, que era dominante naquele cenário europeu). Concomitante a essa adoção, ocorre a passagem da pré-história da ciência processual à sua história, visto que o direito processual passa gradualmente a ser estudado como disciplina autônoma. Vale ressaltar: 'a passagem do *iudicium* ao *processus* não se resolve somente em um problema terminológico. Trata-se muito mais de uma janela [olho mágico] através da qual é possível ver [antever] uma mutação radical no modo mesmo de conceber o fenômeno processual'. Uma mutação lógica: da lógica do provável, argumentativa e dialética, passa-se à lógica do 'real', demonstrativa e apodítica." (ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021. RB-2.5).

1151 DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 16-17.

1152 Talvez uma diferença relevante tenha sido a necessidade de superação da tese que via no processo mera racionalidade profissional ou prática, de modo que se costuma associar a cientificação da prática judiciária em Direito Processual como um dos estágios correlatos à substituição da "*practica fori* e o *stylus curiae* (…) [por] um sistema arquitetônico de regras processuais". SOUZA, Marcus Seixas. Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2019. p. 72.

qualidade à uma perspectiva quantitativa de cognição[1153], em um procedimento que permitisse o melhor desempenho de garantias processuais das partes[1154]. A lei deveria, portanto, descrever, com exclusividade e detalhamento, um procedimento, cujo "ideal regulativo" aspirava a proteção de garantias processuais e a tutelabilidade da maior quantidade de situações jurídico-materiais possíveis por um mesmo rito.

Deste padrão regulativo, não se distinguia a regulação da cognição judicial. Pelo contrário: a cognição judicial não recebia tratamento autônomo, sendo estudada em função do momento decisório ou percebida, sobretudo em termos quantitativos, difusamente nas normas do procedimento[1155].

Nada obstante, este formato regulativo, como vimos, falha em atender as atuais demandas provenientes da cláusula do Estado de direito. Não oferece estruturas dinâmicas e flexíveis, não reconhece as novas formas de juridicização de interesses e de legitimação deliberativa, não resolve o problema da destemporalidade ínsita por meio da acoplagem ao sistema jurídico de elementos normativos dinâmicos, não opera adequadamente vinculações baseadas em coordenação e cooperação, tampouco consegue responder adequadamente às dificuldades trazidas pelo arranjo conjuntural da atualidade.

Não por outra razão, o ideal do "padrão perfeito" não sobreviveu aos dias atuais[1156]. Conforme veremos a seguir, a ingenuidade por detrás do ideal regulativo que apregoava a possibilidade de desenvolvimento de um procedimento, integralmente projetado *ex ante* pelo

1153 Conforme percebido por VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 175.

1154 Com efeito, "o procedimento padronizado seria aquele que possibilitaria a melhor qualidade da tutela jurisdicional, contendo a mais completa cognição e ofertando o melhor resultado para as partes em termos do desempenho de suas garantias fundamentais processuais" DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 18.

1155 Problema percebido, por exemplo, por VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 44-46; 183.

1156 Ressalte-se que, apesar de não ter sobrevivido, ainda se encontram, por vezes, "reminiscências ideológicas" do padrão ordinarizado na atualidade, tamanha a sua introjeção no imaginário jurídico. Nas palavras de Calamandrei, existiria, no âmbito dos procedimentos sumários, um verdadeiro "costume judiciário", "que se repet[iria] periodicamente na história", de "dessumarização do processo sumário", em que "o processo sumário, posto em prática, tende a se tornar formal, e a se apropriar de todos os retardos e as complicações do processo ordinário" (CALAMANDREI, Piero. Processo e democracia. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 91).

legislador[1157], que poderia atender as necessidades de tutela de todas as situações jurídico-materiais, sofreu um importante revés com o movimento das "tutelas diferenciadas".

3.4.3.4.2 Movimento das "tutelas diferenciadas": perda do ideal do padrão perfeito e manutenção do padrão regulativo descritivo

Diante da percepção de que, por vezes, há a "necessidade de adequar regras inconvenientes ou insuficientes para prestação jurisdicional eficiente em face das peculiaridades do direito material"[1158], começou-se a admitir, como resposta, a diversificação legislativa dos procedimentos[1159]. Conquanto mantido o padrão regulativo anterior – e, portanto, ignoradas as exigências da cláusula do Estado de direito – o movimento das "tutelas diferenciadas" reconhecia que não poderia haver um padrão perfeito capaz de viabilizar a tutela de toda e qualquer situação jurídico-material[1160].

Ocorre que embora a premissa estivesse correta – a projeção de um padrão perfeito para todas as situações jurídico-materiais inviabiliza a tutela daquelas marcadas por determinadas especificidades – o mecanismo empregado – diversificação legislativa do procedimento – para solucionar o problema posto – garantir a tutela adequada das necessidades materiais – afigurava-se claramente inidôneo ou, pelo menos, insuficiente.

Com efeito, a solução propugnada pelo movimento das tutelas diferenciadas, conforme defendia Marinoni, escorava-se na "utopia" de imaginar que a lei, abstratamente considerada, poderia adaptar o procedimento, em um novo "bloco monolítico rígido de regras"[1161], às

---

1157 Ressalte-se que alguma medida de flexibilidade existia com a previsão de mecanismos convencionais e judiciais de adaptação procedimentais, os quais eram, contudo, somente pontualmente admitidos. Cf.: GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilidade procedimental. São Paulo: Atlas, 2008. p. 133 e ss.

1158 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. Revista de Processo. v. 208, jun/2012. p. 61-90. p. 3 (versão eletrônica).

1159 Expressão adotada por DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 36.

1160 Apesar disso, ainda se defendia a excepcionalidade dos procedimentos especiais: "A especialidade do procedimento deve ser, portanto, uma exceção, só justificável em face da absoluta necessidade de se atender a algo tão específico que seria disfuncional e até lesivo adotar-se em sua inteireza o procedimento ordinário" PASSOS, José Joaquim Calmon de. Teoria geral dos procedimentos especiais. In: Farias, Cristiano Chaves de; Didier Jr., Fredie (coords.). Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante. São Paulo: Editora RT, 2002. p. 3 e ss.

1161 Expressão empregada por DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 17.

necessidades materiais de tutela, sem, contudo, levar em consideração as especificidades de cada caso concreto[1162].

Conforme ensinam Didier, Cabral e Cunha, essa perspectiva de adequação puramente legislativa do procedimento, para além de desconsiderar exigências de igualdade material[1163], ignorava "demandas reprimidas" e a própria "complexidade social, pressupondo realidades homogêneas e reduzindo a estereótipos engendrados pelo próprio Estado a diferença entre a situação de indivíduos diferentes"[1164].

Sica, por sua vez, bem pontuava as "consequências insidiosas" que decorriam de erros provenientes da criação legislativa de procedimentos especiais sem as alterações necessárias para a tutela adequada de situações jurídico-materiais ou ainda da modificação do procedimento comum "sem benefício algum à atividade jurisdicional". Segundo o autor, o nosso legislador incorreu mais no segundo erro, criando "uma quantidade exagerada de procedimentos especiais, muitos deles injustificáveis tecnicamente"[1165].

Observe-se, portanto, que para além de ignorar as limitações preditivas do legislador em relação as peculiaridades que podem subjazer a cada caso concreto[1166], a crítica de Sica ventila que, mesmo numa perspectiva *ex ante*, o risco de erro do legislador não seria módico, o que faz ainda mais sentido se levarmos em conta a advertência que já fazia Pound há mais de 70 anos.

De acordo com o autor norte-americano, o problema do *design* institucional que aloca a regulação do procedimento na esfera de competência do legislador é que este não detém conhecimento das vicissitudes da administração judiciária, tampouco a experiência ou a expertise necessária para solucionar os problemas inerentes ao contexto regulado. Assim, a

---

1162 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Editora RT. 2006. p. 426-427. O autor defendia a adaptação judicial do procedimento como resposta ao problema.

1163 É só pensar que todas as necessidades tutelandas não identificadas pelo legislador permaneciam sem tratamento adequado e aquelas efetivamente identificadas eram tratadas de modo homogêneo, o que também se afigurava, à luz da igualdade material, insatisfatório.

1164 DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 90-91.

1165 SICA, Heitor Vitor Mendonça. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. Revista de Processo. v. 208, jun/2012. p. 61-90. p. 4 (versão eletrônica).

1166 Como era, inclusive, comum entre aqueles que defendiam o padrão regulativo típico da legalidade clássica, Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-2.18.

identificação precisa dos problemas e das soluções eficientes passaria ao largo da capacidade do legislador[1167].

Era necessário mudar. E foi isso que pretendeu o legislador ao editar o CPC/15, conforme veremos a seguir.

3.4.3.4.3 O padrão regulativo do CPC/15: mecanismos dinamizadores e o caráter metamórfico do procedimento

Cônscio dos efeitos deletérios dessa realidade, o legislador brasileiro, ao editar o CPC/15, deu mais um passo para superar o ideal do padrão perfeito e foi, inclusive, além: previu um padrão regulativo que, a nosso ver, adequa-se bem as exigências atuais da cláusula do Estado de Direito.

Em primeiro lugar, o CPC/15 trouxe, logo no primeiro capítulo de seu primeiro livro[1168], um rol de normas fundamentais do processo, linhas mestras[1169] que "orientam e direcionam a aplicação do direito processual brasileiro", garantindo "estabilidade, a coerência e a integridade do direito processual ao mesmo tempo que garantem a sua dinâmica e racionalidade (…) a partir de uma pauta flexível de trabalho"[1170].

Note-se que as normas fundamentais do processo, para além de reforçarem a abertura juridicizante do sistema processual às normas constitucionais (art. 1º), podem operar como elementos normativos dinâmicos, capazes de formatar as margens de flexibilidade e adaptabilidade, reivindicadas pelo arranjo conjuntural típico da contemporaneidade, sobretudo quando decorrentes de cláusulas gerais.

Da mesma forma, a estruturação do processo com base no princípio da eficiência e primazia da satisfação integral de mérito permitem racionalizar a relação processual à luz do

---

1167 O autor escreveu alguns artigos sobre o tema. Vale cf.: POUND, Roscoe. The Rule-Making Power of the Courts. American Bar Association Journal, v. 12, n. 9, p. 599-603, 1926; POUND, Roscoe. Regulating Procedural Details by Rules of Court, American Bar Association Journal. v. 13, p. 12 e ss. 1927.

1168 Destaque-se que há normas fundamentais do processo espalhadas pelo Código, conforme defende ZANETI JR, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. Revista jurídica Corregedoria Nacional. v. 2, 2017. p. 101-166.

1169 MENDES, Aluisio Gonçalves Castro de; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas Fundamentais do Codigo de Processo Civil de 2015: breves reflexoes. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 17, n. 2, p. 38-56, 2016. p. 42. Segundo o autor, as normas fundamentais do processo "expõe a linha principiológica do sistema (…) estabelece[ndo] linhas mestras para a condução e para a orientação de todo o processo civil".

1170 ZANETI JR, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. Revista jurídica Corregedoria Nacional. v. 2, p. 101-166. 2017. p. 150.

telos antropocêntrico do ordenamento jurídico, introjetando pretensões de qualidade e efetividade ao cerne da regulação processual brasileira[1171].

Muito além disso, foram positivados os princípios da cooperação, do contraditório como influência e do autorregramento da vontade[1172], o que garante um espaço legítimo para vinculações baseadas em coordenação e cooperação. Liberta-se, assim, o direito processual de verticalizações nem sempre favoráveis à eficiência e efetividade processuais e que desconsiderava as perspectivas das partes sobre a gestão processual e tutela jurisdicional adequadas aos seus próprios interesses.

Para além das normas fundamentais do processo, o CPC/15 apostou em um procedimento padrão flexível em detrimento de um bloco monolítico rígido de regras projetadas *ex ante* pelo legislador, como havia sido previsto até então. De acordo com Didier, Zaneti e Alexandria, a flexibilidade do CPC/15 pode ser notada em diversos pontos do sistema, dentre os quais destaca a adaptabilidade do processo às peculiaridades do caso concreto (art. 7º, 139, IV, 297, 300 e 536, §1º), a generalização e amplitude da possibilidade de serem concedidas tutelas provisórias no procedimento comum (art. 294 e ss), a fracionabilidade da resolução do mérito da demanda (art. 354, p.ú e 356), a admissibilidade de mecanismos de cooperação judiciária (art. 67 a 69) e de convenções processuais atípicas (art. 190 c/c 200), bem como pela possibilidade de adoção de medidas executivas atípicas (art. 139, IV c/c 536, §1º)[1173].

Sem embargo, talvez a maior "revolução" trazida pelo CPC/15, no que se refere ao que estamos discutindo, foi a previsão da transportabilidade de técnicas processuais entre procedimentos (art. 318, parágrafo único, 327, §2º, 1.046, §2º e 1.049, parágrafo único, todos do CPC/15).

1171 Sobre a eficiência, compreendida como postulado, cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-5.2-5.9.

1172 Para Zaneti Jr., trata-se de uma norma fundamental do processo localizada fora do primeiro capítulo do Código (ZANETI JR, Hermes. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. Revista jurídica Corregedoria Nacional. v. 2, 2017. p. 101-166). Salvo melhor juízo, foi Didier quem defendeu, pioneiramente, a existência do princípio processual do respeito ao autorregramento da vontade (DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios processuais. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017).

1173 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 9 (versão eletrônica).

Consoante defendido, com originalidade, por Didier, Cabral e Cunha, o CPC/15 alterou a perspectiva de "direito ao procedimento especial ao direito à técnica processual especial". Percebeu-se que se a diversificação procedimental nem sempre vale a pena, em termos de custo-benefício, tem resultados empiricamente aferíveis (ou aferidos) ou é capaz de identificar adequadamente as necessidades de tutela e suas variações, a transportabilidade de técnicas processuais entre procedimentos diversos imprimiria ao sistema a flexibilidade e adaptabilidade necessária, a partir da postergação da formulação dos juízos de compatibilidade e adequação entre técnica e procedimento à discussão travada em cada caso concreto[1174].

Esse deslocamento subjetivo-temporal dos juízos de compatibilidade e adequação[1175] incorpora, ainda, a percepção de que nem sempre as garantias de eficiência e efetividade processual advêm de mudanças profundas no sistema processual, senão de pequenas adaptações de regras específicas, cuja identificação precisa e avaliação de custo-benefício é entregue ao órgão julgador, que detém, a princípio, mais experiência, expertise e conhecimento de administração judiciária, e às partes[1176], que, para além de experiência e expertise, detêm maior interesse na tutela jurisdicional adequada de suas situações jurídico-materiais e podem definir o que isso significa de acordo com os seus próprios juízos de conveniência.

Além disso, a transportabilidade de técnicas processuais estabelece uma interação entre técnica e procedimento que não é mais de correspondência topográfica e segregação funcional, senão de "heterointegração e sinergia aplicativa". Dessa forma, a exclusividade trazida pela projeção de blocos monolíticos de regras processuais é substituída por uma "força

---

1174 DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 96-101.

1175 O deslocamento é temporal porque, em vez de antecipar os juízos de compatibilidade e adequação ao tempo da legiferação, permite que eles sejam realizados ao tempo da necessidade. Por outro lado, o deslocamento é subjetivo porque apenas parametrizada (padrão regulativo finalístico) pelo legislador, cabendo ao julgador decidi-los em cada caso concreto. O deslocamento subjetivo se dá sem prejuízo de formação ulterior de padrões decisórios vinculantes (precedentes), que permitem a regulação derivada dos aspectos subjetivo-temporal dos juízos de compatibilidade e adequação (tribunais, antecipação ao momento de formação do padrão decisório).

