

Guilherme Silveira Teixeira

PROCESSO CIVIL E CONSEQUENCIALISMO

**Norma processual, prova e
motivação**

2.^a edição
revista e atualizada

2025

 **EDITORA**
*Jus***PODIVM**
www.editorajuspodivm.com.br

CONSEQUENCIALISMO E PROCESSO: APROXIMAÇÕES PRELIMINARES

O presente capítulo tem por objetivo examinar as teorias e áreas de estudo do direito processual que, cada uma à sua maneira, contêm um olhar consequencialista sobre o processo civil. Foram escolhidas três, sob o critério de sua influência doutrinária ou grau de importância que atribuem a algum sopesamento de consequências: instrumentalidade do processo, análise econômica do direito e processo estrutural ou de interesse público. Trata-se de três modos diversos de se pensar o argumento consequencialista, podendo-se afirmar que compõem o estado da arte sobre a matéria no direito processual brasileiro. A proposta é esquadriñar seus pressupostos teóricos e identificar suas contribuições e limitações.

Na sequência, será examinada a Lei nº 13.655/2018, propondo-se critérios interpretativos que compatibilizem sopesamento de consequências e adstrição ao direito positivo.

Por fim, assentados os termos e limites de admissibilidade da interpretação consequencialista da norma de direito material, defender-se-á a tese da inaplicabilidade da consideração de consequências externas na interpretação e aplicação da norma processual, o que não afasta o dever do magistrado de conduzir o feito e exercer seus poderes diretivos sob o compromisso da tutela de direitos e da efetividade do processo. Para cumprimento desse dever, ao juiz basta interpretar e aplicar as normas processuais em modo deontológico, sem necessidade de recurso ao consequencialismo.

2.1. CONSEQUENCIALISMO E INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Já se vão algumas décadas da primeira edição da obra *A instrumentalidade do processo*, de 1987. Nela, Cândido Rangel Dinamarco buscou sintetizar o que seriam, a seu ver, as novas tendências metodológicas do direito processual, representadas pela bandeira da efetividade do processo, pelo destaque ao seu caráter instrumental e pela exaltação de sua relevante missão perante a sociedade, e não apenas perante o direito material. São notórias a repercussão

e influência do instrumentalismo na doutrina processual civil brasileira e nas alterações legislativas implementadas a partir de então. Sua proposta visa ao estudo do sistema processual a partir de uma nova perspectiva, a externa, ou seja, “[...] a partir da prévia fixação dos objetivos a perseguir e dos resultados com os quais ele há de estar permanentemente comprometido”, rompendo-se com sua inerente propensão ao formalismo e ao isolamento da realidade. Busca-se a “[...] abertura do sistema processual aos influxos do pensamento publicista e solidarista vindo da política e da sociologia do direito”. O “[...] processo há de receber lições que durante séculos negou-se a ouvir e sentir as críticas que jamais soube racionalizar”¹. Passados os anos, o pensamento de Dinamarco², bem como o de outros adeptos da instrumentalidade³, segue fiel a esses postulados.

É nesse contexto de validação finalística da norma processual que se pretende examinar a instrumentalidade do processo. Buscando a superação de formalismos e hermetismos que, segundo se sustenta, caracterizariam um processo civil dotado de escopo exclusivamente jurídico (aplicação do direito ao caso concreto), a instrumentalidade defende o que chama de “processo civil de resultados”. Afirma-se comprometida, antes de tudo, com a efetividade da tutela jurisdicional e de suas projeções metaprocessuais⁴, por seu turno consubstanciadas nos escopos políticos (promoção da parti-

1. DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 11-13.
2. DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo processo civil*, 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2019. p. 20-22.
3. BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Instrumentalismo e garantismo: visões opostas do fenômeno processual?. In: BEDAQUE, José Roberto dos Santos; GOMES, Adriano Camargo; CINTRA, Lia Carolina Batista; EID, Elie Pierre (coord.). *Garantismo processual: garantias constitucionais aplicadas ao processo*. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016. p. 5: “A proposta [instrumentalista] pode ser resumida na tentativa de conscientização do processualista e do juiz para a necessidade de abandono da postura introspectiva. O sistema processual deve ser interpretado à luz dos valores políticos e sociais existentes fora do processo. Trata-se simplesmente de ‘método de pensamento’, fundado em visão teleológica do fenômeno processual”. Assumindo a orientação instrumentalista “finalista” e propondo um avanço no sentido de uma “instrumentalidade metodológica”: SALLES, Carlos Alberto de. A instrumentalidade metodológica do processo. In: SIMONS, Adrians *et al* (org.). *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 297-308. E-book. Disponível em: https://editorial.tirant.com/free_ebooks/9788594774064.pdf. Acesso em: 2 mar. 2023.
4. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. I. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 108.

cipação política dos cidadãos, de valores de cidadania e da estabilidade das instituições estatais) e sociais (pacificação e educação) do processo civil⁵. Invocar escopos é mirar em consequências, o que aproxima a teoria de questões caras ao consequencialismo jurídico.

