

JUSTIÇA NEGOCIAL

SEBASTIÃO BOTTO DE BARROS TOJAL
IGOR SANT'ANNA TAMASAUSKAS

É PRATICAMENTE UM SENSO COMUM referir-se à sociedade atual como uma *sociedade em rede*, algo dotado de elevada complexidade, dificilmente apreensível mediante fórmulas simplificadoras de suas relações, que se encaixavam com relativa facilidade em modelos legislativos codificados, segundo uma lógica quase cartesiana.

Talvez parte dessa complexidade sempre estivesse presente — ou ao menos latente — em razão de momentos passados tratarem como “sociedade” somente uma fração de um conjunto maior dos indivíduos, e não apenas em nosso país. Esse tempo é passado, e é bom que o seja.

Além de um vetor de inclusão de atores, a sociedade atual traz conjuntamente um outro componente relevante para escancarar essa complexidade: uma conexão exponencial entre os atores, entre estes e as instâncias do Estado, e, também, com a ordem internacional.

O presente artigo abordará como essa realidade impacta na organização do Estado e nas relações que se estabelecem entre Estado e sociedade, inferindo novas feições que necessitam ser absorvidas pelo Poder Judiciário para permitir alguma ordem e alguma coerência ao sistema jurídico, sobretudo em um contexto em que emergem soluções negociais para o exercício de funções estatais marcadamente sancionatórias.

Como referido, a atual conformação da sociedade impõe uma modificação na forma em que o Estado se organiza para, ao menos, atender à parcela das aspirações que explodem em uma miríade de pleitos e necessidades, cada vez mais crescentes, pela participação no estabelecimento, na definição, na ampliação e na reconformação de políticas públicas. Isso implica multiplicação de pontos de acesso, pelo lado da sociedade, e pulverização de centros de poder decisório, pelo lado público.

A mera descentralização de atividades públicas, em movimento de desconcentração de poderes da União para Estados e Municípios, de há muito não responde mais às necessidades sobre como lidar com essa realidade. Em um contexto de escassez, o Estado precisa reinventar-se para congregar esforços no sentido de, organizadamente, elevar a quantidade e a qualidade de serviços colocados à disposição de seus cidadãos.

Outros fatores, como disputas por espaço político em determinados setores da máquina pública, acabam por agregar complexidade a essa (in) equação: em vez de reformas estruturadas segundo uma racionalidade hipotética do legislador, são disputas de poder que acabam conformando essa nova organização. Disputas entre atores da sociedade, dentro do Estado, entre carreiras públicas, a partir de estruturas já existentes.

Toda essa fricção enseja, como intuitivo, fragmentação do Estado em diversas facetas, com suas lógicas internas e características singulares, que muitas vezes podem se contrapor à própria ideia da centralidade do Estado em uma voz clara de interação com a sociedade. A esse propósito, consulte-se, por exemplo, *A fragmentação administrativa do Estado*, de Daniela Bandeira de Freitas.¹

São diversos órgãos e estruturas, cada qual com seu papel de haurir posições dos cidadãos e, em um processo de catálise, definir, *sempre que possível*, a posição prevalecente. *Sempre que possível*, porque as contradições inerentes à realidade acabam por não se dissolver e, não raro, reproduzem-se em políticas que as internalizam e, por isso mesmo, assumem um papel quase paradoxal, acaso observado por um enfoque mais tradicional.

Quiçá também por esse motivo seja comum ouvir da *crise do Estado Social* resultante de sua progressiva incapacidade de lidar com toda essa complexidade crescente — complexidade que tende a assumir uma caracte-

rística ainda mais aceleradamente disruptiva, enquanto coexistem estruturas organizadas sob os mais diversos matizes e visões.

