

OWEN FISS

Ocupa a posição de *Sterling Professor Emeritus*, de Direito, na Universidade de Yale, EUA. Sua formação acadêmica se deu pelo *Dartmouth College* (EUA), por Oxford (Inglaterra) e pela Universidade Harvard (EUA). Foi Assistente do juiz Thurgood Marshall, que chegaria à suprema Corte dos Estados Unidos, quando este ainda era juiz da Corte de Apelação do Segundo Circuito, com sede em Nova York, e, posteriormente, do Juiz William J. Brennan Jr., da Suprema Corte Norte-Americana. Ele também atuou na Divisão de Direitos Civis do Departamento de Justiça Norte-Americano, equivalente ao Ministério da Justiça brasileiro. Antes de ser professor em Yale, Fiss também lecionou na Universidade de Chicago. Ele coordena programas de extensão na América Latina e no Oriente Médio. Owen Fiss é autor de importantes e influentes artigos jurídicos nos Estados Unidos, dos quais os mais relevantes são trazidos por esta obra. Seu artigo "Contra o Acordo" está entre os cem artigos jurídicos mais citados da história jurídica americana.

COORDENAÇÃO DA TRADUÇÃO

**CARLOS ALBERTO DE
SALLES**

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Possui os títulos de Mestre, Doutor e Livre-Docente pela mesma universidade. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pelo quinto constitucional do Ministério Público.

BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

COORDENAÇÃO: FERNANDO RISTER DE SOUSA LIMA

Direito como Razão Pública

PROCESSO, JURISDIÇÃO E SOCIEDADE

2ª Edição
Revista e Atualizada



CONSELHO EDITORIAL DA BIBLIOTECA DE FILOSOFIA, SOCIOLOGIA E TEORIA DO DIREITO

Alberto Febbrajo

Artur Stamford da Silva

Clarice von Oertzen de Araujo

Fabiana Del Padre Tomé

Fernando Rister de Sousa Lima

Florence Cronemberger Haret

Francisco Carlos Duarte

Germano Schwartz

João Ibaixe Jr.

José Elias de Moura Rocha

Laffayette Pozzoli

Mara Regina de Oliveira

Marcelo Pereira de Mello

Marcio Pugliesi

Ricardo Tinoco de Góes

Tercio Sampaio Ferraz Jr.

Vittorio Olgiati

Willis Santiago Guerra Filho

Presidente do Conselho Editorial e Coordenador da Coleção:

Fernando Rister de Sousa Lima

Tradução: Daniel Porto Godinho da Silva / Melina de Medeiros Rós / Maria Cecília de Araújo Asperti

Editora responsável pela publicação da 1ª edição desta obra: Revista dos Tribunais.

Dados da Publicação: FISS, Owen. **Um novo Processo Civil**: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade. Coordenação da Tradução: Carlos Alberto Salles. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ISBN: 978-85-362-6673-2

JURUÁ
EDITORA

Brasil – Av. Munhoz da Rocha, 143 – Juvevê – Fone: (41) 4009-3900

Fax: (41) 3252-1311 – CEP: 80.030-475 – Curitiba – Paraná – Brasil

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Fone: (351) 223 710 600 –

Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Editor: José Ernani de Carvalho Pacheco

Fiss, Owen

F543 **Direito como razão pública: processo, jurisdição e sociedade / Owen Fiss; coordenação da tradução Carlos Alberto de Salles – 2. ed. - Curitiba: Juruá, 2017.**

348 p. (Biblioteca de Filosofia, Sociologia e Teoria do Direito)