O ideário instrumentalista está assentado em quatro postulados essenciais: a) a centralidade da jurisdição na teoria processual; b) a existência de escopos processuais jurídicos e, sobretudo, extrajurídicos; c) a rejeição ao formalismo (aspecto negativo da instrumentalidade); e d) a efetividade do processo (aspecto positivo da instrumentalidade).

No primeiro ponto, o deslocamento do centro de gravidade da teoria processual do instituto da ação para o da jurisdição tem por objetivo a superação do caráter privatista e individualista que historicamente pautou a postura metodológica do estudo do processo. Uma vez consolidada a autonomia desse ramo do direito, defende-se a proeminência de seu caráter publicista e da jurisdição enquanto expressão do poder estatal. Isso porque, mais do que a tutela de direitos subjetivos individuais, pela utilização do sistema processual “[...] propõe-se o Estado, antes de tudo, a realizar objetivos que são *seus* [...]” (itálico do autor), tais como a pacificação social, a educação para o exercício e respeito a direitos, a manutenção da autoridade estatal e do ordenamento jurídico, a promoção da participação democrática dos cidadãos. Nessa perspectiva, jurisdição é poder e o direito processual visa, essencialmente, à disciplina de seu exercício. Esse é o fator de unidade que, por seu largo espectro, logra reunir em uma teoria – a teoria geral do processo – os institutos, fenômenos, princípios e normas processuais⁶.

Por sua vez, da centralidade da jurisdição decorre a necessidade da fixação dos objetivos estatais, a serem perseguidos por meio do processo. Não lhe basta ser instrumento do direito material, visão reputada empobrecedora e incompatível com os fins maiores do Estado (que o processo pode e deve promover) e com a natureza mais essencial do fenômeno da jurisdição (política antes de jurídica), que uma concepção teleológica estritamente jurídica não é capaz de apreender em toda sua magnitude. A utilidade instrumental do processo passa, então, a estar indissociavelmente ligada à promoção de tais finalidades. A “[...] perspectiva instrumentalista do processo é por definição teleológica e o método teleológico conduz invariavelmente à visão do processo como instrumento predisposto à realização dos objetivos eleitos”⁷.

5. DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, 2002, p. 127-130.

6. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 90-93.

7. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 177-178.

Esses objetivos dividem-se em jurídicos, sociais e políticos. O escopo jurídico não é a tutela de direitos – identificada com uma visão privatista –, mas a atuação da vontade concreta da lei à luz de uma interpretação dinâmica, ou seja, sensível às repercussões pluri-individuais que uma solução atomizada do caso concreto possa produzir em seu contexto social⁸. Já o escopo social diz com as missões pacificadora e educativa atribuídas ao processo. Para busca da paz social, cabe-lhe “*eliminar conflitos mediante critérios justos [...]*” (pacificação com justiça), bem como informar e conscientizar a população para o adequado exercício de direitos e obrigações, despertando as pessoas para a cidadania, para a responsabilidade e para a confiança no Poder Judiciário⁹. Por fim, constituem escopos políticos afirmar a capacidade estatal de decidir imperativamente, garantir o respeito das liberdades no exercício desse poder e promover a participação dos cidadãos nos destinos da sociedade¹⁰.

Por sua vez, sob o aspecto negativo, a instrumentalidade advoga a rejeição ao formalismo, manifesta na advertência, tida por necessária, de que as formas processuais são apenas meios preordenados a objetivos específicos em cada situação processual, não podendo jamais desviar as atenções e sobrepor-se em importância à discussão atinente ao direito material. O princípio da instrumentalidade das formas é sua maior expressão¹¹. Outrossim, sob o aspecto positivo expressa-se a ideia de efetividade do processo, que condensando as noções anteriores estabelece que ele “[...] deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função socio-político-jurídica, atingindo em toda sua plenitude todos os seus escopos institucionais”¹².

Embasada nesses pilares, a instrumentalidade defende não a eliminação da técnica processual, cuja importância admite, mas a superação daquilo que chama de uma visão tecnicista e indiferente às projeções éticas do processo, aos valores substanciais eleitos pela nação e consubstanciados por tal teoria em seus escopos sociais e políticos. Ressignificando o caráter instrumental do processo, almeja, em última instância, conciliar técnica jurídica e dita-

8. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 209.

9. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 191-193, itálico do autor.

10. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 198-199.

11. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 316-318.

12. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 319.

mes éticos da sociedade¹³. Resta indagar do sucesso dessa empreitada sob o enfoque consequencialista.

2.1.1. Considerações críticas

O reconhecido prestígio da instrumentalidade do processo não a imunizou de críticas contundentes. Foram-lhe e continuam sendo desferidos ataques em diversas frentes. Ela foi acusada de negligenciar o princípio da legalidade e de promover uma progressiva absorção da jurisdição contenciosa pela voluntária, típica dos regimes totalitários¹⁴. De indevidamente atribuir ao processo finalidades que não são suas, mas do direito material, e de indevidamente conceber ordens sociais e políticas desvinculadas da ordem jurídica¹⁵. De dissociar o modo-de-ser do direito do processo de sua produção e o direito material do direito processual, com prejuízo ao devido processo legal e ao equilíbrio de forças na relação processual¹⁶. De invocar um *status* de cientificidade desconectado das exigências metodológicas da ciência jurídica, valendo-se do adjetivo “científico” como mera estratégia discursiva de desqualificação de teorias fundadas em bases epistemológicas distintas, recortando arbitrariamente em fases a trajetória doutrinária processual apenas para reivindicar para si (“nova fase metodológica”) uma questionável autoridade científica¹⁷.