1176 DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 89-91. Vale lembrar que o CPC/15 admitiu expressamente, em seu art. 190, a possibilidade de convenções sobre atos do procedimento. Cf.: CABRAL, Antonio do Passo. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 72 e ss.

atrativa", mais preocupada em criar um "*locus* ou *habitat* adequado à previsão de técnicas de diferenciação da tutela jurisdicional"[1177].

Em vez de insistir na busca por um padrão perfeito, ou no oferecimento de alternativas pré-sintetizadas, optou-se pela adoção de um "padrão metamorfo", capaz de se heterointegrar e, assim, se adaptar dinamicamente às peculiaridades do caso concreto[1178]. Mais do que a "planta" dos procedimentos disponíveis, o legislador ofereceu uma planta básica, acompanhada de um "algoritmo"[1179] para a projeção difusa de novas plantas.

Diante de tudo isso, a descritibilidade evocada pelo padrão regulativo, adotado pelo CPC/15, não pode ser mais caracterizada como "exauriente". Pelo contrário: o próprio legislador reconhece que a sua capacidade preditiva e que a sua posição situativa em relação ao tempo da necessidade de tutela não é adequada para estabelecer, com exauriência, o formato completo da relação processual.

Todavia, o legislador não abdicou de sua posição institucional de artífice do ordenamento jurídico, projetando os parâmetros de flexibilização e adaptabilidade, orientadores do raciocínio de individuação da técnica processual adequada[1180], exibindo, neste ponto, um padrão regulativo finalístico[1181] e garantístico que pretende se acoplar (ou complementar) a um padrão regulativo concreto a ser desenvolvido pela "comunidade de trabalho"[1182] diante de cada caso concreto.

1177 DIDIER JUNIOR, Fredie; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 102; 104.

1178 Há quem fale em "feição modular" do procedimento comum (CERQUEIRA, Társis Silva de. A nova face do procedimento comum do novo Código de Processo Civil diante dos procedimentos especiais: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. Revista de Processo, vol. 273, p. 95-145, nov/2017).

1179 Trata-se apenas de uma metáfora. O legislador, por certo, não forneceu ao juiz e às partes um algoritmo propriamente dito. No entanto, programou a metamorfose procedimental a partir de diferentes mecanismos: interpretação e aplicação direta de cláusulas gerais, abertura para a utilização de mecanismos processuais atípicos e livre transposição de técnicas processuais.

1180 MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel Francisco. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 29.

1181 CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. RB-5.4.

1182 Sobre o conceito de comunidade de trabalho, cf.: CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério: formação e aplicação de precedentes e enunciados de Súmula. São Paulo: Atlas, 2018, p.108-109.

Em outras palavras, descritividade e orientação finalístico-garantística mesclam-se no padrão regulativo evocado pelo CPC/15, num arranjo normativo marcado por um grau de flexibilidade nunca antes visto.

Entretanto, conforme veremos a seguir, o inovador caráter metamórfico do CPC/15 possui limites, cuja compreensão afigura-se necessária para que sejamos capazes de averiguar, em sequência, a sua compatibilidade apriorística com a medida de atipicidade cognitiva evocada pela projeção jurisdicional de experimentos de reestruturação.

3.4.3.4.4 Limites do caráter metamórfico do CPC/15: previsão legal e importação integral

Frise-se que o livre trânsito de técnicas processuais entre procedimentos não implica necessariamente a possibilidade de projeção não legal de técnicas processuais. Essa, inclusive, parece ser a diretriz prevista no art. 327, §2º e reforçada no art. 318 do CPC: as técnicas processuais transportáveis são aquelas previstas em algum procedimento (art. 327, §2º), os quais, em tese, precisam estar previstos em lei (art. 318) ou convencionados pelas partes (art. 190).

O livre trânsito de técnicas processuais tampouco significa que as técnicas processuais previstas em lei possam ser parcialmente combinadas para derivação de novas técnicas. Com efeito, rememore-se que uma técnica processual, nada mais é do que um amálgama categórico-normativo, uma matriz de implicações normativas orientadas por um núcleo teleológico-funcional comum, de modo que a importação parcial provoca, em princípio, a descaracterização da técnica processual a ser importada.

A título de exemplo, o art. 55, §3º, do CPC/15 não apenas permite a reconstrução de um sentido normativo referente à competência, como à própria cognição em caso de processos simultâneos (*simultaneus processus*). Tanto a modificação de competência, como a (des)centralização cognitiva em processos simultâneos passam a não depender mais da "identidade entre causa de pedir ou pedido, (…) fica[ndo] evidente que o gerenciamento do procedimento permite que o juiz conheça, simultaneamente, duas demandas [] não conexas", o que expressa "o objetivo de evitar a prolação de decisões conflitantes"[1183].

1183 VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 181.

Neste caso, há, pelo menos, duas implicações sistêmico-categóricas, referentes à competência e à cognição, e uma implicação recíproca entre três categorias normativas (competência, cognição e decisão), que permite a modificação de competência, acompanhada de centralização cognitiva, a partir do mesmo parâmetro normativo que prescreve como finalidade a evitação da prolação de decisões conflitantes. São essas implicações recíprocas e sistêmico-categóricas, acompanhadas de seu núcleo teleológico-funcional, que individuam a técnica processual prevista no art. 55, §3º, do CPC/15.

Ocorre que a modificação de competência, preconizada pela técnica processual, deve ser realizada, a princípio, em favor do juízo prevento (art. 58, do CPC/15). Dessa forma, caso se pretenda transportar a técnica processual do art. 55, §3º, do CPC/15 a um determinado procedimento especial que não a preveja, não se poderia deixar de reconhecer a modificação de competência em favor do juízo prevento[1184].

Em outras palavras, a lei não admite que se possa importar apenas o que interessa da técnica processual, rejeitando aquilo que não é conveniente, útil ou necessário, pois as técnicas processuais são matrizes de implicações normativas, previstas em lei e orientadas por um núcleo teleológico-funcional.

Neste diapasão, embora o procedimento não seja apresentado como um "caminho fechado", as técnicas, em tese, são "passos determinados" que podem ser escolhidos, mas não propriamente criados**.** Vale dizer: a metamorfose é do procedimento e não das técnicas, razão pela qual a heterointegração do procedimento ocorre a partir da alocação, segundo juízos de adequação e compatibilidade, de unidades normativas previstas em lei.

Não se pode olvidar, contudo, que o livre trânsito de técnicas processuais foi previsto ao lado de outros mecanismos dinamizadores. Se o livre trânsito de técnicas não possibilita a combinação interna entre técnicas ou a projeção atípica de técnicas, tanto a previsão de cláusulas gerais, que estruturam a interpretação e aplicação de todo o sistema processual, como a consagração da atipicidade de diversos mecanismos processuais podem ser empregados para a obtenção de um padrão regulativo concreto com esses contornos.

Um exemplo, comum nos juizados especiais federais, consiste na inversão do ônus para realização dos cálculos de atualização de créditos previdenciários certificados em título

1184 Aspecto percebido por CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. RB-8.37, nota de rodapé 474.

judicial. Conforme previsto no art. 534, parte final, do CPC/15, cabe ao exequente – interessado em promover a fase satisfativa de seu crédito - apresentar demonstrativo discriminado e atualizado do crédito.

No entanto, considerando que a Fazenda Pública dispõe de estrutura própria para efetuação desses cálculos, que ela os fará de qualquer forma (para evitar excesso), e que, no mais das vezes, é muito custoso ao exequente realizá-los, o juiz, com base nos princípios da eficiência processual e para assegurar a igualdade de tratamento (art. 8º e 139, I, do CPC/15), inverte o ônus de atualização do crédito exequente, atribuindo-lhe ao executado. A inversão atende, ainda, à razoável duração do processo (art. 4º e art. 139, II, do CPC/15), evitando que os cálculos, muitas vezes, equivocados do exequente sejam objeto de impugnação pela Fazenda Pública, o que produz um foco desnecessário de litigiosidade.

Outro exemplo que pode ser dado é suspensividade atípica da tramitação de feito, em que a parte autora "nos casos em que isso seja possível e recomendável" não tenha tentado extrajudicialmente a solução extrajudicial do conflito. Como se sabe, essa não é uma hipótese de suspensão do processo (art. 313 e ss, 340, §3º, 377, 685, parágrafo único, 689, 694, parágrafo único, 921, etc), todavia, poder-se-ia construir essa solução a partir de uma conjugação de diversas normas fundamentais do processo, como, por exemplo, estímulo à resolução consensual do litígio, boa-fé processual, cooperação e eficiência (art. 3º, §3º, 5º, 6º e 8º do CPC/15)[1185].

Neste caso, os art. 17 (interesse processual) e 313 (hipóteses de suspensão processual) poderiam ser reinterpretados, à luz dessas normas fundamentais, para, em havendo eficiência mínima ou credibilidade do sistema de resolução extrajudicial de conflitos disponível (oportunidade facilitada, não burocrática, efetiva e tempestiva) e adequação do caso concreto[1186], ensejar a suspensão do feito enquanto as tratativas extrajudiciais são conduzidas pela parte autora, podendo ser fixado um prazo razoável[1187] para que elas ocorram (art. 139, II e VI, do CPC/15).

1185 GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 99-114, 2020.

1186 Parâmetro proposto por GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 99-114, 2020.

1187 A fixação de prazo razoável para as tratativas também é indicada por GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 99-114, 2020.

Ressalte-se, apenas, que a eficácia criativa desses mecanismos dinamizadores costuma operar melhor em nível pontual, ou seja, não costuma ser o bastante para projetar *ex novo* um regime processual complexo[1188]. A título de exemplo, embora se possa dizer que o princípio da boa-fé processual e do contraditório podem ser empregados para induzir a conclusividade de omissões processuais[1189], não é tão evidente que do princípio da cooperação se possa submeter as partes a todo o regramento da *discovery* norte-americana*,* não previsto na lei brasileira[1190].

Não se exclui, a partir daí por certo, a possibilidade de combinar mecanismos dinamizadores diversos, como por exemplo, a utilização de técnicas processuais, já marcadas pela atipicidade, com o transporte de outras técnicas processuais adequadas ao caso concreto, cada qual adaptada à luz de cláusulas gerais e princípios processuais, donde se chegaria num formato de adaptabilidade maximizado.

No que se refere ao exemplo do art. 55, §3º, do CPC/15, poder-se-ia cogitar da flexibilização da regra da prevenção, à luz dos padrões regulativos finalísticos prescritos pelos incisos do art. 139, do CPC/15 ou ainda realizar um controle a partir do postulado da eficiência processual. Ilustra-se o afirmado quando se verificar, por exemplo, que a reunião dos processos no juízo prevento provocaria violações à igualdade de tratamento entre as partes, ensejaria dilações temporais irrazoáveis, ou não se adequaria às necessidades do conflito.

É claro que, neste caso, também seria possível solucionar a problemática posta – inadequação ou inconveniência da regra da prevenção – sem a necessidade de flexibilizar a técnica processual prevista no art. 55, §3º, simplesmente transportando a técnica processual prevista no art. 69, §2º, VI, do CPC/15, a qual, como defende Cabral, permite a centralização de processos sem observância da regra da prevenção[1191]. No entanto, o exemplo elucida como é possível ampliar a margem de flexibilização admitida pelo CPC/15 a partir da combinação de mecanismos dinamizadores diferentes.

1188 Isso se deve à baixa densidade normativa das cláusulas gerais e princípios. Projetar um regime processual complexo apenas se valendo de raciocínios e estruturas argumentativas principiológicas impõe um pesado custo argumentativo e parece exorbitar os limites desta categoria normativa.

1189 CABRAL, Antonio do Passo. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 325-343.

1190 CABRAL, Antonio do Passo. Direito processual comparado. Rio de Janeiro: Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021. Notas de aula.

1191 CABRAL, Antonio do Passo. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021. p. RB-8.37.

Note-se, todavia, que esse formato de adaptabilidade maximizado não contraria o que foi dito anteriormente: a eficácia criativa das normas principiológicas e cláusulas gerais do sistema processual ainda seria empregada a título pontual – pontual em relação a cada técnica processual transportada ou mecanismo processual atípico previsto. No exemplo acima, a técnica transportada (art. 55, §3º c/c 1.046, §2º, do CPC/15) tem os seus contornos adaptados pela incidência combinada com os princípios da igualdade de tratamento, razoável duração do processo ou de adaptabilidade procedimental.

Nada obstante, a maximização da adaptabilidade só é alcançada, neste nível de discurso[1192], pela previsão dos mecanismos dinamizadores pela própria legislação processual, o que respalda a percepção de que o CPC/15 representou um claro aceno em consonância à racionalidade ínsita ao formato contemporâneo da cláusula do Estado de direito.

Compreendido o padrão regulativo projetado pelo CPC/15, cumpre averiguar se os seus contornos são suficientes (ou não) para acomodar à metódica cognitiva atípica característica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação. E, para tanto, ainda se faz necessário reconduzir a exposição ao padrão legal *prima facie* aplicável aos processos estruturais, bem como ao estudo da categoria normativa autônoma de cognição judicial. É o que faremos a seguir.

3.4.4 O padrão legal *prima facie* aplicável ao processo estrutural

Para que possamos analisar a justificação da cognição atípica, característica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação, cumpre rememorar dois aspectos da discussão que foram escanteados até o presente momento. O primeiro deles, que trataremos neste subtópico, consiste em perquirir se o padrão legal *prima facie* aplicável aos processos estruturais prejudica o raciocínio anteriormente desenvolvido acerca do caráter metamórfico desenhado pelo CPC/15.

Vale recapitular, neste sentido, que o processo estrutural é uma espécie de processo coletivo, razão pela qual o padrão legal *prima facie* aplicável ao processo estrutural é aquele

1192 Lembremos que a lei não ocupa mais o vértice do ordenamento jurídico. Assim, diante de uma adaptação necessária não reconduzível às prescrições legais, afigura-se, em tese, possível buscar justificação para um padrão regulativo concreto na própria Constituição Federal.

previsto pela lei 7.347/85 e complementado pelas diversas leis que compõem o microssistema de processo coletivo[1193].

Vimos também que o procedimento dos processos estruturais é marcado pela inviabilidade de estipulação prévia dos circuitos procedimentais adequados, pois para atender a necessidades de tutela de situações jurídicas díspares, exige-se um arco procedimental flexível, no qual deve haver a prevalência de formas processuais atípicas no que se refere à participação processual, cognição exercida, possibilidade de alteração do objeto litigioso, estabilidade processual, técnicas decisórias, medidas executivas, cooperação judiciária, etc[1194].

Vale lembrar que, para Didier, Zaneti e Alexandria, que reconhecem a inviabilidade de estipulação prévia dos circuitos procedimentais adequados, isso não significa que o modelo de procedimento comum trazido pelo CPC/15 seja insuficiente para conduzir os processos estruturais. Justamente por causa de seu padrão flexível, para os autores, o procedimento comum seria suficiente para abarcar as modelagens atípicas exigidas pelos processos estruturais[1195].