1. Direito – Teoria. 2. Processo civil. 3. Justiça.
I. Título.

CDD 340.1 (22.ed.)
CDU 340.1

000009

Owen Fiss

Coordenação da Tradução: Carlos Alberto de Salles

Direito como Razão Pública

PROCESSO, JURISDIÇÃO E SOCIEDADE

2ª Edição
Revista e Atualizada

Curitiba
Juruá Editora
2017

dibilidade da estratégia de reforma; a lista de sugestões pode e deve ser ampliada. Devo admitir, entretanto, que, mesmo quando essa lista for ampliada, o Judiciário permanecerá burocratizado – uma organização altamente complexa, caracterizada por diversos relacionamentos hierárquicos que tendem a isolar os juízes das experiências educacionais críticas e a dispersar as responsabilidades. A meu ver, isso parece integrar um dilema moderno. O mundo muda – mudamos de uma sociedade de indivíduos para uma sociedade de organizações – contudo, descobrimos que devemos viver e trabalhar com formas de autoridade que pressupõem um mundo não mais existente, que não podemos trazer de volta.

A resposta a este dilema não deve ser resignação ou desespero. Seria um erro concluir, a partir desta análise, que devemos renunciar ao poder jurisdicional, como se tivéssemos outra maneira de proteger nossos valores públicos e pôr em xeque os poderes políticos do Estado intervencionista. Há, em vez disso, duas outras possibilidades. Uma é reexaminar nossos ideais individualistas e as formas de autoridade às quais eles dão origem; pode ser, como sugeriu Bruce Ackerman em certa ocasião, quando eu estava prestes a começar esse ensaio, o engajamento das burocracias em um diálogo. A outra alternativa, em meu entendimento mais realista, consiste na implementação daquelas pequenas mudanças incrementais na estrutura institucional que podem nos capacitar para uma percepção mais completa de nossos ideais individualistas dentro de um mundo de caráter inteiramente diferente.

Capítulo V

CONTRA O ACORDO¹⁸⁰

Em relatório enviado aos diretores de Harvard, no ano de 1983, Derek Bok solicitou uma nova orientação para o ensino jurídico¹⁸¹. Criticou “a comum inclinação do currículo jurídico com vistas a preparar os estudantes para o combate jurídico” solicitando, ao contrário, que as Faculdades de Direito orientassem seus alunos “para as práticas amigáveis da conciliação e do acordo”¹⁸². Ele procurava desviar nossa atenção das cortes para “novos mecanismos voluntários”¹⁸³ de solução de controvérsias. Para tanto, Bok invocou temas que há muito eram associados ao Presidente da Suprema Corte, Warren E. Burger¹⁸⁴, os quais suscitaram grandes discussões entre os juristas, tornando-se a base de um novo movimento no Direito, conhecido por ADR (*Alternative Dispute Resolution* – Solução Alternativa de Controvérsias).

Como esse movimento busca a redução da quantidade de processos iniciados, a maioria de suas propostas é dedicada à negociação ou mediação anteriores ao processo judicial. Porém, o interesse pelas chamadas “práticas amigáveis” não tem sido tão restrito. Estende-se também aos processos em andamento e os defensores da ADR têm procurado novos caminhos para facilitar, ou até mesmo forçar, a celebração de acor-

¹⁸⁰ Publicado originalmente no volume 93 do *Yale Law Journal*, p. 1073, 1984. Uma separata intitulada “Justice Chicago Style” apareceu no 1987 *University of Chicago Legal Forum*, p. 1.

¹⁸¹ BOK, A Flawed System, *Harv. Mag.*, p. 38, maio/jun. 1983, reimpresso em *N.Y. ST. B.J.*, p. 8, out. 1983, *N.Y. ST. B.J.*, p. 31, nov. 1983; extraído do 33 *J. Legal Educ.* 570 (1983).

¹⁸² BOK, nota *supra* 1, p. 45.