Observados os limites deste trabalho, esses debates não serão desenvolvidos. Sob propósito mais modesto e delimitado, a presente crítica tem enfoque específico, qual seja demonstrar as insuficiências da instrumentalidade no tocante a parâmetros teóricos consequencialistas orientados ao controle objetivo e racional das decisões.

-
13. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 266-267.
 14. Mesquita, José Ignacio Botelho de. As novas tendências do direito processual: uma contribuição para o seu reexame. In: MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *Teses, Estudos e Pareceres de Processo Civil*. v. 1. São Paulo: RT, 2005. p. 263-307.
 15. GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 2001. p. 179-188.
 16. PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 96, n. 351, p. 107-116, jul./set. 2000.
 17. RAATZ, Igor; ANCHIETA, Natascha; DIETRICH, William Galle. Processualismo científico e “fases metodológicas do processo”: a tática erística do adjetivo científico e das “novas fases metodológicas”. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*, Rio de Janeiro, ano 14, v. 21, n. 3, p. 296-327, set./dez. 2020. Disponível em: www.redp.uerj.br. Acesso em: 13 maio 2021.

Ao propor a existência de escopos extrajurídicos a serem alcançados, a instrumentalidade do processo advoga uma nova forma de relação do juiz com a lei¹⁸, o que por sua vez transplanta seus postulados do campo do direito processual, aproximando-os da teoria geral do direito. É significativo para a produção do direito – direito enquanto produto final resultante dos processos judiciais – que normas processuais sejam interpretadas e aplicadas não apenas com vistas à aplicação da norma jurídica material ao caso concreto. A incorporação de propósitos outros só pode desaguar em resultados práticos igualmente diversos, o que é, justamente, um dos objetivos maiores da teoria instrumentalista. Revela-se pertinente, pois, seu escrutínio interdisciplinar, examinando-se e testando-se suas formulações à luz de áreas do direito que abertamente tratam da interpretação jurídica e da razão prática.

Na medida em que uma teoria processual estabelece como postulado fundamental a busca por consequências externas à ordem jurídica, ela chama para si, por imperativo de consistência, o ônus de oferecer respostas teóricas à luz das peculiaridades do raciocínio consequencialista, em inarredável diálogo com o arcabouço doutrinário que dele se ocupa. Em outras palavras, falar em escopos exige abordagem do modo como devem operar a definição, seleção e concretização das consequências invocadas. Resta saber, então, em que medida a instrumentalidade do processo responde a tais problemas e questões, próprias de um raciocínio consequencialista.

De saída, impõe-se um questionamento elementar: o que são e como podem ser definidos, de fato, os escopos extrajurídicos do processo? Para Dinamarco, ao juiz incumbe respondê-lo. A sobrevalorização da figura do magistrado constitui um fio condutor da instrumentalidade. Se é verdade que os estudos processuais focados na concepção publicista de processo, na presença das ideologias na atuação judicial, na atividade criativa dos juízes e no engajamento do sistema processual em prol do acesso à justiça encontram em Mauro Cappelletti sua referência mais original a partir do pós-guerra, é certo que, abeberando dessa influência, a teoria instrumentalista avança ao elevar a centralidade da figura do julgador a um de seus postulados fundamentais.

Inserido nas estruturas estatais do exercício do poder, o juiz funcionaria como um autêntico canal de comunicação entre a sociedade e o mundo jurídico¹⁹. Suas decisões seriam fruto das opções axiológicas predominantes

18. MESQUITA, José Ignacio Botelho de. *As novas tendências do direito processual*, 2005, p. 270.

19. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 232.

da nação, tal como percebidas pelo julgador. Para os instrumentalistas, “[...] o juiz é membro da sociedade em que vive e participa do seu acervo cultural e dos problemas que a envolvem, advindo daí as escolhas que, através dele, a própria sociedade vem a fazer no processo”²⁰. Depositário da confiança e credibilidade nutridas pelo corpo social, nele é projetada a aura de um intérprete de seu tempo, virtuoso e qualificado, como tal legitimado a identificar e dar concretude aos valores predominantes na sociedade.

Nessa perspectiva, impõe-se denunciar a falácia do “juiz antena”, em referência ao caráter mitológico e demasiado abstrato e irreal dessa figura de magistrado²¹. Não é necessária grande acuidade para se perceber as extremas dificuldades e riscos implicados em captar e definir o que seriam valores predominantes em sociedades cada vez mais complexas e plurais como as contemporâneas. Num contexto sociocultural deveras diversificado, marcado por visões de mundo e condições existenciais bastante díspares, a crença na existência de uma sociedade homogênea e orientada por um *ethos* concreto e universalmente vinculante não passa de uma ilusória percepção da realidade. Isso sem falar da ausência de legitimidade do juiz para embrenhar-se nessas searas: a função de canal comunicativo entre Estado e sociedade tem natureza eminentemente política e incumbe a agentes políticos respaldados pelo voto popular.