Assim, a multiplicidade de formas organizacionais das estruturas estatais inviabiliza a tomada de decisão sob uma roupagem hierárquica: não se pode esperar que a linguagem tradicionalmente utilizada pelo Estado possua o condão de atender convenientemente aos anseios de conferir organicidade à ação estatal nessa atual conformação. A negociação emerge como elemento vital no inter-relacionamento desses diversos órgãos com que o Estado se apresenta. E também na forma como a sociedade lida com esse Estado plúrimo. Quem bem o identifica é Eurico Bitencourt Neto, em sua obra *Conciliação administrativa interorgânica*.²

Sem um centro claro de decisão e diante de uma complexidade exponencial dos assuntos objetos de decisão estatal, a heteronomia acaba se demonstrando limitada para impor comportamentos à sociedade. Essa constatação manifesta-se sob diversos aspectos: pela inaptidão de se alcançarem resultados cogitados, pela resistência no acatamento de decisões, pela ineficiência decorrente da incompreensão da realidade.

O direito acaba tendo de se adaptar para prover mecanismos que dialoguem com esse quadro. Estratégias de indução, de negociação e de participação passam a emergir como alternativas. O particular deixa de ser um mero destinatário da ação estatal para, de forma mais ativa, integrar-se na formatação da decisão do Estado, inclusive aquelas de cunho regulatório e sancionatório.

Incorpora-se ao rol de relacionamentos com o Estado, portanto, a possibilidade de estabelecimento de acordos e contratos de diversas naturezas, antecedidos das respectivas negociações. Tal situação configura uma quebra de paradigma relevante, que impacta a equação ESTADO → PARTICULAR, até então trabalhando preferencialmente em um código de sujeição. Sequer os operadores do Direito apresentam-se plenamente capacitados para essa alteração de código, dado que a formação acadêmica, regra geral, privilegia a litigância como solução preferencial.

O Estado, portanto, passa a estabelecer regramentos que admitem a participação do privado na adoção de providências tradicionalmente relacionadas ao exercício de sua função típica, como a criação de regras diretivas de

determinadas atividades e o poder de sancionar quem se desvie da conduta cristalizada na norma. Ao mesmo tempo, entretantes, convive-se com estruturas ainda moldadas sob a forma mais tradicional de tomada de decisão, como as *camadas geológicas* sedimentando-se, para usar a figura de linguagem de Sousa Santos.³

Essa realidade impõe-se ainda com mais força quando se trata de procedimentos destinados a impor sancionamento por descumprimento de normas de conduta relacionadas ao controle de corrupção. Como a característica essencial do ato de corrupção é reinventar formas de burlar os sistemas de controle, o enfrentamento dessa patologia do poder deve levar em consideração estratégias que impliquem a possibilidade de reconformação da resposta estatal. Muitas vezes, a cadeia decisória privada que culmina no ato de corrupção encontra-se pulverizada em diversas individualidades que, tomadas *per si*, dificulta-se sobremaneira o trabalho de identificar responsabilidades e de punir segundo um processo tradicional.

Em razão de tal conjunto de dificuldades, adotou-se regime de responsabilidade objetiva em ordem a enredar a pessoa jurídica envolvida nos ilícitos. Se a busca por responsabilidades individuais redonda dificultosa no regime de respeito a direitos e garantias do cidadão, o regime de se responder tão somente em decorrência da constatação do liame entre ato e benefício, independentemente da volição⁴ do agente, encurta a tarefa do Estado. Paralelamente, impõe à pessoa jurídica um dever de fiscalizar-se, pois, caso contrário, poderá ver-se enredada em situações que trarão constrangimentos de imagem e riscos jurídicos consideráveis.

A prevenção, portanto, configura um vetor importante desse novo relacionamento público-privado, zelando-se pela observância de regras de conduta ética.

Lidar com um quadro de elevada complexidade pressupõe a disponibilidade de ferramental adequado. Em um momento anterior, em que os braços governamentais, sem justaposição de funções, respondiam, não raro, a apenas um centro decisório, a linguagem hierárquica mostrava-se suficiente para ordenar essa relação.