¹⁸³ *Idem.*

¹⁸⁴ Ver, por exemplo, BURGER, Isn't There a Better Way?, 68 *A.B.A. J.* 274, 1982; BURGER, Agenda for 2000 A.D. – A Need for Systematic Anticipation, 70 *F.R.D.* 83, 93-96, 1976.

dos entre as partes em casos pendentes. Novas normas procedimentais foram instituídas para servir a esse fim. A Norma 16 das Normas Federais de Processo Civil foi alterada para fortalecer a ação do juiz responsável pela condução do processo na realização de acordos pelas partes: a "facilitação de acordos" tornou-se um propósito explícito das audiências que antecedem o julgamento e o juiz passou a ser convidado, se é que esse é o termo próprio, a agir considerando o "acordo e o uso de procedimentos especiais para ajudar na solução da controvérsia"¹⁸⁵.

Os defensores da ADR são levados a apoiar tais medidas e a exaltar a ideia do acordo com maior frequência, porque consideram a adjudicação um processo para solucionar controvérsias. Agem como se as cortes tivessem surgido para solucionar conflitos entre vizinhos que chegaram a um impasse e voltaram-se a um estranho para ajudá-los¹⁸⁶. As cortes são vistas como a institucionalização desse "estranho" e, a adjudicação, como o processo pelo qual o "estranho" exerce o poder. O próprio fato de os vizinhos procurarem alguém para solucionar a controvérsia significa um rompimento de suas relações sociais; os defensores da ADR reconhecem isso, mas, no entanto, esperam que os vizinhos sejam capazes de chegar a um entendimento antes da solução da controvérsia pelo estranho. Esse entendimento é o acordo. É mais uma trégua do que uma verdadeira conciliação, mas parece preferível ao julgamento, pois baseia-se no consentimento de ambas as partes e evita os custos de um moroso julgamento.

Entretanto, em meu entendimento, essa visão da adjudicação e o movimento favorável ao acordo baseiam-se em premissas questionáveis. Não acredito que o acordo, como prática genérica, seja preferível ao julgamento ou deva ser institucionalizado em uma base extensa e ilimitada. Deveria ser tratado, ao contrário, como uma técnica altamente problemática para a simplificação dos *dockets*¹⁸⁷. O acordo, no processo civil, é

¹⁸⁵ Norma 16, das Normas Federais de Processo Civil. Para uma discussão dos problemas que surgem quando os juizes se envolvem profundamente com as tentativas de conciliação para induzir o acordo, ver RESNIK, *Managerial Judges*, 96 *Harv. L. Rev.* 374, 1982.

¹⁸⁶ Martin Shapiro fornece uma formulação da história da solução de controvérsias. Ver SHAPIRO, M. *Courts: a Comparative and Political Analysis* 1-2, 1981.

¹⁸⁷ *Dockets* são os registros dos vários incidentes processuais ocorridos durante o desenvolvimento do processo, uma espécie de fichário eletrônico. Além do *docket*, o processo americano utiliza outras duas modalidades de organização da documentação e registros produzidos no curso do processo: o *file* e os *records*. O primeiro são as pastas onde é guardado o material escrito. Os *records* são registros em estenotipia e gravações magnéticas que são degravadas quando necessário. Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direitos Sociais e Justiça. Prática Institucional Comparada (Brasil - EUA). Justiça e Democracia*, n. 03, p. 22, 1997.

análogo à transação penal: geralmente, o consentimento é obtido via coação; a transação pode ser realizada por alguém que não possui autoridade; a ausência de instrução processual e de julgamento cria um subseqüente e problemático envolvimento do juiz; e embora os *dockets* sejam abreviados, a justiça pode não ter sido feita. Assim como a transação penal, o acordo é uma rendição às condições da sociedade de massa e não deveria ser encorajado ou valorizado.