Nesse passo, na falta de critérios objetivos para captação de quaisquer vetores axiológicos sociais, o que prevalece, no final das contas, é a percepção de mundo do juiz na implementação dos escopos extrajurídicos, seus valores, ideologias e idiosincrasias.

Na mesma linha, quando invoca o escopo de pacificar com justiça a instrumentalidade não cuida de definir o que entende por pacificação justa. “*Eliminar conflitos mediante critérios justos* – eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado”²². Em princípio, a pacificação palpável é aquela que deriva da aplicação do direito material ao caso concreto, encerrando-se o litígio posto mediante decisão definitiva. Esta é a pacificação entendida como resposta judicial baseada no direito material, de

20. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 40.

21. ABBOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. Ativismo judicial e instrumentalidade do processo. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 242, p. 21-47, abr. 2015, p. 29-30. SCHMITZ, Leonard Ziesemer. *Fundamentação das decisões judiciais: a crise na construção de respostas no processo civil*. São Paulo: RT, 2015, p. 190-192.

22. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 191, itálico do autor.

onde há de se extrair, primordialmente, a justiça da decisão. Se, a despeito do julgamento estatal adstrito à lei material, subsistem a insatisfação das partes e, de modo amplo, o conflito substancial subjacente, sua solução não parece estar ao alcance do processo, do juiz ou do Judiciário. Em se entendendo o contrário, como entendem os instrumentalistas, há que se incorporar à almejada justiça pacificadora elementos teóricos condizentes com tão ambicioso propósito. Todavia, seus escritos não fazem qualquer referência ou opção por uma teoria de justiça suficientemente capaz de conduzir ou clarificar o trabalho do julgador na realização de tal escopo²³. Isso tampouco é feito em relação a teorias da interpretação que, sobretudo a partir do pós-guerra, debruçaram-se sobre as intrincadas relações entre direito e moral, entre direito positivo e justiça, entre texto e norma.

Muito se fala em pacificação justa, quase nada se dedica às dificuldades de se defini-la, bem como à imperiosa necessidade de se fazê-lo, uma vez trazida a questão para dentro do direito processual. O que se tem, então, é uma ausência de lastro substancial, um vácuo de sentido suscetível a um arbitrário preenchimento semântico e à admissão de todo e qualquer exercício de jurisdição como forma legítima e eficaz de pacificação social, ainda que desconectado dos princípios de justiça ditados pelo direito material²⁴.

Também aqui, desagua-se no apelo ao sentimento de justiça do magistrado, à sua subjetiva concepção do que seja a justa paz social, a chamada ordem jurídica *justa*. Advoga-se, por exemplo, que o juiz deve acatar as tendências solidaristas do Estado social e afastar as soluções individualistas contidas na lei, passando do trato “atômico” das relações jurídicas ao “molecular”. “O

23. ABOUD, Georges; LUNELLI, Guilherme. *Ativismo judicial e instrumentalidade do processo*, 2015, p. 29-30.

24. Nesse ponto, ponderam Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero que “[...] definir jurisdição sem saber como a pacificação é alcançada pode conduzir à admissão de que qualquer poder instituído, mesmo atuando de forma ilegítima e de modo contrário aos princípios materiais de justiça, exerce jurisdição. [...] Por isso, no atual estágio dos nossos estudos, parece não ser adequado concluir que a jurisdição se caracteriza pelo fim da pacificação social. É preciso, antes de tudo, analisar de que forma esse fim é obtido, ou melhor, verificar a legitimidade do poder de resolução dos conflitos e das decisões destinadas a regulá-los. Sem isso estaríamos aceitando que todo poder direcionado à pacificação social é um poder jurisdicional e, assim, para dizer o mínimo, igualizando a jurisdição do Estado legislativo com a jurisdição do Estado Constitucional” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. v. 1. 5. ed. São Paulo: RT, 2020. p. 149-150).

social agindo sobre o jurídico”²⁵. Ferramentas interpretativas mais detalhadas, entretanto, não são dadas. Ao mesmo tempo em que se afirma que “[...] o juízo do bem e do mal das disposições com que a nação pretende ditar critérios para a vida comum não pertencem ao juiz”, defende-se que, com sua sensibilidade, ele tem “[...] liberdade para a opção entre duas soluções igualmente aceitáveis ante o texto legal, cumprindo-lhe encaminhar-se pela que melhor satisfaça seu sentimento de justiça”²⁶. A referência ao sentimento do juiz é deliberada e caminha irmanada com a centralidade de sua figura, dispensando parâmetros objetivos. Quando a técnica processual e a noção de justiça consubstanciada no direito material conflitam com esse sentimento, compete ao magistrado acatar este em detrimento daquelas.