Situação diversa ocorre na aplicação de elementos de justiça negocial — acordo de colaboração premiada, acordo de leniência e acordos de não

persecução civil e criminal, entre outros — em um contexto de multiplicidade institucional. A hierarquia não permite travar uma ordenação entre os muitos órgãos encarregados de lidar com a situação, e isso por um motivo bastante simples: não existe uma autoridade que seja superior, por exemplo, ao mesmo tempo, em relação ao Ministério Público, à advocacia pública, ao Tribunal de Contas, que possa, administrativamente, estabelecer uma ordem entre tais elementos. Além disso, os instrumentos de justiça negocial necessitam de um fundamento imprescindível para operar: segurança jurídica que, objetivamente, pode ser traduzida como o respeito à equação ajustada entre o particular e o Estado.

Sem alongar demais o raciocínio, esses instrumentos foram construídos segundo a lógica de economia comportamental, em que são levadas em consideração as racionalidades dos atores envolvidos na tomada de determinada decisão. Pactua-se porque a alternativa é desfavorável: para o Estado, ante o elevado custo de buscar a condenação judicial e posterior execução de julgado; para o privado, ante a incerteza de uma solução célere e os custos de imagem inerentes.

Entregar efetivamente os benefícios ajustados com o particular, pois, é um vetor não apenas de respeito ao pactuado em determinada situação concreta: significa demonstrar a futuros candidatos que a equação será cumprida. Se não for, ou o for parcialmente, à sociedade será passada uma mensagem para incluir, em futuros cálculos, essa variável de cumprimento parcial ou nulo.

Temos, portanto, de um lado um Estado fragmentado que, em dadas condições, necessita renunciar à heteronomia para lidar com uma sociedade complexa, e, de outro, precisa ostentar integração para justamente entregar as contrapartidas a que se comprometeu mediante os pactos de renúncia da heteronomia. É a noção de *fraggementation* de que trata Rosenau,⁵ para se referir, em uma só palavra, à ideia de integração e fragmentação, conceito típico das questões atuais.

A solução parece apontar para novas formas de lidar com problemas complexos, em que métodos mais tradicionais não respondem adequadamente. Uma dessas possibilidades é entender esse conjunto de órgãos como integrantes de uma *rede* e aplicar as ferramentas típicas dessa maneira de compreender sistemas complexos.

Teubner⁶ analisou estruturas empresariais em rede e propôs ao menos dois conceitos-chave para entendê-las: (i) o *network purpose*, que internaliza a agilidade de uma individualidade e as vantagens de uma organização coletiva; (ii) o regime de *co-ompetition*, outro neologismo para narrar as forças de competição e cooperação que se estabelecem entre os integrantes da rede, verdadeiros motores que operam nas constantes reconformação e readaptação da rede a cada nova necessidade.

Lewis⁷ e Barabási⁸ têm obras bastante didáticas sobre a ciência de redes, em que apresentam essas formas de organização como mecanismos para compreender fenômenos complexos no mundo natural (física, química, biologia) e mesmo das humanidades.

Um desses mecanismos é o conceito da *sincronização*, que, *grosso modo*, pode ser compreendido como o estudo da *estabilidade* de uma rede. Uma rede estabiliza-se quando todos os seus elementos marcham juntos em sincronia ou estabelecem um mesmo valor. Especificamente sobre a aplicação da teoria de redes em matéria de consensualidade, confira-se Tamasauskas.⁹

Voltemos ao nosso problema: é fundamental obter um comportamento harmônico das diversas facetas estatais em relação ao pactuado com o particular. Se alguém renunciou a seu direito de defesa típico em contrapartida a benefícios negociados, espera-se que o Estado, como um todo, apresente uma resposta de respeito à pactuação.

A interação com essa realidade multifacetada, em um contexto de negociação da punição, deve atuar para induzir esse comportamento uniforme, levando em consideração não apenas a entrega efetiva dos benefícios pactuados, mas sobretudo a eficiência na busca da responsabilidade de eventuais coautores de ilícitos.

Sobressai, portanto, o papel do Judiciário para arbitrar posições, agora não mais na definição da existência ou da inexistência de elementos de responsabilização e na respectiva punição prevista na legislação. O juiz passa a ser chamado para (re)compor o equilíbrio entre os órgãos eventualmente dissonantes e (r)estabelecer a lógica da negociação quando comportamentos adjudicatórios se manifestarem indevidamente durante o processo de negociação ou mesmo após estabelecido o acordo.