No entanto, se o procedimento comum não é o padrão legal aplicável aos processos estruturais, insta indagar se essa conclusão poderia ser mantida no âmbito do procedimento disciplinado pelo microssistema coletivo[1196]. Em nosso sentir, a resposta é positiva, pois, no que se refere ao rito procedimental, o processo coletivo, disciplinado pela lei da ação civil pública, em muito pouco difere do procedimento comum trazido pelo CPC/15, embora sejam consideráveis as diferenças em relação à principiologia que lhe informa[1197].

1193 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 55-60. Frise-se que os autores defendem que o CPC/15, diversamente do CPC/73, passou contar com normas que integram o microssistema coletivo, proposição com a qual concordamos. Ressalte-se, apenas, que ela não é tão ampla quanto parece, já que o CPC/15, sem considerar as previsões do art. 1.049, p.ú, somente tangencia, em alguns pontos, o processo coletivo.

1194 Conforme defendem DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81.

1195 DIDIER JR, Fredie; ZANETI JR, Hermes; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81. p. 20 (versão eletrônica). Em sentido semelhante, NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 687-702, 2021. p. 694-698.

1196 Frise-se que a questão não é posta pelos autores, na medida em que entendem que a coletividade não é essencial ao processo estrutural, diversamente do que defendemos nesta sede.

1197 DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 104-129.

No que se refere à cognição judicial, também não há peculiaridades na lei 7.347/85. Seja como for, de acordo com o art. 1.046, §2º, do CPC/15, as regras do procedimento comum são aplicáveis supletivamente aos procedimentos especiais previstos em outras leis[1198], o que garante a incorporação atualizante dos mecanismos dinamizadores, trazidos pelo CPC/15, naquilo que não conflitem com a principiologia jacente ao microssistema dos processos coletivos.

Ocorre que à conclusão de Didier, Zaneti e Alexandria, aplicada ao microssistema coletivo, precisamos adicionar a ressalva anteriormente feita: a eficácia criativa dos mecanismos dinamizadores trazidos pelo CPC/15, e aplicados supletivamente ao microssistema coletivo, não são necessariamente o bastante para projetar *ex novo* um regime processual complexo, o que pode dar ensejo a um contraste interno entre padrões regulativos[1199].

Neste sentido, o processo estrutural pode ensejar, por exemplo, a necessidade de reclassificação de determinados padrões regulativos descritivos[1200] (ex: regra da congruência objetiva e estabilização objetiva da demanda), trazidas pelo CPC/15, normalmente resultantes de uma lógica bipolarizada, para um padrão regulativo finalístico-garantístico ou, simplesmente, provocar a necessidade de garantir a prevalência de um padrão regulativo concreto contrastante. Nestes casos, admite-se que o padrão regulativo, trazido pelo CPC/15,

---

1198 Diversamente dos procedimentos especiais previstos no próprio CPC, em relação aos quais o procedimento comum é aplicável subsidiariamente (art. 318, p.ú). A previsão de subsidiariedade em detrimento da supletividade prescrita pelo art. 1.046, §2º, do CPC/15 parece se justificar na sincronicidade regulatória entre os procedimentos codificados, refletidos, portanto, sob uma "mentalidade" temporalmente equalizada. Assim, o código pressupõe que no que se refere aos procedimentos especiais codificados, todas as diferenças regulatórias já foram concebidas em vista do atual contorno do procedimento comum.

1199 Outra ressalva que poderia ser feita é que apesar de seus avanços, o CPC manteve uma lógica eminentemente bipolarizada. Embora a principiologia do microssistema coletivo seja menos afeita à bipolaridade, certo é que, justamente por sua quase identidade procedimental, é comum que o processo coletivo também seja pensado sob uma lógica bipolarizada. Neste ponto, fundamental conferir a dissertação de Ferraro (FERRARO, Marcella Pereira. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015) que esquadrinha o tema e suas implicações para o processo estrutural. Pensamos que a "correção" do formato bipolarizado possa ser realizada, a partir do substrato principiológico adequado, por controle metodológico e teleológico.

1200 É bom lembrar que o padrão regulativo evocado pelo CPC/15 não é somente finalítico-garantístico, o que pode abrir a possibilidade de contrastes internos entre padrões regulativos. Ressalte-se que há vantagens em adotar um padrão regulativo descritivo, dentre as quais se destacam a facilidade aplicativa, simplificação organizativa e segurança jurídica (de orientação). Além disso, considerando que o processo legislativo detém, ao menos, o potencial de ampla inclusão de participantes em arena deliberativa, a "intuição" ou simples escolha legislativa também tem o seu lugar na resolução dos problemas referentes à uma tutela jurisdicional adequada, efetiva, eficiente e tempestiva. Vale dizer: nem só parametrização finalístico-garantístico, nem só respostas pré-sintetizadas.

não admite flexibilização ou admite em grau inferior ao necessário, razão pela qual se tornaria imperioso solucionar o contraste interno entre padrões.

Dito de outra forma, em termos gerais, o caráter metamórfico do padrão procedimental regulado pelo legislador processual de 2015 pode ser manejado para dar azo às adaptações exigidas pelo processo estrutural sem necessária recondução do debate a outro nível discursivo. Isso não significa, todavia, que *todas* as peculiaridades do processo estrutural possam ser solucionadas pelo emprego combinatório dos mecanismos dinamizadores trazidos pelo CPC/15 e, nestes casos, a resolução do contraste entre padrões regulativos será inevitável.

O próximo aspecto, escanteado anteriormente, consiste em trazer à lume o que muda, em termos da justificação perquirida, quando passamos a tratar a cognição judicial como categoria normativa autônoma.

3.4.5 A relevância de pensar em uma categoria normativa autônoma de cognição judicial: justificabilidade da atipicidade em si x justificabilidade da medida de atipicidade experimental

Consoante adiantado, o segundo aspecto necessário para reconduzir a análise ao escopo do presente tópico consiste em rememorar que a cognição deve ser pensada como uma categoria processual autônoma, não devendo haver correspondência biunívoca ou correlação necessária entre cognição e decisão judicial[1201]. Neste mesmo sentido, a cognição não pode ser apenas como uma medida, difusamente aferida como resultado da previsão quantitativa de atos em determinado arco procedimental[1202].

1201 Entendendo que a cognição consistia em preparação para a decisão, cf.: DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 8ª. ed., 2000. p. 255.

1202 Esses vícios são apontados com precisão por Vogt, que avançou para propor uma releitura da função cognitiva, pensada autonomamente e desvinculada de um ato subsequente. Conforme ensina, já há diversos institutos processuais legislados que sinalizam a desvinculação proposta. São citados como exemplos a escolha microprocedimental do mecanismo de resolução consensual de controvérsia adequado, a antecipação cognitiva de a quem aproveita a resolução do mérito para evitar a prolação de decisões terminativas (art. 488, do CPC/15), a estabilização da tutela provisória antecipada de caráter antecedente (art. 304, do CPC/15), o controle de validade das convenções processuais (art. 190 do CPC/15), que não se confunde com a homologação do acordo pelo juízo (art. 487, III, do CPC/15), dentre outros. Além disso, questionou-se a assunção da existência de uma preordenação legal de atos cognitivos. De acordo com a autora, a ordenação dos atos cognitivos não estaria preordenada em lei, senão sujeita a um nexo de adequação cognitiva que, conquanto seja perquirido pela lei, depende de uma análise concreta e comunitária do estado cognitivo processual. VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 82-97; 239-255.

Uma das consequências diretas de se pensar em cognição como uma categoria normativa autônoma é a possibilidade de reconstruir, a partir de um mesmo dispositivo, implicações normativas referentes a mais de uma categoria. Como texto e norma não se confundem, não é de se estranhar que um mesmo texto ofereça substrato para diferentes normas[1203]. Assim, as categorias normativas servem de referencial sistêmico para reconstrução de sentidos normativos unitários que passam a poder ser perquiridos em cada enunciado normativo do ordenamento jurídico, sem prejuízo de um eventual controle teleológico comum.

Para além do já mencionado art. 55, §3º, do CPC/15, a partir do qual é possível extrair uma regra de modificação de competência e uma regra de gestão cognitiva diferenciada, os art. 354 c/c 356, também do CPC/15 permitem ilustrar a importância de pensar a cognição como categoria normativa autônoma. Com efeito, os dois artigos tratam da fracionabilidade do mérito, incorporando ao sistema processual brasileiro a admissibilidade expressa do julgamento antecipado parcial do mérito e das decisões parciais de mérito em geral. Note-se que a admissibilidade das decisões parciais de mérito consiste em um sentido normativo simbolizado pelo referencial categórico-sistêmico "decisão judicial".

Na medida em que o sistema jurídico passa a também ser informado pelo referencial categórico cognitivo, esses mesmos enunciados transmitem um sentido normativo específico em relação à sua unidade sistêmica: se a decisão do mérito pode ser fragmentária, a cognição judicial não pode ser compreendida como incindível, mas fracionável assim como a decisão[1204]. Trata-se de premissa que termina por ser respaldada por vários outros dispositivos

1203 ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013. p. 33-34.

1204 Interessante notar que Vogt extrai, como *ratio* comum à fracionabilidade decisória e cognitiva, baseada nos art. 354 c/c 356, à promoção de eficiência processual. VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 175-177. No entanto, não há aqui – como há no art. 55, §3º – uma matriz necessária de implicações normativas (técnica processual), uma vez que embora toda decisão parcial implique um fracionamento cognitivo, nem todo fracionamento cognitivo induz a necessidade de uma prolação de decisão parcial, uma vez que a cognição, segundo a própria autora, deixa de ser um mero antecedente lógico do momento decisório. Dessa forma, a autora, ao aludir à *ratio* comum, não parece inferir um núcleo teleológico-funcional delineador de uma técnica processual específica, mas sim busca construir um expediente argumentativo de controle teleológico, em que há a recondução da discussão a uma norma fundamental comum (princípio da eficiência processual) que agrega à implicação sistêmico-categória (fracionabilidade decisória e fracionabilidade cognitiva) uma implicação normativa recíproca (as fragmentações, decisória e cognitiva, devem ser projetadas para atingir maior grau de eficiência processual). A questão é relevante, pois enquanto a regra da prevenção vem "no pacote" do art. 55, §3º, do CPC/15, a fracionabilidade decisória não está congregada à fracionabilidade cognitiva, esta percebida como implicação sistêmico-categórica reconstruída a partir dos art. 354 c/c 356, do CPC/15. E, justamente por isso, não há necessidade de combinar mecanismos dinamizadores para projetar arranjos cognitivos fracionados, como

do código, como, por exemplo, o próprio art. 55, §3º, bem como as hipóteses do art. 69, o art. 612, art. 491 c/c 512, etc. Os próprios poderes de gestão processual, previstos pelo art. 139, do CPC/15, permitiriam pensar em arranjos cognitivos diferenciados à luz dos valores lá previstos[1205].

Diante deste segundo aspecto, o problema da projeção de um método cognitivo determinado, embora se entrelace, não se confunde, como se pressupunha anteriormente, com a formulação de um novo procedimento. Por isso, inclusive, é que, conquanto estivéssemos tratando do padrão regulativo do procedimento comum, preferiu-se falar na (im)possibilidade de formulação *ex novo* de um regime processual complexo por meio dos mecanismos dinamizadores (e não de um procedimento novo). É que não necessariamente a projeção de determinado método cognitivo, ainda que dependente da concepção de um regime processual complexo, ensejará a criação de um novo procedimento, sendo a recíproca verdadeira.

Em suma, nesta quadra de evolução científica, é possível pensar nos métodos cognitivos de forma dissociada dos atos decisórios e, ao mesmo tempo, não reduzida a mero reflexo de determinado arco procedimental. E, por isso, a admissibilidade relativa da projeção de circuitos procedimentais atípicos – em geral suficientes para a condução dos processos estruturais – não necessariamente corresponde à admissibilidade da projeção de métodos cognitivos atípicos[1206].

Por outro lado, diante do caráter metamórfico do procedimento e dos demais mecanismos dinamizadores regulados pelo CPC/15, a justificabilidade da atipicidade cognitiva não precisa se concentrar na atipicidade em si, mas sim nos contornos do método cognitivo atípico a ser projetado.

Explica-se: a atipicidade cognitiva em si, notadamente quando escorada em condições positivas de validez sistêmica, não repugna o formato racionalizante contemporâneo da cláusula do Estado de direito, ou seja, não apresenta contrastabilidade externa[1207]. Isso não

---

expediente prévio à prolação de uma decisão parcial.

1205 Os valores são igualdade de tratamento, razoável duração do processo, sanção a atos atentatórios à dignidade da justiça, asseguramento da satisfação de ordens judiciais, estímulo a autocomposição, adequação às necessidades do conflito e efetividade da tutela jurisdicional.

1206 É interessante notar que um procedimento de formato atípico pode incorporar técnicas diferenciadas que impliquem alterações cognitivas, sem, ao mesmo tempo, pressupor a necessidade de adotar um *método* cognitivo diverso.

1207 A adequação ao formato racionalizante da cláusula do Estado de direito é requisito para a superabilidade da condição negativa de validez sistêmica da legalidade.

significa dizer, no entanto, que não haja contrastabilidade interna, a qual, como vimos, deve ser solucionada pela comparação móvel entre padrões regulativos.

Caso estivéssemos diante de um padrão regulativo legal com pretensão de descritividade exauriente em matéria de cognição judicial, teríamos que solucionar o contraste (ainda assim) interno entre a atipicidade em si e o padrão legal para, em seguida, indagar que medida de atipicidade (contornos do método atípico a ser projetado) estaria suficientemente justificada para superar o contraste.

No entanto, como o padrão regulativo evocado pelo CPC/15 adequa-se, em grande medida, ao exigido pela cláusula do Estado de direito – formatando margens consideráveis de flexibilidade e adaptabilidade – a atipicidade em si é recepcionada, bastando analisar se a medida de atipicidade é referível aos mecanismos dinamizadores previstos em lei. Em outras palavras, o CPC/15, para além de permitir a análise direta da medida da atipicidade, confere a possibilidade de que sequer haja contrastabilidade interna, tornando desnecessário estruturar esquemas argumentativos baseados nos critérios já apresentados em subtópico supra[1208].

Com tudo isso em mente, uma última questão que insta responder consiste em verificar de que maneira o CPC/15 lidou – ou deixou de lidar – com o problema da pluralidade metodológica em matéria cognitiva. A questão, a seguir brevemente analisada, nos permitirá concluir como o sistema legal interage com métodos cognitivos diferenciados e qual deve ser o raciocínio empregado para analisar eventual contrastabilidade interna entre padrões regulativos.

3.4.5.1 Plurivocidade metodológica em matéria cognitiva e CPC/15: abertura duplamente limitada e a preferência pela adaptabilidade através de seus mecanismos dinamizadores

Em caráter derradeiro, interessa oferecer duas observações adicionais. A uma, entendemos que o CPC/15 recepciona limitadamente esquemas metodológicos de adequação

1208 É bom dizer que a não referibilidade da implicação normativa a um sistema processual como aquele desenhado pelo CPC/15 majora o ônus de sua justificação. Como o padrão regulativo do CPC/15 já é referível ao conteúdo da cláusula do Estado de direito, é preciso que seja razoável, diante do caso concreto, o motivo que torna a medida de adaptabilidade disponível insuficiente ou inadequada. Isto é: o que a cláusula do Estado de direito exige é uma margem razoável de flexibilidade e adaptabilidade, o que parece certo ter sido projetada no CPC/15. Ainda assim, veja-se que não é a atipicidade em si que é objeto do expediente justificatório: essa já é admitida tanto pela cláusula do Estado de direito, como pelo padrão regulativo legal, mas sim a razoabilidade da margem de adaptabilidade projetada em lei em contraste com a exigida pelo caso concreto. O ponto será retomado a seguir.

combinatória fluida em matéria de cognição judicial[1209]. A duas, o CPC/15 altera a equação argumentativa em prol de adaptações cognitivas e procedimentais, ao reduzir o ônus de pronúncia de inconstitucionalidade da regra padrão e exigir, ao mesmo tempo, a observância, como ônus específico, de uma adaptação através de seus mecanismos dinamizadores. Vejamos em sequência.