Em termos consequencialistas, essas características da instrumentalidade do processo encerram uma diversidade de problemas. Em primeiro lugar, a vagueza dos escopos extrajurídicos impede a adequada descrição e seleção de consequências. Como visto no capítulo anterior, a divisão do argumento consequencialista nos planos descritivo e normativo é imprescindível por razões de consistência e transparência. É necessário descrever fatos antecedentes e consequentes e explicitar os critérios normativos que presidirão a escolha de uma consequência em detrimento de outra. Do contrário, as dimensões se misturam, a verificabilidade da consequência eleita fica prejudicada, os critérios de seleção obscurecidos e o processo decisório privado de controle racional. É o que sucede com a invocação instrumentalista de finalidades extrajurídicas desprovidas de lastro objetivo, referenciadas preponderantemente na subjetividade do magistrado.

Quando se diz que determinada decisão foi proferida buscando realizar, como consequência, a pacificação social, não se sabe, a rigor, que consequência é esta. Para além da retórica, ignora-se que tipo de paz exatamente foi buscada, quem seriam seus beneficiários concretos, que critério de justiça se empregou, que desdobramento fático concreto esteve associado à ideia de pacificação, que desdobramento fático se almejou e por quais razões acreditou-se que ele se concretizaria a partir da decisão. A transparência argumentativa resta sensivelmente prejudicada.

É possível identificar, também, dificuldades relacionadas às consequências internas e externas ao ordenamento. Viu-se que, enquanto a consequencialidade interna diz com a repercussão da decisão dentro do sistema jurídico, a externa refere-se à sua repercussão concreta no plano da realidade social.

25. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 256-257.

26. DINAMARCO, Candido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, 2013, p. 235.

No aspecto interno, sobressai a exigência de universalizabilidade, isto é, a aptidão da decisão em se fazer aplicável a casos similares. Na ausência de balizas objetivas, fica inviabilizado o exame dessa aplicabilidade. À míngua de parâmetros compartilháveis de comparação, os fundamentos fáticos e jurídicos empregados em uma decisão não podem ser conectados com situações pretéritas e futuras. O encadeamento entre razões decisórias interligando passado e futuro – que na *common law* embasa o princípio do *stare decisis* – constitui imperativo elementar de segurança jurídica e de tratamento isonômico do jurisdicionado. Importa saber se as consequências eleitas num caso determinado também o foram em casos similares ocorridos no passado e se, uma vez tomada a decisão, elas comportam reprodução para o futuro. Essas implicações não são tratadas pela instrumentalidade do processo. Buscando fazer dos escopos extrajurídicos um mecanismo de consecução da justiça do caso concreto, ela nutre a crença na possibilidade dessa empreitada sem o respaldo seguro de categorias jurídicas objetiváveis, fiando-se, com preponderância, no particular senso de justiça do julgador. Pelos mais básicos ensinamentos do consequencialismo jurídico, tal postura compromete a isonomia e o controle racional, favorecendo o casuismo arbitrário.

Na mesma linha, no plano da consequentialidade externa, os instrumentalistas tampouco têm em conta a preocupação com aferição da repercussão concreta dos escopos enunciados nas decisões judiciais. Falar em mudança social e/ou comportamental é falar em verificação empírica, com diagnóstico prévio e constatação *a posteriori* do impacto que se previu. Inexiste, contudo, qualquer métrica para os efeitos concretos do propósito pacificador na realidade individual ou coletiva que se pretende “pacificar”, nem para o tipo de estímulo ou desestímulo comportamental que se ambiciona produzir. O que quer que signifique o escopo de pacificação justa, sua aplicação haveria de vir acompanhada de algum compromisso com a verificação empírica, com a mensuração concreta dos efetivos resultados alcançados e com a efetiva repercussão no meio social e no próprio sistema judiciário.

O mesmo se diga em relação a medidas voltadas à promoção da efetividade do processo, em demandas individuais e coletivas, em litígios eventuais ou de massa. Vale para a atuação judicial em sentido estrito e para a formulação de políticas públicas nos âmbitos do Poder Judiciário (alocação de recursos materiais e humanos, atuação estratégica) e Legislativo. Reformas processuais devem contar com dados empíricos sinalizando a pertinência da mudança e, após a implementação, aferindo o alcance efetivo dos objetivos estabelecidos. Não se ignora a crescente valorização da pesquisa empírica

em direito no Brasil, com importantes estudos produzidos nos últimos anos, em prol de melhorias da legislação processual civil e do acesso à justiça, no âmbito da academia e do Conselho Nacional de Justiça²⁷. Ao menos neste particular aspecto, no entanto, não se lhes vislumbra afinidade teórica com a instrumentalidade do processo. Para esta, a produção de consequências externas é uma meta cuja concretização depende, fundamentalmente, de uma mudança de mentalidade: a assunção da convicção de que a postura ativa do juiz é o grande motor das transformações almejadas.