Óbvio que a solução heterônoma estará sempre disponível, mas ao juiz espera-se discernimento para identificar quando: (i) se tratar de um comportamento indevido do particular que, simulando uma postura negocial, busca ludibriar os órgãos de controle; ou (ii) se tratar de comportamento indevido de uma (ou várias) autoridades não despidas de seu atributo adjudicatório.

Na primeira hipótese, o sancionamento ao recalcitrante deverá ser estabelecido, como determina a legislação, para aquele que violou a regra de conduta. O segundo caso demanda um esforço adicional: para quem está de fora da mesa, é difícil compreender o limite entre uma atuação “dura” na negociação e uma atuação desleal, que aproveita a fragilidade daquele que se despiu de tese defensiva para incutir sancionamento além do previsto na legislação.

A questão reside em compreender se a atuação da autoridade é pautada pela diminuição das assimetrias informacionais ou se decorre da má calibragem da dúvida que deve permear a atuação de autoridades, sempre na linha de identificar se o candidato a colaborador é genuíno ou se apresenta uma tentativa de embuste.

Uma maneira possível de lidar com a questão reside em mapear a rede de controle que esteja atuando no caso específico, de forma a identificar as relações estabelecidas (ou a estabelecer) entre os diversos órgãos estatais e o colaborador. Uma vez apreendido o quadro geral, competirá ao Judiciário adotar a decisão que atue para induzir o comportamento esperado: rechaçar o colaborador recalcitrante ou estimular a sincronização dos atores estatais no vetor de respeito ao acordo estabelecido.

Outra situação que emerge dessa nova realidade são as persecuções que se estabelecem a partir dos elementos de prova que são produzidos a partir dos acordos entabulados com pessoas físicas ou jurídicas.

A relação processual passa a contar com uma figura diversa da acusação e da defesa: o colaborador. Essa nova figura possui um contrato de performance com a acusação, em que deve se esforçar para defender as narrativas do acordo sob o crivo do contraditório judicial. Há um notável incremento na complexidade deste novo processo, a agregar a conferência do cumprimento contratual às já delicadas tarefas de produção de provas além da dúvida razoável de um processo sancionatório.

O colaborador possui um estímulo a produzir evidências para reforçar a narrativa apresentada aos órgãos de controle. O juiz deverá perquirir acerca da compatibilidade dessas evidências com direitos e garantias individuais, de modo a evitar que, no afã de buscar o prêmio pela performance, violem-se regras fundantes do Estado de Direito.

Poder-se-iam listar outros desafios decorrentes dessa nova realidade; esses dois já apresentados ilustram a complexidade em lidar com tal quadro, sobretudo pela ruptura de paradigma que ele representa.

O Judiciário precisará lançar mão de todos os seus esforços para compreender tal fenômeno e lidar com suas características, sem perder de vista o papel de estabilização e de pacificação que lhe é atribuído.

À guisa de conclusão, temos que o Judiciário encontra severas dificuldades para atender às demandas crescentes dos jurisdicionados no contexto de uma sociedade cada vez mais complexa e diferenciada: a prestação jurisdicional adjudicatória tem se mostrado muito aquém das demandas que lhe têm sido apresentadas.

É preciso, pois, ressignificar o papel do juiz e do Judiciário nessa realidade: antes de se pretender que se entreguem, na forma de sentenças, bens e serviços, é fundamental visualizar, nesse novo *script*, como uma instância ou arena onde possam ser forjadas soluções pelas próprias partes. A partir daí, o Judiciário poderá melhor interagir com as partes e melhor exercer um papel de liderança na sincronização dos sistemas, não apenas naquele relacionado à leniência.

Há um alerta, todavia, que necessita ser preenchido pela academia: o ensino jurídico necessita formar quadros capacitados para essa nova realidade.¹⁰