Em primeiro lugar, imperioso notar que uma mesma regra cognitiva X pode ser funcionalizada de acordo com diferentes metodologias cognitivas. Não há dúvidas, por exemplo, que a fracionabilidade cognitiva não diz nada acerca da prospectividade ou retrospectividade do método cognitivo empregado, ou ainda de sua experimentalidade, revisibilidade, ou se se presta à simples reconstrução de um juízo de incidência normativa pretérito discutido em juízo. O que mudará, em cada caso, será o sentido, lógica ou função exibida pela regra cognitiva X[1210].

Embora esse não seja sempre o caso[1211], compreender que a disciplina legislativa da morfologia cognitiva do processo não é aprioristicamente infensa à plurivocidade metodológica é relevante para perceber que, a despeito de parametrizar a cognição judicial, nem sempre o Legislador se debruça sobre o problema metodológico e realiza uma resposta definitiva ou determinada.

Ressalte-se que, em reforço do exposto no subtópico antecedente, é inequívoco que a legislação processual disciplina questões cognitivas específicas, como, por exemplo, a fracionabilidade cognitiva (art. 354 c/c 356), hipóteses de centralização da cognição (art. 55, §3º, 69, II, IV e §2º, VI), aspectos de iniciativa cognitiva (art. 141, 142, 337, §5º, 1.002, 1.013), a previsão de limitações objetivas (art. 141 c/c 492), subjetivas (art. 144 e ss, 452), procedimentais (art. 544, 557, 599, 612), dentre outras.

No CPC/15, a presença de uma plêiade de mecanismos dinamizadores parece indicar que o Legislador não apenas não elaborou uma resposta definitiva para o problema metodológico, como deixou aberta a possibilidade de reconfigurações ou adaptações

1209 O ponto foi analisado ao final do capítulo 1.
1210 A proposição está escorada na não correspondência biunívoca entre adaptação procedimental e adoção de um método de trabalho diferenciado, bem como na proposição de que uma mesma morfologia procedimental pode expressar métodos diversos, consoante defendido no capítulo 1.
1211 Ou seja, é possível que um conjunto de regras prenuncie uma unicidade de método.

processuais de acordo com razões concretas não tipificadas[1212], o que enseja uma abrangência ampla o suficiente para abarcar aspectos metodológicos e não metodológicos.

Neste sentido, entendemos que o Legislador, ao editar o CPC/15, rejeitou a adoção de um "supermétodo" de trabalho processual, recepcionado, de modo prudencial, a adoção de opções metodológicas fragmentárias que se afigurem adequadas às necessidades tutelandas de cada caso concreto[1213].

Isso parece ainda mais claro em matéria de cognição judicial, quando se nota que o Legislador de 2015 trouxe diversas inovações nessa seara[1214]. Nada obstante, a baixa sistematização dessas inovações, introduzidas difusamente no código, indicam que a "rodada procedimental deliberativa"[1215] em que a legislação foi editada não permitia uma profunda e unívoca compreensão metodológica dos arranjos cognitivos diferenciados que foram desenhados em lei.

Em termos constitucionais, outro argumento em prol da plurivocidade metodológica cognitiva reside em notar que considerando que a *cognitio* é essencial para o exercício da função jurisdicional, garantir uma cognoscibilidade adequada constitui, em primeiro lugar, um poder implícito atribuído ao Judiciário[1216]. Ademais, considerando que a tutela jurisdicional restaria prejudicada diante de um esquema metodológico legal equivocado, a plurivocidade metodológica em matéria cognitiva também configuraria direito fundamental do jurisdicionado, por força dos incisos XXXV e LV, do art. 5º, da CRFB/88. Dito de outro modo, a abertura metodológica em matéria de cognição judicial encontra-se escorada em disposições constitucionais.

É claro que isso não significa propugnar que o CPC/15 estruturou-se, em matéria cognitiva, sob uma abertura metodológica plena, em que, no início de todo e qualquer processo, as partes e o juízo devem averiguar o método mais adequado e, então, reinterpretar

---

1212 Não disse, por exemplo, que as reconfigurações processuais, por força de seus mecanismos dinamizadores, somente poderá ocorrer para atender a peculiaridades da situação jurídico-material discutida em juízo ou para finalidades determinadas.

1213 O que se adéqua ao que foi defendido no final do capítulo 1.

1214 Várias delas são analisadas em VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 178-189; 190-213; 218-224; 239-247 (dentre outros).

1215 MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008. p. 166 e ss.

1216 A teoria dos poderes implícitos pode ser conferida, por exemplo, em NEWMAN, Ryan D.. From Bivens to Malesko and Beyond: implied constitutional remedies and the separation of powers. Texas Law Review, Austin, v. 85, n. 2, p. 471-515, dez. 2006.

o regime cognitivo aplicável. A toda evidência, o processo disciplinado pelo CPC/15, a despeito dos mecanismos dinamizadores previstos, ainda traja, a princípio, as vestes da bipolaridade individualista.

O que nos afigura mais adequado é defender que o CPC/15 ofereceu uma solução metodológica padrão, baseada, sobretudo, em esquemas pensados à luz de litígios bipolares individuais, ao lado de uma abertura metodológica duplamente limitada. Com efeito, devido a sua maior abstração e caráter conceptivo, é possível que determinado esquema metodológico seja adequado à resolução de um dado caso concreto, no entanto, que eventual reconfiguração processual, exigida para o seu desenvolvimento, não possa ser reconstruída a partir de nenhum mecanismo dinamizador disponível. Neste caso, a comparação móvel entre o padrão regulativo disponível – mas insuficiente para desenvolvimento do método adequado – e um padrão regulativo necessário – mas não oferecido pela legislação processual – será imprescindível.

No que se refere à admissibilidade de esquemas metodológicos diferenciados, entende-se que a sua defesa foi facilitada pelo art. 1º, do CPC/15. Em vez de perquirir a reconstrução de um dado esquema metodológico a partir de um conjunto de inferências sistêmicas baseadas em normas processuais diversas[1217], sob pena de ter que recorrer a um eventual controle de constitucionalidade da inadmissibilidade do esquema metodológico diferenciado, o art. 1º, do CPC/15 reduz o ônus de pronúncia de inconstitucionalidade, trazendo à discussão legal esquemas argumentativos fundamentados diretamente na Constituição[1218].

Com isso, discordamos que o sentido normativo precípuo do referido dispositivo consista em evocar um efeito meramente simbólico que normalmente se atribui ao art. 1º, do CPC/15 – de que o Legislador estaria reconhecendo a constitucionalização do processo – bem como em garantir que a Constituição seja aplicada às suas normas – como se coubesse a lei dizer quando a Constituição é ou não aplicável. De outra banda, o artigo funciona como uma cláusula de abertura que, desde que associada a outros mecanismos dinamizadores, pode permitir reconfigurações processuais relevantes.

1217 Isso poderia, inclusive, excluir a plausibilidade de determinadas opções metodológicas, diante de sua baixa sistematicidade comparativa (com outros métodos).

1218 Essa margem de flexibilização e adaptabilidade não é igual à margem discutida anteriormente. A diferença, em síntese, é que a admissibilidade metódica ampliada não induz a reconfiguração processual igualmente ampliada, porque deve ser realizada à luz dos mecanismos dinamizadores trazidos pela legislação.

Dessa forma, métodos cognitivos fundamentados em normas constitucionais, em tese, encontram no art. 1º, do CPC/15 uma "ponte" normativa que lhe assegura compatibilidade abstrata em relação ao sistema processual vigente. Neste sentido, o art. 1º, do CPC/15 permite uma abertura do sistema legal a metodologias que possuam respaldo constitucional, sem a necessidade de se demonstrar a inconstitucionalidade de eventuais métodos inferidos a partir de um conjunto de normas.

Apesar da facilitação argumentativa, o CPC/15, num plano maior de concretude, estabelece uma preferência normativa pela adaptação através de seus mecanismos dinamizadores. Vale dizer: se inferências normativas não são necessárias para garantir a compatibilidade abstrata de um método diferenciado com o sistema processual legal, o mesmo não se pode dizer diante de necessidades concretas de reconfiguração processual, para as quais deve o intérprete operar, a princípio, com os mecanismos dinamizadores disponíveis, em busca de um desenho metodologicamente adequado. Somente quando isso não se afigurar possível é que se torna necessário realizar uma comparação móvel entre padrões regulativos internamente contrastantes, à luz da cláusula do Estado de direito e do paradigma da fragmentariedade, já discutidos acima.

Ressalte-se, todavia, que o ponto de parada argumentativa, ora descrito, não deve ser submetido a um *standard* elevado de fundamentação, sob pena de gerar focos de ineficiência processual, devido a alongadas discussões acerca da adaptabilidade através dos mecanismos dinamizadores do CPC/15, o que certamente destoa do *telos* racionalizante incorporado pela própria legislação.

Para controlar o referido *standard* argumentativo, sugere-se que, no âmbito de projeção de métodos diferenciados, ele seja enfocado na verificação de equivalência funcional[1219], adequação teleológica[1220] e, em sua ausência, no respeito à conformação

1219 O parâmetro visa a analisar se a reconfiguração processual pretendida desempenha a mesma função de uma técnica disponível. A título de exemplo, ainda que não haja método experimental previsto no CPC/15, considerando a sua admissibilidade à luz de juízos positivos de adequação e necessidade em um caso ambiental específico, poder-se-ia indagar acerca da possibilidade de proceduralizar comitês de acompanhamento, utilizando, como equivalente funcional, a disciplina prevista para a criação do comitê de credores, prevista pela Lei 11.101/05. Trata-se de técnica processual especial que poderia ser transportada para garantir uma reconfiguração processual necessária à luz do método experimental.

1220 O parâmetro, que deve ser aferido após a verificação de equivalência funcional, visa a perquirir se o desenho processual disponível é adequado às finalidades pretendidas pela reconfiguração pretendida. Isso porque é possível que o equivalente funcional tenha sido pensado para atender finalidade de traços incompatíveis ou insuficientes diante daquela subjacente ao caso concreto. No exemplo anterior, pode ser que a solução de votação majoritária, prevista em lei para solucionar determinadas questões controvertidas no âmbito do Comitê de Credores, não seja adequada para casos versando sobre proteção integral de crianças e adolescentes, em que um

garantística incorporada em técnica especial assemelhada[1221]. Este último aspecto realiza a transição entre um raciocínio de adaptação através dos mecanismos dinamizadores do CPC/15 e um raciocínio de complementação entre o padrão regulativo legal – reduzido a um padrão garantístico – e aquele exigido pelo caso concreto[1222].

3.4.6 Justificabilidade da medida de cognição atípica experimental

Diante de todo o exposto no presente tópico, defendemos que a medida de atipicidade cognitiva exigida pelo processo de experimentação é justificável em nosso ordenamento. Em apertada síntese, cuida-se de conclusão escorada, sobretudo, em um paradigma de fragmentariedade, à luz do conteúdo contemporâneo da cláusula do Estado de direito e do padrão regulativo adotado pelo CPC/15.

Em síntese, desde que verificada a sua adequação e necessidade, entendemos que o experimento jurisdicional de reestruturação poderá ser projetado, sujeitando-se as reconfigurações processuais, que se afigurarem necessárias para o seu regular desenvolvimento, a uma tentativa primacial de adaptação através dos mecanismos dinamizadores do CPC/15, a qual deverá se basear na averiguação de equivalência funcional e adequação teleológica.

Caso a medida de atipicidade experimental, no que se refere às reconfigurações processuais necessárias, não possa ser desenhada a partir dos mecanismos dinamizadores previstos pela legislação processual, será imperioso realizar uma comparação móvel entre

---

controle de conteúdo deliberativo, como propõe STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. The Georgetown Law Journal, v. 79, p. 1355-1446, 1991, pode se mostrar imprescindível.

1221 O parâmetro baseia-se no aproveitamento de sinais normativos, que exibem padrão garantístico, incorporados à legislação que, neste caso, funcionam em complementariedade ao padrão regulativo concreto exigido. Em nossa opinião, a transposição da conformação garantística não depende de equivalência funcional, bastando similitude funcional. Da mesma forma, em vez de adequação teleológica, pode se defender a necessidade de uma afinidade ou pertinência teleológica. Isso porque, nessa hipótese, não haverá trânsito de técnica processual. O único aspecto que se pretende transpor corresponde ao "esqueleto" garantístico conferido pelo Legislador ao jurisdicionado. Ressalte-se, ainda, que a preservação da conformação garantística de técnica processual assemelhada não configura um requisito ineludível, até porque o caso concreto pode exigir um formato garantístico especial ou superior ao previsto em lei. A transposição da conformação garantística serve para assegurar padrões protetivos mínimos e oferece, à resolução do contraste interno, uma relação de complementariedade, desde logo, aproveitável.

1222 A abertura metodológica duplamente limitada, portanto, oferece uma controlabilidade argumentativa adicional ao emprego de métodos de trabalho diferenciados. Isso porque evita que se passe da adequação metodológica à reconfiguração processual ampla, coadunando-se, dessa forma, com a proposição de que, na medida do possível, deve-se preferir uma adaptação através do sistema legal e, caso não seja possível, a acoplagem complementar dos padrões regulativos contrastantes.

padrões regulativos internamente contrastantes, preservando-se, quando possível, a conformação garantística de técnicas processuais legais assemelhadas.

Por fim, foram propostos três esquemas argumentativos combináveis para realização da comparação móvel entre padrões regulativos internamente contrastante. Com efeito, sugeriu-se que a comparação poderia ser efetuada por meio da recondução do debate a fundamentos normativos hierarquicamente superiores, de um critério de contextualização e especialização e do cotejo de aspectos estruturais e procedimentais ligados à formação de cada padrão contrastante.

3.5 **Conclusão do capítulo**

Neste capítulo, o nosso enfoque analítico recaiu sobre o processo de justificação sistêmica dos experimentos jurisdicionais de reestruturação. Buscamos completar as exigências mínimas de configuração do discurso jurídico sem abrir mão de um nível de consistência adequado, o que somente foi possível pelo aproveitamento de estados prévios de reflexividade externa e pela consideração dos efeitos deletérios oriundos do caráter duplamente hipotético da emulação de posições críticas no atual momento analítico, sem prejuízo do reconhecimento da dificuldade assimétrica que marca o desenvolvimento de performances argumentativas antivetoriais.

Diante dessas limitações discursivas, optamos por oferecer duas contribuições iniciais ao processo de justificação dos experimentos jurisdicionais de reestruturação. Neste sentido, compulsamos sua compatibilidade com os princípios da segurança jurídica e da igualdade de tratamento e, em seguida, averiguamos se a medida de atipicidade cognitiva, exigida pelo processo de experimentação, era compatível com o nosso ordenamento jurídico.