Com efeito, sem subsídios empíricos não é possível saber, a rigor, se de antemão os escopos podem ser atingidos, se é factível considerar que serão e, após a decisão, se efetivamente o foram. Em última instância, fica inviabilizado o escrutínio público dos resultados práticos, seja para crítica do escopo extrajurídico em si, seja para ajustes e correções de rota por parte de seus adeptos, por ventura surpreendidos com dados de realidade discrepantes das expectativas otimistas nutridas e propaladas de antemão. Em outras palavras, o que se tem é um intuito de interferir na realidade social sem com ela, de fato, dialogar, à falta de quaisquer meios de aferição empírica.

Por fim, foi explanado que o consequencialismo jurídico tem na primazia da dogmática seu mais importante parâmetro de controle racional. A regra geral é a deontologia, limitando-se o raciocínio consequencialista a situações excepcionais envolvendo normas principiológicas e/ou casos difíceis. Já a instrumentalidade trilha o caminho oposto, defendendo relativo desprendimento do texto legal à guisa de proeminência dos escopos extrajurídicos do processo. A pretexto de pacificar e de fazer a justiça do

27. Além da atuação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em prol de uma cultura de análises empíricas – destaque para o relatório anual “Justiça em Números”, coletânea de indicadores estatísticos de todo o Poder Judiciário brasileiro publicada desde 2004 (disponível no portal: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>), e para a Resolução CNJ nº462/2022, que dispõe sobre a gestão de dados e estatística e cria a Rede de Pesquisas Judiciárias (RPJ) e os Grupos de Pesquisas Judiciárias (GPJ) no âmbito do Poder Judiciário –, merecem registro o trabalho pioneiro do Centro Brasileiro de Estudos e Pesquisas Judiciais – CEBEPEJ (fundado em 1999), bem como publicações e programas de pesquisa empírica com enfoque no sistema de justiça: Núcleo de Pesquisa do Centro de Justiça e Sociedade – FGV Direito Rio; Revista de Estudos Empíricos em Direito – FGV Direito SP; Relatório Supremo em Números – FGV Direito Rio (série de relatórios temáticos produzidos por diversos autores desde de 2012, atualmente na 9ª edição, de 2020); CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (coord.). *Pesquisa empírica em direito: Anais do I Encontro de Pesquisa Empírica em Direito*, Ribeirão Preto, 29 e 30 de setembro de 2011. Rio de Janeiro: Ipea, 2013.

caso concreto o juiz instrumentalista minimiza essas advertências, fazendo de seu senso particular de justiça um norte decisório primordial e do livre manuseio de consequências uma prática corriqueira ao invés de excepcional, nem sempre explicitando de forma adequada as premissas e as conclusões de seu raciocínio.

Nesse sentido, procurou-se defender a insuficiência e apontar as limitações da teoria instrumentalista do processo à consecução dos escopos extrajurídicos que enuncia, a partir de uma leitura crítica consequencialista. Ao creditar às normas processuais, e sobretudo à figura do juiz em seu manuseio, escopos que ultrapassam as capacidades institucionais do Judiciário, a instrumentalidade cria expectativas cuja frustração, pelas razões expostas, não é difícil prever. Essa frustração contribui para o desprestígio da jurisdição que ela busca exaltar.

Demais disso, a debilidade das ferramentas teóricas para adequada consideração das consequências que ela visa promover constitui inegável fator de insegurança jurídica e de incerteza quanto aos resultados do processo, revelando, para além do discurso transformador, a falta de um verdadeiro compromisso com a natureza e concretização desses resultados²⁸.

Com efeito, a crescente importância do consequencialismo jurídico representa uma fase mais amadurecida das reflexões sobre limites e possibilidades da função transformadora do direito. Sua incorporação recente ao corpo de normas que regem a aplicação do direito brasileiro insere-se nessa tendência, dando a medida da relevância do tema e da abrangência dos novos postulados, a estenderem-se por todo o direito positivo brasileiro. Como é elementar, o direito processual não pode ficar de fora desse debate, que deve incluir, em especial, a instrumentalidade do processo, pela grande influência que exerce na processualística nacional e por ostentar dentre suas pretensões teóricas primordiais, justamente, a realização de consequências.

2.2. CONSEQUENCIALISMO E ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO CIVIL

Incorporar conceitos e ferramentas analíticas da microeconomia ao estudo do direito e à prática jurídica constitui o propósito fundamental da

28. Para José Ignácio Botelho de Mesquita, esses são traços de um processo incivil, de frouxa vinculação à lei e de indisfarçável inclinação autoritária (MESQUITA, José Ignácio Botelho de. *Processo civil e processo incivil. Revista de processo*, São Paulo, v. 131, p. 250-257, jan. 2006).

análise econômica do direito. Noções econômicas centrais como escassez, maximização racional, equilíbrio, incentivo e eficiência passam a ser objeto de exame e consideração pelo jurista, uma vez assumida a capacidade descritiva da teoria econômica de explicar e compreender a dinâmica de funcionamento dos sistemas jurídicos e de prever as consequências da aplicação das normas jurídicas. Utiliza-se um ferramental descritivo da microeconomia para identificação das repercussões do direito sobre o mundo dos fatos, estabelecendo-se nexos de causalidade entre meios e fins, entre normas e suas consequências práticas, para os agentes diretamente envolvidos e, em sentido amplo, para a economia e para a sociedade. A partir desses diagnósticos descritivos passa-se, no plano normativo, ao complexo equacionamento de noções de justiça com os conceitos econômicos (eficiência, maximização da riqueza e maximização de bem-estar), com vistas ao endereçamento de desenhos institucionais e normativos melhor orientados à consecução de finalidades preestabelecidas.