1 O DESEQUILÍBRIO DO PODER

Ao considerar a ação judicial um instrumento para a solução de um conflito entre dois vizinhos, a estória da solução de controvérsias na qual se baseia a ADR implicitamente exige que pressuponhamos uma igualdade relativa entre as partes litigantes. Trata o acordo como uma antecipação do resultado da decisão em juízo e pressupõe que seus termos são simplesmente produto das preferências das partes¹⁸⁸. Na verdade, entretanto, o acordo é também um produto dos recursos de que dispõem cada uma das partes para financiar o processo judicial, sendo certo que tais recursos são, frequentemente, distribuídos de maneira desigual. Diversas ações judiciais envolvem não uma disputa entre dois vizinhos pela propriedade de uma porção de terra, mas, por exemplo, versam sobre brutalidade policial em lides que envolvem membros de minorias raciais e departamentos de polícia municipais, ou consistem em reclamações trabalhistas movidas contra grandes corporações, nas quais são pleiteadas indenizações por lesões relacionadas ao trabalho. Nesses casos, a distribuição de recursos financeiros ou a possibilidade de uma das partes repassar seus custos, irá, invariavelmente, contaminar o processo de negociação e, conseqüentemente, o acordo ofenderá a concepção de justiça que procura tornar os recursos das partes fator irrelevante.

A disparidade de recursos entre as partes pode influenciar o acordo de três formas. Primeiro, a parte mais pobre pode ser menos passível de reunir e analisar as informações necessárias à previsão da decisão do litígio, o que a deixaria em desvantagem no processo de negociação.

¹⁸⁸ Ver, POSNER, *An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration*, 2 *J. Legal Stud.* 399, 1973; PRIEST, *Regulating the Content and Volume of Litigation: An Economic Analysis*, 1 *Sup. CT. Econ. Rev.* 163, 1982; Shavell, *Suit, Settlement and Trial: A theoretical Analysis Under Alternative Methods for Allocation of Legal Costs*, 11 *J. Legal Stud.* 55, 1982.

Segundo, pode necessitar, de imediato, da indenização que pleiteia e, desse modo, ser induzida à celebração de um acordo como forma de acelerar o pagamento, mesmo ciente de que receberá um valor inferior ao que conseguiria se tivesse aguardado o julgamento. Todos os autores de ações judiciais querem suas indenizações imediatamente, mas um autor muito pobre pode ser explorado por um réu rico, pois sua necessidade é tão grande que o réu pode compeli-lo a aceitar uma quantia inferior àquela a que tem direito. Terceiro, a parte mais pobre pode ser forçada a celebrar um acordo em razão de não possuir os recursos necessários para o financiamento do processo judicial, o que inclui tanto as despesas previstas como, por exemplo, honorários advocatícios, quanto aquelas que podem ser impostas por seu oponente por meio da manipulação de mecanismos processuais como o da instrução probatória. Aparentemente, o acordo beneficia o autor da ação, permitindo-lhe evitar os custos do processo judicial, mas isso não é verdade. O réu pode calcular as despesas que o autor teria se o caso tivesse ido a julgamento e diminuir sua proposta no valor dessa quantia. O autor muito pobre é uma vítima dos custos do processo, mesmo quando aceita fazer o acordo.

Há exceções. Réus aparentemente ricos podem, por vezes, estar sujeitos a pressões financeiras que os tornam tão ansiosos pela composição amigável quanto os autores muito pobres. Entretanto duvido de que isso ocorra com muita frequência. Duvido, também, de que arranjos institucionais, tais como os honorários advocatícios devidos pela parte ao seu advogado em caso de sucesso (*contingent fees*) ou a previsão de assistência judiciária, de fato, igualem as condições das partes: *contingent fees* não igualam as condições; apenas tornam um autor hipossuficiente vulnerável à disposição de um advogado, contratado sob bases privadas, para investir em seu caso¹⁸⁹. Na verdade, a capacidade de explorar a falta de recursos do autor da ação foi transferida dos réus ricos para advogados que insistem em receber, a título de honorários, uma grande parcela do valor obtido pelo autor da ação. Além disso, tais advogados só trabalharão mediante honorários advocatícios percentuais sobre o valor recebido pelo cliente em certos tipos de casos, tais como ações versando sobre danos pessoais. E esses honorários não estão disponíveis quando o réu é a parte em desvantagem. Subsídios governamentais para a advocacia gratuita têm um maior potencial, mas no âmbito civil a disputa por esses recursos foi acirrada, e eles são, de fato, extremamente limitados, espe-

¹⁸⁹ Nos EUA a regra é que cada parte arque com as despesas do seu advogado. Frequentemente, o advogado "investe" em um caso no aguardo dos honorários que lhe serão pagos por seu cliente no caso de vitória.

cialmente em se tratando de ações que tem por objeto uma reforma sistêmica das práticas governamentais.