Neste diapasão, conquanto não seja possível, devido às limitações discursivas identificadas, entregar uma resposta abrangente e, ao mesmo tempo, consistente ao segundo problema que orientou a presente pesquisa, é possível sustentar, ao menos, duas proposições finais.

Em primeiro lugar, propugna-se que os aspectos do experimento de reestruturação que foram analisados nesta sede são justificáveis à luz do nosso ordenamento jurídico. Em complemento, verificou-se que o exame analítico do processo de justificação do instituto

estudado é capaz de fornecer importantes substratos normativos que servem de balizamentos à sua utilização concreta.

Com as presentes contribuições, espera-se que seja "aberta" a rodada de discussões acadêmicas e práticas acerca da justificação dos experimentos jurisdicionais de reestruturação. Diante das potencialidades do instituto estudado, propõe-se, como vetor de performance argumentativa predominante, a sua justificabilidade ampla, cuja verificação consistente, entretanto, dependerá necessariamente do engajamento dialógico subsequente da comunidade jurídica.

CONCLUSÃO

Esse trabalho é o resultado de um esforço reflexivo orientado à busca por respostas acerca do que exatamente significa "experimentar" no âmbito dos processos estruturais. Ao longo da pesquisa monográfica, pretendemos demonstrar que ao mesmo tempo em que a descrição disponível acerca do experimentalismo pecava por sua insuficiência e inadequação, a alteração desse cenário poderia entregar ao nosso Estado de direito uma ferramenta capaz de interferir positivamente em realidades sociais complexas e mutáveis.

Nesse sentido, a "saída experimentalista" apresentava-se como uma alternativa capaz de libertar o seu condutor do "labiríntico" dilema de como enfrentar o desconhecido sem se render a improvisações acríticas ou ao imobilismo cognitivista. Notadamente diante de estados de desconformidade estruturada, policêntricos e multifocais, a experimentação exprimia a perquirição de uma solução que poderia conjurar prudência e dinamismo, razão pela qual descrevê-la, em termos normativos, e averiguar a sua justificabilidade sistêmica, perante o nosso ordenamento jurídico, constituíam expedientes argumentativos de suma importância para o seu eventual aproveitamento concreto.

Para desenvolver os referidos expedientes argumentativos, a presente pesquisa foi estruturada sob duas questões centrais: (i) a descrição disponível de experimentalismo é suficiente e adequada? E (ii) o Judiciário brasileiro pode projetar experimentos no âmbito dos processos estruturais?

Foram suscitadas, para enfrentar os questionamentos, duas hipóteses sucessivas a serem pesquisadas: (i) a insuficiência descritiva e prescritiva atualmente disponível acerca do experimentalismo no âmbito dos processos estruturais dificulta o condicionamento adequado de sua aplicação; (ii) desde que se parta de uma descrição adequada, o ordenamento jurídico brasileiro recepciona a possibilidade de projeção de experimentos jurisdicionais de reestruturação.

Para fins de averiguar a comprovação ou refutação das hipóteses aventadas, foram concebidos três capítulos. Embora o contributo teórico, oferecido nesta sede, seja melhor compreendido pela articulação e rearticulação conjugada das múltiplas proposições defendidas em cada ponto de parada argumentativa, cumpre compendiar as principais ideias sustentadas em cada uma de suas partes.

O capítulo um parte da premissa de que para estudar o experimento jurisdicional de reestruturação é preciso, antes de mais nada, entender no que consiste o processo estrutural. Em um cenário de profusão de caracterizações disponíveis acerca do referido instituto, desincumbir-se desse desiderato depende fundamentalmente da superação desse estado de equivocidade inicial. Para tanto, propusemos a decomposição e recomposição crítica das características essenciais do processo estrutural, com suporte no cotejo analítico de uma amostra de concepções existentes na doutrina.

Com base no expediente analítico traçado, observou-se que a caracterização dos processos estruturais é marcada por diversos pontos controvertidos, o que revela o caráter "vivo e pulsante" das pretensões doutrinárias descritivas que se proliferam no cenário nacional acerca dos processos estruturais. Além disso, constatou-se o quanto a doutrina brasileira avançou em relação às "visões originárias" de Chayes e Fiss, sendo possível observar descrições inovativas independentes e voltadas a pensar o nosso sistema nacional.

A despeito disso, confirmou-se como os discursos doutrinários encontram-se marcados pela pluralização injustificada de significantes descritivos, desacordos não explicitados e nem sempre dialéticos e, ademais, por algumas inconsistências que, em nosso entendimento, permitiam aprimoramentos.

Os resultados obtidos, em termos de aperfeiçoamento descritivo, podem ser conferidos no tópico 1.4. Seguindo o expediente analítico traçado, fomos capazes de defender, não apenas o que caracteriza o processo estrutural, a sua decisão, a sua cognição, o seu "remédio", o seu procedimento e os métodos de trabalho para sua condução adequada, como também o que *não* deve lhes caracterizar.

Apenas a título de exemplo, propusemos que o processo estrutural é uma espécie de processo coletivo que versa sobre um estado policêntrico e multifocal de desconformidade estruturada, no qual se pretende a projeção de um instrumento de proteção atípico que formata um regime jurídico programático, comum e revisável. O "remédio" estrutural, por sua vez, pode ser caracterizado como um instrumento de proteção de interesses atípico (método de qualificação processual de interesses) que formata um regime jurídico programático, comum e revisável (à luz da oponibilidade do evento em contrário) que visa a ordenação axiológica e temporal concordante das diversas perspectivas eficaciais, dotadas de inconsistência prática, que integram cada foco de interesse do estado policêntrico de desconformidade estruturada.

De outra banda, em caráter igualmente exemplificativo, defendemos que o processo estrutural *não* deve ser caracterizado por um elemento institucional, pelo controle de políticas públicas, pela necessariedade da consensualidade, tampouco inaugura uma nova espécie de função jurisdicional. Esclareceu-se, ademais, que determinadas características, como o encadeamento decisório, apesar de serem associadas à decisão estrutural, na verdade, buscavam descrever a sua cognição.

Uma vez compreendidas as características essenciais do processo estrutural, o capítulo dois prossegue buscando compreender o que exatamente se quer dizer quando se alude à projeção de um experimento jurisdicional de reestruturação.

Partiu-se do entendimento de que a profusa menção à experimentalidade nos processos estruturais não vem acompanhada de esclarecimentos, com precisão mínima, acerca de sua conformação normativa, impedindo o seu tratamento sistêmico adequado. Para enfrentar esse panorama deficitário, buscou-se investigar e descrever os lineamentos gerais dos experimentos jurídicos, reduzidos ao seu aspecto objetivo, como categoria normativa que informaria a análise dos experimentos jurisdicionais de reestruturação.

A partir da revisão crítica da categoria, elucidou-se, dentre outros aspectos, o funcionamento da dinâmica normativa do experimento jurídico, a problemática que busca debelar, o seu *telos* normativo, sua natureza jurídica, a técnica processual que emprega, a solução projetada pelo processo de experimentação, o seu principal fundamento normativo e os mecanismos que dele decorrem, as suas características essenciais, os eventos normativos mínimos que integram o seu estado de polivalência funcional, a parametrização mínima de sua adequação e necessidade, bem como a sua relação com os experimentos científicos e seus tipos ideais.

Os resultados parciais, acerca da categoria dos experimentos jurídicos, podem ser conferidos no tópico 2.8. Apenas a título de exemplo, defendeu-se que o experimento jurídico consiste em um método atípico de cognição diferida e condicional em que o centro decisório projeta uma limitação interna ao exercício de suas próprias funções, baseada em uma vinculação normativa condicionante entre eventos normativos distintos, que permite a incorporação de razões consistentes ao processo de tomada de decisão, equalizando recursos cognitivos não disponíveis ao tempo da decisão.

Ademais, propugnou-se que o experimento jurídico reproduz uma dinâmica normativa unificante entre eventos normativos que antes eram tratados de modo difuso, eventual, externo e/ou separado, os quais passam a estar fundidos em torno de uma estrutura normativa matricial, que se caracteriza por um estado de polivalência funcional variável (funções cognitivas e regulatórias diferenciadas), cuja operabilidade depende de uma engenharia normativa autorreferente (implicações recíprocas intranormativas), orientada ao aprimoramento cognitivo (*telos* cognoscente). As funções mínimas do estado de polivalência funcional espelham as suas características essenciais que exigem projeção no formato de eventos normativos.

Em desabono a teses que buscam aproximar o experimento jurídico de experimentos científicos, sustentou-se que o aprimoramento cognitivo pretendido pelo experimento jurídico baseia-se em plausibilidade teleológica, a qual exerce um papel heurístico de redução de alternativas regulatórias, promovendo ganho de eficiência, porque baseada em informações qualitativamente superiores que previnem erros, assunções de riscos indesejados, além da produção de efeitos negativos. Ademais, propugnou-se que o "teste de realidade" que programa é aferível de acordo com a pauta axiológica do ordenamento jurídico e seus eventos normativos são projetados sob bases dialógico-argumentativas, considerando o elemento comunicativo inerente ao Direito.

Entendido o experimento jurídico, avançou-se para a investigação dos experimentos jurisdicionais que nada mais são do que experimentos jurídicos projetados pelo Judiciário no exercício de sua função jurisdicional.

Para orientar a identificação do condutor do experimento, foram propostos os seguintes parâmetros: (i) retenção de grau relevante de entremistura cognitivo-decisória; (ii) insuficiência da projeção abstrata do experimento e do controle fraco de integridade cognitiva; (iii) identificação da limitação interna ao exercício da função do pretenso condutor; (iv) em caso de compartilhamento decisório, identificação de uma hipótese de limitação recíproca entre condutores e limitação interna pela criação ou durante o desenvolvimento do experimento; (v) preferência normativa pela infusão de condicionamentos normativos oriundos de sujeitos diversos (hibridação subjetiva de condutores do experimento), desde que justificável pelo acréscimo de eventos normativos diferenciados à sua estrutura normativa

matricial e pelo incremento de previsibilidade objetiva dos contornos do processo de experimentação.

Além disso, sustentou-se que, desde que presente o seu suporte fático-hipotético, o experimento jurídico, em geral, e o experimento jurisdicional, em particular, poderão abranger hipóteses de regulação retrospectiva, notadamente em casos de normas de baixa densidade normativa, para fins de auxiliar na aplicação dos métodos ponderativos de resolução de conflitos.

Esclarecido, em termos gerais, o que é o experimento jurisdicional, avançamos para tratar dos experimentos jurisdicionais de reestruturação. Neste diapasão, arguiu-se que o experimento jurisdicional de reestruturação constitui uma espécie de experimento jurisdicional que objetiva robustecer, por meio de intervenções regulatórias, a cognição necessária ao desenvolvimento do regime jurídico comum que servirá à resolução de um estado de desconformidade estruturada.

Como reflexo das características do processo estrutural, destacou-se que a projeção dos experimentos de reestruturação deve lidar com a pressão multicausal por uma margem ampliada de alterabilidade e dinamismo que lhes sujeita a diversas problemáticas que não necessariamente marcam os experimentos jurisdicionais como gênero comum. Exemplificou-se, neste sentido, que o experimento de reestruturação exige a concepção seja de técnicas processuais diferenciadas, como a de segregação iterativa, seja de eventos normativos de "apoio regulativo", dotados de aspectos organizativos volantes, que certamente representam um condicionamento regulativo que inspira análise apartada.

Em uma primeira aproximação, defendeu-se cinco proposições básicas sobre o instituto estudado: (i) o experimento jurisdicional de reestruturação é uma espécie de experimento jurisdicional; (ii) a resolução de um problema estrutural nem sempre depende de um método experimental; (iii) é possível que apenas parcela do problema ou da tutela de reestruturação seja submetida a um método experimental; (iv) nem todo experimento jurídico conduzido pelo Judiciário no âmbito de um processo estrutural pode ser qualificado como um experimento jurisdicional de reestruturação; e (v) a conjugação das proposições anteriores permite posicionar o experimento jurisdicional de reestruturação como um esquema metodológico disponível de adequação combinatória fluida no âmbito do processo estrutural (tópico 1.3.10).

Com base na quinta proposição, elucidou-se, ainda, que o que foi objeto de estudo no capítulo dois, na verdade, foram os aspectos normativos centrais de seu método cognitivo diferenciado, expediente analítico que visa à entrega de um substrato hermenêutico mínimo para a resolução de eventuais problemas concretos.

À luz dos aprimoramentos descritivos, defendidos no capítulo, averiguou-se, em caráter derradeiro, de que forma a difundida proposta do experimentalismo democrático posicionava-se dentro do presente estudo.

Neste tocante, sustentou-se que, com base nos parâmetros de identificação, anteriormente postulados, não se trata de uma teoria que versa sobre experimentos jurisdicionais de reestruturação, mas sim sobre um experimento administrativo subjetivamente diferenciado. Mais do que não descrever um experimento jurisdicional de reestruturação, a adequação do experimento, desenhado pela corrente doutrinária analisada, antes pressupõe a inadmissibilidade apriorística de um experimento jurisdicional de reestruturação. Somente se porventura o "remédio de desestabilização" não funcionar é que poderíamos pensar em um experimento jurisdicional de reestruturação, o que, entretanto, exige que o instrumento de proteção conferido seja o regime jurídico comum, discutido no primeiro capítulo.

Em casos de experimentalismo democrático "incompleto", as conclusões discutidas ficam menos claras, sendo certo que pode existir vantagem na infusão de condicionamentos normativos subjetivamente mistos. Seja como for, para admitir maior direção cognitivo-regulativa ao Judiciário, o instrumento de proteção (desestabilização) projetado não pode ser o defendido pela corrente, senão aquele defendido no primeiro capítulo. Neste caso, a proceduralização de um núcleo deliberativo de poderes restritos e submetidos a um controle conteudístico efetivo, exercido pelo Judiciário, indica um compartilhamento decisório que pode ser resultante de algum condicionamento normativo próprio do exercício da função jurisdicional nestas condições.

Neste caminhar de ideias, propusemos um reposicionamento analítico da teoria do experimentalismo democrático, no sentido de que a resposta dada pela corrente consiste em postular uma restrição funcional de caráter protetivo (ou remedial), baseada na limitação da possibilidade de experimentação jurisdicional e no condicionamento (democrático e

responsivo ao problema das incertezas contextuais) de um experimento administrativo subjetivamente diferenciado.

Por conseguinte, o experimentalismo democrático adota um raciocínio limitante ou excludente do exercício da função jurisdicional baseado na identificação de um escopo interferente (no exercício de funções administrativas), entendendo que o remédio disponível deveria se voltar (apenas) ao incremento de responsividade da instituição de baixa performance. A (im)pertinência desse tipo de restrição funcional excludente deve ser investigada à luz das limitações jurídicas específicas de cada ordenamento jurídico, não sendo, portanto, passível de importação não previamente justificada.

Diante das proposições defendidas nos dois primeiros capítulos, considera-se provada a primeira hipótese de pesquisa, razão pela qual afigura-se razoável defender a insuficiência descritiva e prescritiva atualmente disponível acerca do experimentalismo no âmbito dos processos estruturais, o que termina por dificultar o condicionamento adequado de sua aplicação. Em complemento, argui-se que os avanços descritivos, resultantes dos esforços argumentativos desenvolvidos ao longo dos capítulos um e dois, podem ser reputados adequados para tratar do instituto jurídico ora estudado.