Parte-se da premissa de que, assim como na economia, no direito escolhas e decisões individuais resultam da maximização de preferências de pessoas e empresas em um ambiente de escassez. A depender dos estímulos contidos implícita ou explicitamente nas normas ou nas decisões judiciais, é possível prever os comportamentos dos agentes sociais e econômicos. Os comportamentos tenderão, sempre, à maximização dessas preferências, o que permite constatar eventual inadequação de determinadas normas e arranjos institucionais aos fins a que se propõem e, a partir disso, prescrever mudanças, com a implementação de meios mais aptos à realização desses fins.

Esses termos gerais traduzem a marca consequencialista da análise econômica do direito, manifesta na preocupação com os resultados do funcionamento do sistema jurídico. No campo do processo civil, em que ela tem sido objeto de crescente interesse, não é diferente. Ao contrário de outras áreas que, no Brasil, há mais tempo vêm se apropriando de seus postulados – *v. g.* direito econômico, empresarial, contratual –, no direito processual brasileiro a análise econômica é bastante recente²⁹. Ela tem sido aplicada para

29. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo civil*. Indaiatuba: Foco, 2020; WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil: Como a Economia, o Direito e a Psicologia podem vencer a “Tragédia da Justiça”*. São Paulo: RT, 2019; FUX, Luiz; BODART, Bruno. *Processo civil e análise econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2019; MELMAN, Ana Carolina. *Análise econômica no processo civil brasileiro: limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019; LEITE, Clarisse Frechiani Lara; YARSHELL, Flávio Luiz; SICA, Heitor Vitor Mendonça Fralino; ROSSONI, Igor Bimkowski; TRANI, Luiza, FILHO, Milton Barossi (coord.). *Ensaio sobre análise eco-*

mapear gargalos e ineficiências do sistema processual e do sistema de justiça como um todo (dimensão descritiva), daí resultando propostas de alteração – de normas, arranjos institucionais e mentalidades –, das mais modestas e pontuais às mais ambiciosas e abrangentes (dimensão prescritiva)³⁰.

O cenário básico que move os estudiosos é a chamada “tragédia da Justiça”, diagnosticada por estudos empíricos produzidos sobretudo pelo Conselho Nacional de Justiça ao longo dos últimos anos. Os dados revelam – defende-se – um esgotamento dos recursos do Poder Judiciário para oferecimento de tutela jurisdicional justa, efetiva e em prazo razoável. Apesar das volumosas destinações orçamentárias à máquina judiciária, do empenho da doutrina processual e das reformas legislativas implementadas nas últimas três décadas, inclusive com o advento de uma nova codificação, persistem problemas crônicos de lentidão das tramitações processuais, de baixos índices de autocomposição e de inefetividade dos cumprimentos de sentença e das execuções de título extrajudicial³¹. Para fazer frente a esse quadro, o olhar econômico sobre o processo civil busca identificar disfuncionalidades das normas processuais e propor soluções mais eficientes, o que tem sido entendido em termos de eficiência alocativa e produtiva³² e de maior promoção

nômica do processo civil. Londrina: Thoth, 2023; PIMENTEL, Wilson Fernandes. *Acesso responsável à justiça: o impacto dos custos na decisão de litigar*. 2017. 111 f. Dissertação (Mestrado) – Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2017; LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília, DF: Enfam, 2010; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*, 2010; DIAS, Jean. *Análise econômica do processo civil brasileiro*. São Paulo: Método, 2009; GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2005b; GALDINO, Flávio, *Introdução a Análise Econômica do Processo Civil (I): Os Métodos Alternativos de Solução de Controvérsias. Quaestio Iuris*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 169-201, 2005a.

30. WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*, 2019, p. 139: “A análise econômica do processo, do ponto de vista *descritivo*, reconhece esses valores e princípios [impressos na Constituição e legislação processual], buscando desenhos mais eficientes para sua concretização. Não faz escolhas, mas é guiada pelas escolhas já realizadas, buscando sua implementação. Já do ponto de vista *normativo*, sob o pálio da eficiência, a análise econômica do processo é capaz de medir em que grau uma determinada norma processual é socialmente desejável ou não”.
31. WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*, 2019, p. 39-80.
32. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo civil*, 2020, p. 62-63: “Desse modo, como o direito definido *ex ante* pelo legislador está o mais próximo possível das preferências da sociedade, então, do ponto de vista do processo civil, basta que o juiz adjudique o bem litigioso a quem de direito para que sua decisão seja, também, alocativamente eficiente. Em outras palavras, o princípio da eficiência processual no

de bem-estar social agregado. Nesta última acepção, adota-se o conceito de *welfare economics*, que se diferencia da noção posneriana de eficiência como maximização da riqueza material, adotando-se o termo utilidade no lugar de eficiência e incorporando-se outros elementos à definição do que seja uma escolha maximizadora do bem-estar social (valores pessoais e comunitários, desigualdade de renda, problemas redistributivos)³³.