Naturalmente, desequilíbrios de poder também podem distorcer o julgamento: os recursos de que dispõe a parte influenciam na qualidade da apresentação de sua pretensão, a qual, de sua feita, tem grande relevância para a definição de quem é o vencedor e dos termos da vitória. Contamos, no entanto, com a presença orientadora do juiz, o qual pode empregar diversas medidas para diminuir o impacto das desigualdades distributivas. Ele pode, por exemplo, complementar as exposições das partes por meio de perguntas, chamando suas próprias testemunhas e convidando outros indivíduos e instituições para participarem como *amicus*^{190/191}. Essas medidas são passíveis de dar somente uma pequena contribuição no sentido de moderar a influência das desigualdades distributivas, mas não devem ser ignoradas por esta razão. Nem mesmo esses pequenos passos são possíveis com o acordo. Existe, ademais, uma enorme diferença entre o processo judicial no qual é celebrado um acordo, que é baseado na negociação e aceita as desigualdades de recursos como componentes integrantes e legítimos, e o processo levado a julgamento, o qual, reconhecidamente, combate essas desigualdades. O julgamento busca uma autonomia com relação às desigualdades distributivas e boa parte de sua atratividade é proveniente dessa aspiração.

¹⁹⁰ A expressão completa, *amicus curiae*, significa, literalmente, amigo da corte. No sistema judicial norte-americano, uma pessoa, diferente das partes, que possua forte interesse no processo ou opiniões acerca de seu objeto, pode postular uma permissão para formular uma peça processual, aparentemente no interesse de uma parte, mas, na verdade, para sugerir um posicionamento compatível com suas próprias opiniões. Essa peça do *amicus curiae*, normalmente, traz questões de amplo interesse público. Ela pode ser apresentada por particulares ou pelo governo. Dessa forma, a função do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para questões que eventualmente não tenham sido notadas, fornecendo subsídios para uma decisão apropriada. No Brasil, a Lei 9.868/1999, que trata da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, prevê mecanismo semelhante (art. 7º, § 2º).

¹⁹¹ Em um caso questionando as condições no sistema de prisão estadual do Texas, por exemplo, o Juiz Justice ordenou que os Estados Unidos figurassem no processo como *amicus curiae* "a fim de investigar os fatos alegados nas queixa dos detentos, para participar em tal ação civil com os direitos totais de uma parte adicional e para aconselhar esta Corte em todos os estágios dos procedimentos bem como em qualquer medida considerada apropriada". *In re Estelle*, 516 F.2d 480, 482 (5th. Cir. 1975) (citando ordens não publicadas da corte distrital), *cert. denied*, 426 U.S. 925 (1976). A sentença eventualmente registrada encontrou violações constitucionais sistêmicas e ordenou mudanças radicais nas prisões estaduais. Ver *Ruiz v. Estelle*, 503 F. Supp. 1265 (S.D. Tex. 1980), pedido para manter o julgado acolhido em parte e negado em parte, 650 F.2d 555 (5th. Cir. 1981), pedido adicional para manutenção do julgado acolhido em parte e negado em parte, 666 F.2d 854 (5th. Cir. 1982).