Para analisar a segunda pergunta de pesquisa e testar a hipótese aventada, o capítulo três prossegue buscando compreender se o experimento jurisdicional é justificável à luz das limitações jurídicas específicas do ordenamento jurídico brasileiro. Para tanto, entendeu-se necessário averiguar, em caráter incremental, a atendibilidade de condições negativa e positiva de validez sistêmica dos pressupostos normatizantes variáveis, em abrangências descritivas de redução progressiva ou induzida, oriundos das descrições normativas superpostas dos experimentos jurídicos e dos processos estruturais que provoquem contradições intersubjetivamente relevantes.

No entanto, foram identificadas limitações discursivas, especialmente relacionadas ao caráter duplamente hipotético da emulação de posições críticas no atual momento analítico e ao reconhecimento da dificuldade assimétrica que marca o desenvolvimento de performances argumentativas antivetoriais, que prejudicariam a realização de uma justificação abrangente do instituto estudado.

Sem abrir mão de um nível de consistência adequado, optou-se por oferecer duas contribuições iniciais ao processo de justificação dos experimentos jurisdicionais de

reestruturação. Neste sentido, compulsamos sua compatibilidade com os princípios da segurança jurídica e da igualdade de tratamento e, em seguida, averiguamos se a medida de atipicidade cognitiva, exigida pelo processo de experimentação, era compatível com o nosso ordenamento jurídico.

Com base nos esforços realizados, concluiu-se que os aspectos do experimento jurisdicional de reestruturação que foram analisados são justificáveis à luz do nosso ordenamento jurídico. Além disso, verificou-se que o exame do processo de justificação do instituto estudado é capaz de oferecer importantes substratos normativos que servem de balizamentos à sua utilização concreta.

Apenas a título de exemplo, defendeu-se, no que se refere ao princípio da segurança jurídica, que o experimento de reestruturação surge como uma técnica de redução de um estado de insegurança de caráter prognóstico e mantém com esse princípio uma interação baseada em implicatividade positiva que em muito supera e se diferencia de uma limitação exógena, provocada pela observância de um padrão normativo necessário à justificabilidade sistêmica de determinada norma ou instituto jurídico.

Além disso, analisou-se, com base no princípio da segurança jurídica, o problema da assunção legiferante parcial do controle do processo de experimentação jurisdicional e foram propostas soluções ao problema da integração assíncrona de focos de interesse retardatários ou ressonantes.

No que concerne ao princípio da igualdade, demonstrou-se que a dicotomia global-parcial, empregada pela doutrina em geral para delimitar o estudo da objeção em tela, é inidônea para essa finalidade. Destacou-se, ainda, a influência da plurivocidade de significações protetivas do princípio da igualdade sobre a problemática estudada, bem como foram afastados alguns equívocos de posições que ignoram a comparatividade dinâmica e contextualizada, exigida pela norma justificante. Ainda em caráter exemplificativo, defendeu-se, no âmbito das condicionantes especiais da igualdade, a possibilidade de adesão voluntária com efeitos heterovinculantes, desde que verificado o nexo de pertinência justificativa e a configuração de uma hipótese de proteção subjetiva especial.

No que se refere à atipicidade cognitiva, defendeu-se, em apertada síntese, a justificabilidade do experimento jurisdicional de reestruturação, à luz de um paradigma de fragmentariedade, do conteúdo contemporâneo da cláusula do Estado de direito e do padrão

regulativo adotado pelo CPC/15. Sustentou-se que as reconfigurações processuais, necessárias para o seu regular desenvolvimento, estão sujeitas a uma tentativa primacial de adaptação através dos mecanismos dinamizadores do CPC/15, a qual deverá se basear na averiguação de equivalência funcional e adequação teleológica.

Caso a medida de atipicidade experimental, no que se refere às reconfigurações processuais necessárias, não possa ser desenhada a partir dos mecanismos dinamizadores previstos pela legislação processual, será imperioso realizar uma comparação móvel entre padrões regulativos internamente contrastantes, preservando-se, quando possível, a conformação garantística de técnicas processuais legais assemelhadas.

Por fim, diante das potencialidades do experimento jurisdicional de reestruturação, defendeu-se, como vetor de performance argumentativa predominante, a sua justificabilidade ampla, cuja verificação consistente, entretanto, dependerá necessariamente do engajamento dialógico subsequente da comunidade jurídica.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Processo constitucional brasileiro. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

AHDIEH, Robert B.. Between Dialogue and Decree: international review of national courts. New York University Law Review, v. 79, n. 1, p. 2029-2163, dez. 2004.

ALEXY, Robert. Teoria da argumentação jurídica. Tradução de Zilda Jutchinson Schild Silva. 2ª ed. São Paulo: Landy Editora, 2001.

_____. Teoría de la argumentación jurídica: la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica. Tradução espanhola de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997,

_____.Teoria dos direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. Tradução de Virgílio Afonso da Silva.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto, Poderes do juiz e visão cooperativa do processo, Revista Processo e Constituição: Cadernos Galeno Lacerda de Estudos de Direito Processual Constitucional, Porto Alegre, Faculdade de Direito da UFRGS, n. 1, p. 89-122, dez./mar. 2004.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. Criminologia da Reação Social. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ANSELL, Christopher K.; BARTENBERGER, Martin. Varieties of experimentalism. Ecological Economics, v. 130, p. 64-73, out. 2016.

ANTKOWIAK, Thomas M. Remedial Approaches to Human Rights Violations: The Inter-American Court of Human Rights and Beyond. Columbia Journal of Transnational Law, v. 46, n. 2, p. 351-419, 2008.

ARAÚJO, Valter Shuenquener de. O princípio da proteção da confiança: em busca da tutela de expectativas legítimas. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

ARAÚJO, Victor Costa de. A quebra de paradigmas como forma de construção de conhecimento e (r)evolução: uma análise a partir do "método anárquico" de Feyerabend. Revista Eletrônica de Metodologia UFBA, v. 12, p. 41-58, 2015.

ARENHART, Sérgio Cruz. As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo Poder Judiciário. Processo civil coletivo. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

_____. Decisões estruturais no direito processual civil brasileiro. Revista de Processo, v. 225, p. 1-15, nov. 2013. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/6056044/mod_resource/content/1/Decis%C3%B5es%20estruturais%20no%20processo%20civil%20brasileiro.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

_____; OSNA, Gustavo; JOBIM, Marco Félix. Curso de Processo Estrutural. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2021.

_____. Processo multipolar, participação e representação de interesses concorrentes. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 1.071-1.096, 2021.

_____. Processos estruturais no direito brasileiro: Reflexões a partir do caso da ACP do carvão. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 1.047-1.069, 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck. Entre ideias e instituições: considerações sobre Mangabeira Unger e a "situação constitucional" do Brasil. evista de direito administrativo, rio de Janeiro, v. 257, p. 73-89, maio/ago. 2011.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernando. O argumento das "capacidades institucionais" entre a banalidade, a redundância e o absurdo. Direito, Estado e Sociedade, n. 23, p. 6-50, jun. 2011.

ARRUDA, Samuel Miranda. O direito fundamental à razoável duração do processo. Brasília: Brasília Jurídica, 2006.

ÁVILA, Humberto. O que é “devido processo legal”? Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 163, p. 50-59, set. 2008.

_____. Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em: 15/12/2021.

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

_____.Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

BÄCKER, Carsten. Direito como razão institucionalizada? Sobre a concepção teórico-discursiva do Direito de Robert Alexy. Revista Direito GV, v. 14, n. 1, p. 222-239, 2018.

BAMFORD, Rebecca. The Ethos of Inquiry: nietzsche on experience, naturalism, and experimentalism. Journal Of Nietzsche Studies, v. 47, n. 1, p. 9-29, 2016.

BAPTISTA, Patrícia Ferreira. Segurança jurídica e Proteção da Confiança Legítima no Direito Administrativo: análise sistemática e critérios de aplicação no direito administrativo brasileiro. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.

BARBER, N. W., Self-defense for institutions. The Cambridge Law Journal. v. 72, issue 3, p. 558-577, nov/2013.

BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. Revista de direito administrativo, v. 232, p. 141-176, 2003.

_____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. Revista de Direito Social, Porto Alegre, v. 34, p. 11-43, 2009.

_____. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

BATISTA, Felipe Vieira. A recuperação judicial como processo coletivo. 2017. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2017.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. 2 ed., v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUERMANN, Desirê. *Structural injunctions* no direito norte-americano. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 305-327, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 24. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2018.

BLANCA, Raquel Cárdenas. Contornos jurídico-fácticos del estado de cosas inconstitucional. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2011.

BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. Boston University Law Review, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1314.

BONILLA-MALDONADO, Daniel Eduardo. La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. Vniversitas, n. 131, p. 231-276, 2015.

BRAGA, Paula Sarno. Norma de processo e norma de procedimento: o problema da repartição de competência legislativa no direito constitucional brasileiro. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2015.

BRANDÃO, Rodrigo. Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da constituição?. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

BRASIL. Justiça em Números 2020: ano-base 2019. Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2020.

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.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013.

BUENO, José Antonio Pimenta. Direito público brazileiro e analyze da Constituição do Império. 1. ed. Rio de Janeiro: Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve E. C. 1857.

BÚRCA, Gráinne de. New governance and experimentalism: An introduction.Wisconsin Law Review, v. 2010, n. 2, p. 227-238. 2010.

CABRAL, Antonio do Passo. Coisa julgada e preclusões dinâmicas. Salvador: Juspodivm, 3. ed., 2019.

_____. Convenções processuais. Salvador: Juspodivm, 2016.

_____. Da instrumentalidade à materialização do processo: as relações contemporâneas entre direito material e direito processual. Civil Procedure Review, Salvador, v. 12, n. 2, p. 69-102, ago. 2021.

_____. Despolarização do processo e “zonas de interesse”: sobre a migração entre polos da demanda. Revista da SJRJ, Rio de Janeiro, n. 26, p. 19-55, 2009.

_____. Nulidades no Processo Moderno: contraditório, proteção da confiança e validade prima facie dos atos processuais. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Direito processual comparado. Rio de Janeiro: Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2021. Notas de aula.

_____. Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2021.

_____. A técnica do julgamento-alerta na alteração de jurisprudência consolidada: segurança jurídica e proteção da confiança no direito processual.Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, nº 56, p. 19-43, abr./jun. 2015.

_____. Per un nuovo concetto di giurisdizione. Revista da Faculdade Mineira de Direito, v. 18, n. 35, p. 107-128, 30 jul. 2015.

_____. Pré-eficácia das normas e a aplicação do Código de Processo Civil de 2015 ainda no período de vacatio legis. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 246, p. 335-345, ago. 2015.

_____. Segurança jurídica e regras de transição nos processos judicial e administrativo: introdução ao art. 23 da LINDB. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____; ZANETI JR, Hermes. Entidades de infraestrutura específica para a resolução de conflitos coletivos: as claims resolution facilities e sua aplicabilidade no Brasil. Revista de Processo, São paulo. v. 297, p. 445-483, jan/2019.

CALABRESI, Guido. A Common Law for the Age of Statutes. Cambridge: Harvard University Press, 1982.

CALAMANDREI, Piero. Processo e democracia. Tradução de Mauro Fonseca Andrade. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Levando os padrões decisórios a sério. São Paulo: Atlas, 2018.

_____. Lições de direito processual civil. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CÂMARA, Jorge Luis. O tempo do direito e o tempo da justiça: uma reflexão fenomenológica sobre a duração do processo e a essência da justiça. Cadernos da EMARF, Fenomenologia eDireito, Rio de Janeiro, v.5, n.2, p.1-125, out.2012/mar.2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de coisas inconstitucional. Salvador: Juspodivm, 2016.

CANARIS, Claus-Wilhelm. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito. Tradução de António Manuel da Rocha e Menezes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões judiciais determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). Políticas Públicas: possibilidades e limites. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARVALHO, Mayara de; SILVA, Juliana Coelho Tavares da. Ressalva de entendimento e valorização da primeira instância no sistema de precedentes brasileiro. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JUNIOR, Jaldemiro Rodrigues de; MACÊDO, Lucas Buril de. Precedentes. 2. ed. Salvador: Juspodivm, p. 753-775, 2016.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Baptista. Manual de Direito Previdenciário. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2017.

CAVALLONE, Bruno. En defensa de la verifobia: consideraciones amigablemente polémicas sobre un reciente libro de Michele Taruffo. In: CAVALLONE, Bruno; TARUFFO, Michele. Verifobia: un diálogo sobre prueba y verdad. Lima: Palestra Editores, 2012. p. 9-34. Tradução Maximiliano Aramburo.

CERQUEIRA, Társis Silva de. A nova face do procedimento comum do novo Código de Processo Civil diante dos procedimentos especiais: uma proposta de interpretação do art. 327, § 2º, em combinação com o art. 1.049, parágrafo único, ambos do CPC. Revista de Processo, vol. 273, p. 95-145, nov/2017.

CHAYES, Abram. The role of the judge in public law litigation. Harvard Law Review, v. 89, n. 7, p. 1281-1316. 1976.

CHEVALLIER, Jacques. La rationalisation de la production juridique. In: MORAND, Charles-Albert. L'Etat propulsif: contribution à l'étude des instruments d'action de l'etat. Paris: Publisud, 1991. p. 31.

_____. Les lois experimentales. In: BOURCIER, Danièle; THOMASSET, Claude. L'écriture du droit: legislation et technologie de l'information. Paris: Éditions Diderot, 1996. p. 167-203.

CHINER, María Jesús Montoro. Técnica legislativa y evaluación de las normas. Anuario jurídico de la Rioja, n. 6-7, p. 155-171, 2001.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

CINTRA, Lia Carolina Baptista. Intervenção iussu iudicis no processo civil. 2016, 191 f. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2016.

CORBO, Wallace. O direito à adaptação razoável e a teoria da discriminação indireta: uma proposta metodológica. Revista da Faculdade de Direito da UERJ, n. 34, p. 201-239, 2018.

COSTA, Luciana da Silva. A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira. 2014. Tese (doutorado). Faculdade de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

COTA, Samuel Paiva. Do pedido e da participação: proposições para o desenvolvimento de uma teoria acerca dos processos estruturais. 2019. 167 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

CROUZATIER-DURAND, Florence. Réflexions sur le concept d'expérimentation législative: à propos de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 relative à l'organisation décentralisée de la république. Revue Française de Droit Constitutionnel, v. 56, p. 675-695, 2003.

DAHL, Robert. Sobre a democracia. Brasília: Editora Unb, 2001.

DAMASKA, Mirjan. Rational and Irrational Proof Revisited. Cardozo Journal Of International & Comparate Law, v. 5, p. 25-39, 1997.

DANTAS, Eduardo Sousa. Ações estruturais e o estado de coisas inconstitucional. Curitiba: Juruá. 1. ed. 2019.

DIDIER JUNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. v. 2. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

_____; CABRAL, Antonio do Passo; CUNHA, Leonardo Carneiro da. Por uma nova teoria dos procedimentos especiais: dos procedimentos às técnicas. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

_____. Cooperação judiciária nacional: esboço de uma teoria para o Direito brasileiro. Salvador: Juspodivm. 2020.

_____; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil: execução. 11. ed. v. 5. Salvador: Juspodivm, 2021.

_____. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no processo civil. In: CABRAL, Antonio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique (Coord.). Negócios processuais. 3 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; ZANETI JR, Hermes. Curso de direito processual civil: processo coletivo. 11. ed. v. 4. Salvador: Juspodivm, 2017.