Distingue-se, ainda, a eficiência endoprocessual da extraprocessual. Enquanto esta diz respeito à gestão administrativa do Poder Judiciário (organização da estrutura judiciária, número de varas, juízes e servidores, informatização, rotinas cartorárias etc.), aquela se refere às normas de processo propriamente ditas, que organizam e estruturam a condução do feito pelo juiz e orientam o comportamento das partes. A análise econômica do processo civil ocupa-se precipuamente da eficiência em sentido endoprocessual³⁴.

A busca pela eficiência endoprocessual passa pela incorporação de novos conceitos (custo social do processo, acesso responsável à justiça) e metodologias (modelagem e empirismo), pela colocação do princípio cooperativo numa posição de centralidade e pela iluminação dos incentivos e desincentivos comportamentais promovidos pelas normas processuais, para além das noções metafísicas de justiça procedimental que tradicionalmente presidiram o devido processo legal e as garantias processuais, sem maiores compromissos com as consequências práticas de sua aplicação.

Numa visão econômica, a função social do processo é organizar o serviço público de adjudicação prestado pelo Estado-Juiz e proteger os destinatários desse serviço de erros passíveis de serem cometidos pelos juízes no exercício da atividade jurisdicional (erros na análise dos fatos e na aplicação do direito ao caso concreto). Organização e proteção são funções inversamente proporcionais, incumbindo ao legislador processual equilibrá-las. Quanto mais abrangentes os mecanismos de garantias para prevenção e correção de erros, mais custosa, demorada e complexa deve ser a gestão do processo e a prestação do serviço judiciário. Quanto mais simplificados, a tendência será a de processos menos custosos e complexos, mais céleres e mais sujeitos a má

seu aspecto alocativo é satisfeito quando o juiz aplica a lei, 'pois ela já representa o julgamento de valor da sociedade sobre o estado da natureza que prefere'. Assim, podemos reiterar que um determinado processo terá sido resolvido de maneira alocativamente eficiente se o bem da vida sob litígio for corretamente adjudicado a quem de direito e produtivamente eficiente se a adjudicação for realizada ao menor custo possível".

33. WOLKART, Erik Navarro. *Análise Econômica do Processo Civil*, 2019, p. 150-151.

34. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo civil*, 2020, p. 45-46.

adjucação³⁵. A busca por esse equilíbrio deve pautar-se pela minimização de ambos os custos sociais: os decorrentes de erros (gerado quando o sistema judicial falha em desempenhar as funções alocativas e outras funções sociais a ele atribuídas) e os diretamente associados à operação da máquina judiciária (tempo e dinheiro gastos com advogados e juizes, por exemplo)³⁶.

A consecução conjugada desses propósitos representa, portanto, o custo social do processo, que será tanto maior quanto menor a capacidade do sistema processual de equacionar racionalmente os polos, a um só tempo minimizando os custos decorrentes do erro judicial e do gerenciamento da máquina. Para tanto, faz-se necessário visualizar que, embora socialmente desejável e historicamente enraizada na tradição garantista, a função protetiva das normas processuais traz consigo, sempre, um custo operacional, que será suportado por alguém, indivíduo ou sociedade. Abertamente ou não, a deliberação sobre esse delicado equilíbrio estará sempre presente na definição das regras de processo³⁷.

Outrossim, o custo social do processo também pode ser examinado sob a perspectiva das externalidades negativas. Em economia, externalidades são verificadas quando a atividade de um determinado agente gera impacto, negativo ou positivo, nos interesses de outros agentes que não se relacionam com aquele, nem participam do mesmo evento econômico. Quando a atividade está livre de regulação ou mal regulada, as externalidades negativas geram incentivos inconvenientes para a prática do ato, aproveitando-se o agente da transferência parcial de seus custos para terceiros. Esse fenômeno caracteriza uma falha de mercado e justifica, na teoria econômica, a intervenção regulatória. No sistema de justiça, a transferência dos custos do litígio das partes litigantes para a sociedade pode ser vista, a depender das circunstâncias, como uma externalidade negativa, gerando incentivos indesejáveis à litigância excessiva. O remédio habitual, nesses casos, consiste na tentativa de *internalizar as externalidades* (internalização das consequências negativas do uso da atividade jurisdicional), ou seja, fazer com que as partes envolvidas suportem os custos e assumam os riscos de suas escolhas³⁸.

Nessa perspectiva, a alocação dos custos do litígio desponta como um tema voltado a explicar, a partir de motivações racionais e análises de risco

35. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo civil*, 2020, p. 36-39.

36. POSNER, Richard A. An economic approach to legal procedure and judicial administration. *The Journal of legal studies*, Chicago, v. 2, n. 2, p. 399-458, June 1973. p. 399-400.

37. GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. *Análise econômica do processo civil*, 2020, p. 40.

38. PIMENTEL, Wilson Fernandes. *Acesso responsável à justiça*, 2017, p. 17.