_____; _____; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Elementos para uma teoria do processo estrutural aplicada ao processo civil brasileiro. Revista de Processo. 2020. p. 45-81.

DINAMARCO, Cândido Rangel. A Instrumentalidade do Processo. São Paulo: Malheiros, 8ª. ed., 2000.

DINIZ, Maria Helena. As lacunas no direito. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2000.

DOLINGER, Jacob. The Influence of American Constitutional Law on the Brazilian Legal System. The American Journal Of Comparative Law, Oxford University Press, v. 38, n. 4, p. 803-837, 1990.

DORF, Michael. Interpretive Holism and the Structural Method, or How Charles Black Might Have Thought About Campaign Finance Reform and Congressional Timidity. The Georgetown Law Journal, v. 92, p. 833-857, 2004.

DORF, Michael; SABEL, Charles. A Constitution of Democratic Experimentalism. Columbia Law Review, v. 98, n. 2, p. 267-473, mar. 1998.

ECHAVARRIA, Juan José Solozabal. Sobre el principio de la separación de poderes. Revista de estudios políticos, n. 24, . p. 215-234, nov-dez/1981.

EBADOLAHI, Mitra. Using Structural Interdicts and the South African Human Rights Commission to Achieve Judicial Enforcement of Economic and Social Rights in South Africa. NYU Law Review, v. 83, n. 5, 2008, p. 1565-1606.

FARIA, Ana Maria Damasceno de Carvalho. Meios atípicos de execução e o cumprimento de sentenças estruturais: entre a legitimidade constitucional e a efetividade. 2019. 114 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Turismo e Museologia, Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, 2019.

FEDERAL JUDICIAL CENTER. ADVISORY COMMITTEE ON EXPERIMENTATION IN THE LAW. Experimentation in the law: Report of the Federal Judicial Center Advisory Committee on experimentation in the law. Washington, 1981. 134 p.

FERNÁNDEZ, Francisco Segado. El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. Estudios Constitucionales, ano 7, nº 2, p. 47-80 , 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. Teoria do garantismo penal. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2002.

FERRARO, Marcela Pereira. Ações coletivas no sistema interamericano de direitos humanos: da transformação do litígio à transformação do processo. 2020. 213 fls. Tese (Doutorado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2020.

_____. Do processo bipolar a um processo coletivo-estrutural. 2015. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

FISS, Owen. The Forms of Justice. Harvard Law Review, v. 93, n. 1, p. 1-58, nov. 1979.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Princípios Fundamentais do direito constitucional. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

FEYERABEND, Paul Karl. Contra o método. Cezar Augusto Mortari (Trad.). São Paulo: UNESP, 2007.

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

_____. To make the Constitution a living truth: four lectures on the structural injunction. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 31-55, 2021.

FITÓ, Enric Custodio; MÁRQUEZ, Conxita; SANMARTÍ, Neus. Aprender a justificar científicamente a partir del estudio del origen de los seres vivos. Enseñanza de las ciencias: revista de investigación y experiencias didácticas, p. 133-155, 2015.

FLAHERTY, Martin S. The Most Dangerous Branch. The Yale Law Journal, v. 105, p. 1725-1839, 1996.

FLETCHER, William. The discretionary Constitution: institutional remedies and judicial legitimacy. The Yale Law Journal, vol. 91, n. 4, p. 635-697, 1982.

FONTE, Felipe de Melo. Políticas públicas e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.Edição do Kindle.

FORD, Alberto. Variaciones y efectos del experimentalismo democrático. Miríada: Investigación en Ciencias Sociales, v. 2, n. 3, p. 153-174, 13 ago. 2009.

FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. O controle judicial de políticas públicas no brasil. 2004. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Faculdade de Vitória, Vitória, 2004.

FULLER, Lon L.; WINSTON, Kenneth I.. The Forms and Limits of Adjudication. Harvard Law Review, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

FUX, Luiz; BODART, Bruno. Notas sobre o princípio da motivação e a uniformização da jurisprudência no novo código de processo civil à luz da análise econômica do direito. Revista de Processo, v. 269, p. 421-432, jun. 2017.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca. Flexibilidade procedimental. São Paulo: Atlas, 2008.

_____. Levando o dever de estimular a autocomposição a sério: uma proposta de releitura do princípio do acesso à justiça à luz do CPC/15. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 21, n. 2, p. 99-114, 2020.

_____; ZUFELATO, Camilo. Flexibilização e combinação de procedimentos no sistema processual civil brasileiro. Revista Eletrônica de Direito Processual, Rio de Janeiro, v. 21, n. 3, p. 135-163, dez. 2020.

GALDINO, Matheus Souza. Breves reflexões sobre as consequências de uma compreensão tipológica dos fatos para a teoria do processo estrutural. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 901-953, 2021.

_____. Elementos para uma compreensão tipológica dos processos estruturais. 2019. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2019.

GARAVITO, César Rodríguez. Beyond the Courtroom: the impact of judicial activism on socioeconomic rights in Latin America. Texas Law Review, v. 89, p. 1669-1698, 2011

_____; FRANCO, Diana Rodríguez. Cortes y Cambio Social: Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2010. Disponível em: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_185.pdf. Acesso em: 20/01/2021.

GARRETT, Brandon L; LIEBMAN, James s. Experimentalist equal protection. Yale Law & Police Review, v. 22, p. 261-327, 2004.

GERSEN, Jacob E. Temporary legislation. The University Of Chicago Law Review, v. 74, p. 247-298, 2007.

GEWIRTZ, Paul. Remedies and resistance. The Yale Law Journal, v. 92, n. 4, p. 585-681, 1983.

GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops… it's still moving, University of Miami Law Review, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003.

GINSBURG, Tom; MASUR, Jonathan; MCADAMS, Richard H.. Libertarian Paternalism, Path Dependence, and Temporary Law. The University Of Chicago Law Review, v. 81, p. 291-359, 2014.

GISMONDI, Rodrigo. Processo civil de interesse público e medidas estruturantes: da execução negociada à intervenção judicial. Curitiba: Juruá, 2018.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Teoria geral da jurisdição. Salvador: Juspodivm, 2020.

GREGO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. Argumenta Journal Law, v. 2, n. 2, p. 32-95, 2002.

_____. Publicismo e privatismo no processo civil. Revista de Processo, São Paulo, v. 33, n. 164, p. 29-56, out. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Controle das Políticas Públicas pelo Poder Judiciário. Revista do Curso de Direito, v. 7, n. 7, p. 9-37, dez. 2010.

GUBLER, Zachary J. Experimental rules. Boston College Law Review, v. 55, n. 1, p. 129-180, 2014.

GÜNTHER, Klaus. Uma concepção normativa de coerência para uma teoria discursiva da argumentação jurídica. Tradução de Leonel Cesarino Pessôa. Cadernos de Filosofia Alemã: Crítica e Modernidade, n. 6, p. 85-102, 2000.

GUSMÃO, Lucas Araújo Lage de. Reestruturação Hiperimplicante da superação prospectiva: a segurança da provisoriedade. 2018. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 2002 (reimpressão).

HEEMANN, Thimotie Aragon. Igualdade, teoria do impacto desproporcional e direitos humanos. Revista Jurídica do Ministério Público-Eletrônica, n. 12, p. 63-87, 2018

HELDEWEG, Michiel A. Experimental legislation concerning technological & governance innovation: an analytical approach. The Theory And Practice Of Legislation, v. 3, n. 2, p. 169-193, 4 maio 2015.

HERSHKOFF, Helen. Positive Rights and State Constitutions: the limits of federal rationality review. Harvard Law Review, v. 112, n. 6, p. 1131-1196, abr. 1999.

HERSHKOFF, Helen. Public interest litigation: selected issues and examples. Washington, DC: The World Bank, 2005.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, Editor, 1991.

HUNEEUS, Alexandra. Reforming the State from afar: structural reform litigation at the Human Rights Courts. The Yale Journal of International Law. v. 40, p. 1-40, 2015.

JENNINGS, E. Judson. The Chancellor's Foot Begins to Kick: judicial remedies in public law cases and the need for procedural reforms. Dickinson Law Review, v. 83, n. 2, p. 217-241,1979.

JOBIM, Marco Félix. As medidas estruturantes e a legitimidade democrática do Supremo Tribunal Federal para sua implementação. 2012. Tese (Doutorado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

_____. Reflexões sobre a necessidade de uma teoria dos processos estruturais: bases de uma possível construção. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 815-834, 2021.

_____; ROCHA, Marcelo Hugo da. Medidas estruturantes: origem em Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Org.). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 853-872, 2021.

JUNOY, Joan Picó. El Proceso Monitorio: una visión española y europea de la tutela rápida del crédito. Revista de Processo, São Paulo, v. 35, n. 189, p. 129-160, nov. 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2016.

KARKKAINEN, Bradley C. "New Governance" in Legal Thought and in the World: some splitting as antidote to overzealous lumping. Minnesota Law Review, v. 89, p. 471-497, 2004.

KAUFMAN, George G. Too big to fail in banking: what does it mean?. Journal of Financial Stability. v. 13. Amsterdam: Elsevier, 2014.

KÖNIG, Klaus. Sobre la evaluación de los programas estatales. Documentación Administrativa, n. 218-219, p. 413-428, 1 jun. 1989.

KRIKORIAN, Yervant H. Recent Perspectives in American Philosophy. The Hague: Martinus Nijhoff, 1973.

KLUGE, Cesar Henrique; VITORELLI, Edilson. O processo estrutural no âmbito do sistema interamericano: reflexões a partir do caso Cuscus Pivaral e outros vs. Guatemala. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 275-304, 2021.

LAMMON, Bryan. Rules, Standards, and Experimentation in Appellate Jurisdiction. Ohio State Law Journal. v. 74, p. 423-461, 2013.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Ônus de argumentação, relações de prioridade e decisão jurídica: mecanismos de controle e de redução da incerteza na subidealidade do sistema jurídico. 2012. 208f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2012.

LEVIN, A. Leo; AMSTERDAM, Anthony G. Legistative control over judicial rule-making: a problem in constitutional revision. University of Pennsylvania Law Review. v. 107, p. 1-42, nov/1958.

LEGALE, Siddharta. A corte interamericana de direitos humanos como tribunal constitucional. Exposição e análise crítica dos principais casos. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2020.

LIEBMAN, James; SABEL, Charles. A Public Laboratory Dewey Barely Imagined: the emerging model of school governance and legal reform. New York University Law Review, New York, v. 28, p. 183-304, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime. Comentários à Lei 13.964/2019. Salvador: Editora Juspodivm. 2020.

LUHMANN, Niklas. A formação do direito: bases de uma teoria sociológica. Tradução de Gustavo Bayer. In: LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, p. 42-166. 1983.

MADER, Luzius. Evaluating the effects: a contribution to the quality of legislation. Statute Law Review, v. 22, n. 2, p. 119-131, 2001.

MALAGUTI, Vera Batista. A Juventude na Criminologia. In: BOCAYUVA, Helena; NUNES, Silvia Alexim (Org.). Juventudes, Subjetivações e Violências. 1. ed. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2009.

MALTZMAN, Forrest; SHIPAN, Charles R.. Change, Continuity, and the Evolution of the Law. American Journal of Political Science, v. 52, n. 2, p. 252-267, abr. 2008.

MAMEDE, Gladston. Direito Empresarial Brasileiro: Falência e Recuperação de Empresas. 10. ed. São Paulo: Atlas. 2018.

MARÇAL, Felipe Barreto. Medidas e processos estruturantes (multifocais): características e compatibilização com o ordenamento processual brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. Aproximação crítica entre as jurisdições de *civil law* e de *common law* e a necessidade de respeito aos precedentes no Brasil. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, v. 49, dez. 2009. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/17031/11238>. Acesso em: 16 jan. 2022.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Curso de processo civil. v. 1, São Paulo: Thomson Reuters. 4. ed. 2019.

_____; _____; _____. Curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados. 3. ed. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____; _____; _____. Novo Código de Processo civil comentado. 3ª ed. revisada. São Paulo: Revista do Tribunais, 2017.

_____. Técnica processual e tutela dos direitos. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

_____. Teoria geral do processo. São Paulo: Editora RT. 2006.

MARTINS, A. Silveira. Regime processual civil experimental de portugal. Jus Scriptum-Revista Jurídica do NELB, v. 3, n. 6, p. 87-108, 2007.

MARTINS-COSTA, Judith. A re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o estado e os cidadãos: a segurança como crédito de segurança. Revista CEJ, p. 110-120, 2004.

MARTINS Jr, J. Izidoro. Fragmentos Jurídicos Philosophicos. Recife: Typographia Apollo. 1891.

MAZZEI, Rodrigo; GONÇALVES, Tiago Figueiredo. Ensaio sobre o processo de execução e o cumprimento da sentença como bases de importação e exportação no transporte de técnicas processuais. In: ASSIS, Araken de; BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coordenadores). Processo de execução e cumprimento da sentença: temas atuais e controvertidos. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 19-35, 2020.

MCALLISTER, Lesley K. Revisiting a promising institution: public law litigation in the civil law world. Georgia State University Law Review, Georgia, v. 24, p. 693-734, 2008.

MEDEIROS JÚNIOR, Leonardo. Processo estrutural consequencialista: a intervenção judicial em políticas públicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3ª ed., 8ª tiragem. São Paulo: Editora Malheiros.

MENDES, Aluisio Gonçalves Castro de; SILVA, Larissa Clare Pochmann da. Normas Fundamentais do Codigo de Processo Civil de 2015: breves reflexoes. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 17, n. 2, 2016. p. 38-56.

MENDES, Conrado Hübner. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. 2008. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MINAMI, Marcos Youji. Da vedação ao *non factibile*: uma introdução às medidas executivas atípicas. Salvador: Juspodivm, 2019.

MITIDIERO, Daniel. Colaboração no processo civil. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MORAND, Charles-Albert. Le droit néo-moderne des politiques publiques. Paris: LGDJ, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. O futuro da justiça: alguns mitos, in: Temas de direito processual – oitava série. São Paulo: Saraiva, 2004.

NAGEL, Robert F. Separation of Powers and the Scope of Federal Equitable Remedies. Stanford Law Review, v. 30, p. 661-724, abr. 1978.

NEGRÃO, Ricardo. Curso de Direito Comercial e de Empresa: Recuperação de Empresas, Falência e Procedimentos concursais administrativos. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2020.

NEGRETTO, Gabriel L. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. Revista mexicana de sociología, v. 65, n. 1, p. 41-75, 2003

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual do Processo Coletivo. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

NEWMAN, Ryan D.. From Bivens to Malesko and Beyond: implied constitutional remedies and the separation of powers. Texas Law Review, Austin, v. 85, n. 2, p. 471-515, dez. 2006.

NUNES, Leonardo Silva. A configuração do procedimento adequado aos litígios estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 687-702, 2021.

OST, François. O tempo do direito. Tradução de Élcio Fernandes. Bauru: EDUSC. 2005.

_____; VAN HOECKE, Mark, Legal doctrine in crisis: towards a european legal science. Legal Studies, v. 18, nº 2, p. 197-215. jun/1998.

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

_____. Nem "tudo", nem "nada" – decisões estruturais e efeitos jurisdicionais complexos. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 463-490, 2021.

PAIVA, Caio; HEEMANN, Thimotie. Jurisprudência internacional de direitos humanos. 3. ed. Belo Horizonte: CEI, 2020.

PARDO, David Wilson de Abreu. Direitos fundamentais não enumerados: justificação e aplicação. 2005. 327 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2005.

PARKIN, Jason. Aging Injunctions and the Legacy of Institutional Reform Litigation Litigation. Vanderbilt Law Review, v. 70, n. 1, p. 167-220, 2017.

PASCUAL, Gabriel Doménech. Descentralización administrativa y experimentalismo democrático. Cuadernos Constitucionales de La Cátedra Fadrique Furió Ceriol, n. 52/53, p. 43-67, 2005.

_____. El seguimiento de normas y actos jurídicos. Revista de administración pública, n. 167, p. 97-145, 2005.

_____. Los experimentos jurídicos. Revista de Administración Pública, n. 164, p. 145-190, 2004.

PASSONI, Marcos Paulo. A continuada inação judicial equivale a ato omisso recorrível. Revista de Processo, ano 35, n.184, p. 291-307, 2010.

PASSOS, José Joaquim Calmon de.Teoria geral dos procedimentos especiais. In: Farias, Cristiano Chaves de; Didier Jr., Fredie (coords.). Procedimentos especiais cíveis, legislação extravagante. São Paulo: Editora RT, 2002.

PECZENIK, Aleksander. On law and reason. Sweden: Springer, 2008.

_____. Legal reasoning as a special case of moral reasoning. Ratio Juris, v. 1, p. 123-136, 1988.

PEIXOTO, Ravi. Superação de precedente e segurança jurídica. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PELAYO, Manuel García. La división de poderes y su control jurisdiccional. Revista de Derecho político, n. 18-19, p. 7-16, mar/1983.

PENNA, Saulo Versiani. Controle e implementação processual de políticas públicas no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PEPE, Rafael Gaia Edais. Acordos processuais em processos estruturantes: controle consensual de políticas públicas como instrumento de efetividade processual. Dissertação (Mestrado em Direito) Faculdade de Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2019.

PINTO, Paulo Mota. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. Vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

PIRES, Maria Coeli Simões. Direito adquirido e ordem pública: segurança jurídica e transformação democrática. Belo Horizonte: Editora del Rey, 2005.

PISANI, Andrea Proto. “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”. Rivista di Diritto Processuale, v. XXXIV, n. 4, Padova: Cedam, p. 537-591, 1979.

POLANYI, Michael. The logic of liberty: reflections and rejoinders. Londres: Routledge, 1. ed. 1998.

POPPER, Karl. A miséria do historicismo. Tradução de Octany S. da Mota e Leonidas Hegenberg. São Paulo: Edusp, 1980.

PORFIRO, Camila. Litígios Estruturais. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2018.

POUND, Roscoe. Regulating Procedural Details by Rules of Court. American Bar Association Journal. v. 13, p. 12 e ss. 1927.

_____. The Rule-Making Power of the Courts. American Bar Association Journal, v. 12, n. 9, p. 599-603, 1926.

PUGA, Mariela. La litis estructural en el caso Brown v. Board of Education. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 91-145, 2021.

_____. Litígio Estructural. Tesis Doctoral. Faculdade de Derecho de La Universidad de Buenos Aires. 2013.

RANCHORDÁS, Sofia Hiná Fernandes da Silva. Sunset clauses and experimental legislation: blessing or curse for innovation? Tese (Doutorado). Tilburg University, Tilburg, 2014.

RANCHORDÁS, Sofia. The whys and woes of experimental legislation. The Theory and Practice of Legislation, v. 1, n. 3, p. 415-440, 2013.

RESNIK, Judith. Managerial Judges. Harvard Law Review, v. 96, p. 376-448, jan. 1982.

ROACH, Kent; BUDLENDER, Geoff. Mandatory relief and supervisory jurisdiction: when is it appropriate, just and equitable?. South African Law Journal, v. 122, n. 2, p. 325-351. 2005.

RODRIGUES, Marco Antônio dos Santos. A modificação do pedido e da causa de pedir no processo civil. Rio de Janeiro: Mundo Jurídico, 2014.

_____. Aspectos processuais do controle jurisdicional de políticas públicas, in: Estudos de direito administrativo em homenagem ao professor Jessé

Torres Pereira Junior. Alexandre Freitas Câmara, Adilson Rodrigues Pires, Thaís Boia Marçal (Coords.). Belo Horizonte: Fórum, 2016

_____; GISMONDI, Rodrigo. Negócios jurídicos processuais como mecanismos de auxílio à efetivação de políticas públicas. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 777-814, 2021.

ROJAS, Cláudio Nash. Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafios a la luz de la jurisprudência de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, Ano XIX, Bogotá, 2013, p. 489-509.

ROLO, Rafael Felgueiras. Processo coletivo e o papel da coletividade ausente: a afirmação de um contraditório transcendente. 2015. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

ROQUE, Andre Vasconcelos; DUARTE, Francisco Carlos. Aspectos polêmicos do mandado de segurança coletivo: evolução ou retrocesso? In: GRINOVER, Ada Pellegrini; BENJAMIN, Antonio Herman; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; VIGORITI, Vincenzo. (Org.). Processo coletivo – Do surgimento à atualidade. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 749-775, 2014.

ROSENBERG, Gerald. The hollow hope: can courts bring about social change? 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2008, edição eletrônica (Kindle).

SABEL, Charles F.; SIMON, William H.. Contextualizing regimes: institutionalization as a response to the limits of interpretation and policy engineering. Michigan Law Review, v. 110, p. 1265-1309, 22 mar. 2012.

_____; _____. Democratic Experimentalism. In: DESAUTELS-STEIN, Justin; TOMLINS, Christopher. Searching for contemporary legal thought. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 477-498.

_____; _____. Destabilization Rights: how public law litigation succeeds. Harvard Law Review, v. 117, p. 1016-1101, 2004.

_____; ZEITLIN, Jonathan. Learning from difference: The new architecture of experimentalist governance in the EU. European Law Journal, v. 14, n. 3, p. 271-327, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural dos direitos humanos. In: _____ (org.). Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SARAIVA. Carolina Barros. Condução dialógica dos processos estruturais no Supremo Tribunal Federal. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 239-274, 2021.

SARGENTICH, Thomas O. The Contemporary Debate About Legislative-Executive Separation of Powers. Cornell Law Review, v. 72, p. 430-487, 1987.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 17, p. 111-132, 1999.

SARMENTO, Daniel. Dignidade da pessoa humana. Conteúdo, trajetórias e metodologia. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016.

_____. Direitos Fundamentais e Relações Privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. A Igualdade Étnico-Racial no Direito Constitucional Brasileiro: Discriminação "De Facto", Teoria do Impacto Desproporcional E Ação Afimativa. In: SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 139-166, 2006.

_____. Legalização do aborto e constituição. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 43-82, abr/jun. 2005.

SCHLANGER, Margo. Beyond the hero judge: institutional reform litigation as litigation. Michigan Law Review, v. 97, n. 1, p. 1994-2036, maio 1999.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Direito Tributário. 9. ed. São Paulo : Saraiva, 2019.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SCOTT, Joanne; STURM, Susan. Courts as Catalysts: rethinking the judicial role in new governance. Columbia Journal Of European Law, v. 13, p. 565-591, abr. 2007.

SEIDMAN, Ann; SEIDMAN, Robert. ILTAM: Drafting evidence-based legislation for democratic social change. Boston University Law Review. vol. 89, p. 435-485, 2009.

SHAPIRO, Martin. Stability and Change in Judicial Decision-Making: incrementalism or stare decisis?. Law In Transition Quarterly, v. 2, p. 134-157, 1965.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. Notas críticas ao sistema de pluralidade de partes no processo civil brasileiro. Revista de Processo, ano 36, vol.200, out. 2011.

_____. Reflexões em torno da teoria geral dos procedimentos especiais. Revista de Processo. v. 208, p. 61-90, jun/2012.

SILVA, Paula Costa e. A ordem do juízo de D. João III e o regime processual experimental. Revista de Processo, vol. 156, , p. 237-250, fev/2008.

SIMON, William H. Critical theory and institutional design: David Trubek's path to new governance. Columbia Public Law Research Paper, n. 12-319, 2012. Wis. L. Rev., p. 227, 2010.

SINNAR, Shirin. Procedural experimentation and national security in the courts. California Law Review, Califórnia, v. 106, n. 4, p. 991-1060, ago. 2018.

SLAUGHTER, Anne-Marie. A typology of transjudicial communication.University of Richmond Law Review, n.29, 1994.

SOUZA, Marcus Seixas. Normas processuais consuetudinárias: história, teoria e dogmática. 1. ed. Salvador: Editora Juspodivm. 2019.

_____. Os precedentes na história do direito processual brasileiro: colônia e império. 2014. 196 fls. Dissertação (Mestrado) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2014.

SOUZA, Miguel Teixeira de. Análise lógico-normativa da decisão de improcedência: uma reflexão sobre a evidentiary defeasibility e a dupla ordem jurídica. In: DIDIER JUNIOR, Fredie; MOUZALAS, Rinaldo; SILVA, Beclaute Oliveira; SARAIVA, Rodrigo. Grandes temas do novo CPC: improcedência. Salvador: Juspodivm, p. 73-92, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

STOKER, Gerry; JOHN, Peter. Design Experiments: engaging policy makers in the search for evidence about what works. Political Studies, v. 57, n. 2, p. 356-373, jun. 2009.

STURM, Susan. A normative theory of public law remedies. The Georgetown Law Journal, v. 79, p. 1355-1446, 1991.

_____. Equality and the Forms of Justice. University Of Miami Law Review, v. 58, p. 51-82, out. 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo para céticos. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SUPER, David. Laboratories of destitution: democratic experimentalism and the failure of antipoverty law. University Of Pennsylvania Law Review, v. 157, p. 541-616, 2008.

TAVARES, João Paulo Lordelo Guimarães; GOMES, Técio Spínola. Um jantar com Oswald de Andrade e Paul Feyerabend: seria o direito uma refeição viável?. Revista Eletrônica de Metodologia UFBA, v. 12, p. 21-40, 2015.

TEIXEIRA, Carlos Sávio. Experimentalismo e democracia em Unger. Lua Nova, São Paulo, v. 80, p. 45-69, 2010.

TEIXEIRA, João Pedro Accioly. A Evolução da Jurisdição Constitucional Francesa: Do Legicentrismo à Questão Prioritária de Constitucionalidade. Revista de Direito Constitucional Internacional e Comparado, v. 1, n. 1, 2017. p. 142-154.

TEMER, Sofia. Participação no processo civil: repensando litisconsórcio, intervenção de terceiros e outras formas de atuação. Salvador: Juspodivm, 2020.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. Código Civil Interpretado: conforme a constituição da república. v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

_____. O Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa. Problemas de direito civil-constitucional. in TEPEDINO, Gustavo (org.), Problemas de direito civil-constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, p. 01-16, 2000.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R.; BALZ, John P. Choice architecture. The behavioral foundations of public policy, p. 428-439, 2013.

THEODORO Jr, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco. Litigância de interesse público e execução comparticipada de políticas públicas. Revista de processo, v. 38, n. 224. p. 121/152, out/2013.

TOMAZETTE, Marlon. Curso de Direito Empresarial. Falência e Recuperação de Empresas. Vol. 3. 5ª ed. São Paulo: Atlas. 2017.

TOSTA, André Ribeiro. Inovação Institucional e o Direito Público: empirismo, experimentalismo e uma proposta de roteiro de análise. 222 f. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2018.

TOSTA, André Ribeiro; MARÇAL, Felipe Barreto. Gerenciamento processual adequado de demandas formalmente individuais a partir de uma visão estruturante: o reforço proporcionado pelo art. 21 da LINDB. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 211-238, 2021.

TUGENDHAT, Ernst. Lições sobre ética. Tradução grupo de doutorandos no curso de pós-graduação em Filosofia da UFRGS; revisão e organização da tradução Ernildo Stein e Ronai Rocha. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

TUSHNET, Mark V. New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights: and democracy-based worries. Wake Forest Law Review, v. 38, p. 813-838, 2003.

VAN GESTEL, Rob; VAN DIJCK, Gijs. Better regulation through experimental legislation. European Public Law, v. 17, n. 3, p. 539-553, 2011.

VAROL, Ozan O.. Structural Rights. Georgetown Law Journal, v. 105, p. 1001-1054, 2017.

VERBIC, Francisco. Un nuevo proceso para conflictos de interés público en la República Argentina. Revista de Processo, São Paulo, v. 40, n. 244, p. 287-322, jun. 2015.

VILE, M.J.C. Constitutionalism and the separation of powers. Indianapolis (EUA): Liberty Fund, 1998.

VIOLIN, Jordão. Holt v. Sarver e a reforma do sistema prisional no Arkansas. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 637-686, 2021.

_____. Processos estruturais em perspectiva comparada: a experiência norte-americana na resolução de litígios policêntricos. 2019. 241 f. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.

VITORELLI, Edilson. Levando os conceitos a sério: processo estrutural, processo coletivo, processo estratégico e suas diferenças. Revista de Processo. v. 284, p. 333-369, out/2018.

_____. Litígios estruturais: decisão e implementação de mudanças socialmente relevantes pela via processual. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 329-383, 2021.

_____; ALMEIDA, João Henrique de. Imparcialidade judicial e psicologia comportamental: há fundamento científico para um juiz de garantias? No prelo. Disponível em https://edilsonvitorelli.academia.edu/research. Acesso em: 20/12/2021.

_____. O devido processo legal coletivo: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

_____. Processo civil estrutural: teoria e prática. Salvador: Juspodivm, 2020.

_____. Tipologia dos litígios transindividuais II: litígios globais, locais e irradiados. Revista de Processo, v. 248, p. 209-250, out. 2015.

VOGT, Fernanda Costa. Cognição do juiz no processo civil: flexibilidade e dinamismo dos fenômenos cognitivos. Salvador: Juspodivm, 2021.

_____, PEREIRA, Lara Dourado Mapurunga. Novas técnicas decisórias nos processos estruturais. In: ARENHART, Sérgio Cruz. JOBIM, Marco Félix (Organizadores). Processos estruturais. Salvador: JusPodivm, p. 385-409, 2021.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. Revista de Processo. São Paulo, v. 34, n. 172, p. 121-174, jun. 2009.

WAKS, Leonard J. Experimentalism and the Flow of Experience. Educational Theory, v. 48, n. 1, p. 1-19, mar. 1998.

WATANABE, Kazuo. Da cognição no processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

WOODWARD, C. Van. The Strange Career of Jim Crow. Oxford: Oxford University Press, 2002.

YARSHELL, Flávio Luiz. Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ZANETI JR, Hermes. A constitucionalização do processo: do problema ao precedente. Da teoria do processo ao Código de processo civil de 2015. São Paulo: Thomson Reuters Brasil. 2021.

_____. A Teoria Circular dos Planos (Direito Material e Direito Processual). In: DIDIER JUNIOR, Fredie (Org.). Leituras Complementares de Processo Civil. 6. ed. Salvador: Jus Podivm, v. 1, p. 401-430, 2008.

_____. CPC/2015: O Ministério Público como Instituição de Garantia e as Normas Fundamentais Processuais. Revista jurídica Corregedoria Nacional. v. 2, 2017.

ZVEIBIL, Daniel Guimarães. Contribuição para uma análise processual dos conflitos brasileiros de atribuição. 2006. 459 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006.