2 A AUSÊNCIA DE CONSENTIMENTO LEGÍTIMO

O argumento em favor do acordo pressupõe que os litigantes sejam indivíduos. Esses indivíduos são livres e devem obrigar-se pelas normas que criam. Em diversas situações, todavia, os indivíduos estão enredados em relações contratuais que prejudicam sua autonomia: advogados ou companhias de seguro podem, por exemplo, aceitar cláusulas que sejam do seu interesse, mas contrariem o interesse de seus clientes, os quais não anuiriam com o acordo se a escolha ainda lhes pertencesse¹⁹². Porém, um problema ainda maior e mais complexo advém do fato de diversas partes não serem indivíduos, mas organizações ou grupos. Não sabemos quem está autorizado representar essas entidades e a dar o consentimento do qual depende a conclusão do acordo.

Algumas organizações, como empresas e sindicatos, têm procedimentos formais para a identificação das pessoas autorizadas a representá-los. Mas estes procedimentos são imperfeitos: são planejados mais para facilitar as transações entre a organização e terceiros do que para garantir que seus membros de fato concordam com determinada decisão. Também não eliminam interesses conflitantes. O presidente de uma sociedade anônima pode celebrar um acordo no âmbito de uma ação judicial para evitar descobertas inconvenientes com relação a sua política gerencial, embora tais revelações possam ser do interesse dos acionistas. O presidente de um sindicato pode aceitar um acordo como uma maneira de preservar seu poder; por essa razão, pode não se sujeitar aos riscos inerentes à consulta aos membros da categoria ou à ratificação do acordo pelos associados. Ademais, os procedimentos de representação presentes nas empresas e sindicatos, entre outras organizações formais privadas, não são universais. Diversos litígios atuais, especialmente nas cortes federais, envolvem órgãos governamentais¹⁹³ e seus procedimentos para a obtenção de consentimento legítimo são mais rudimentares do que os presentes no âmbito empresarial. Somos levados a indagar, por exemplo, se o Ministério Público deve ser capaz de vincular todos os servidores do Estado, alguns dos quais são eleitos e, desse modo, têm mandato popular,

¹⁹² Em *Glazer v. J.C. Bradford & Co.*, 616 F.2d 167 (5th. Cir. 1980), por exemplo, a corte sustentou que o autor da ação estava preso à proposta de acordo de seu advogado simplesmente porque anteriormente já o tinha instruído para que investigasse a possibilidade de realizar um acordo.

¹⁹³ De acordo com o Juiz Gilbert Merritt, quase metade dos casos do Sexto Circuito envolvem processos judiciais contra órgãos governamentais ou funcionários públicos. MERRITT, Owen Fiss on Paradise Lost: The Judicial Bureaucracy in Administrative State, 92 *Yale L. J.*, 1983.

ou até mesmo se o Procurador-Geral¹⁹⁴ deve ser capaz de vincular aqueles que virão a substituí-lo.

Esses problemas tornam-se ainda mais acentuados quando nos desviamos das organizações e consideramos o fato de muitos dos litígios atuais envolverem entidades sociais ainda mais nebulosas, denominadas grupos. Alguns desses grupos, como as minorias étnicas ou raciais, internos de uma prisão ou de instituições para deficientes mentais, podem ter uma identidade ou existência que transcenda a ação judicial, mas não têm qualquer estrutura de organização formal, faltando-lhes, assim, quaisquer procedimentos para a criação de consentimento legítimo. A ausência desse procedimento é ainda mais acentuada em casos envolvendo um grupo de consumidores, por exemplo, passageiros de alguma companhia aérea entre 1980 e 1990, constituído somente com o fim de arrecadar fundos suficientes para torná-lo financeiramente atrativo para advogados cuidarem do caso.

As Normas Federais de Processo Civil, dos Estados Unidos, disciplinadoras da *class action*¹⁹⁵ nas cortes federais, exigem que tais grupos tenham um “representante”¹⁹⁶; este representante falaria em nome de todo o grupo, mas receberia esse poder pelo mais questionável de todos os procedimentos eletivos – a autonegação ou, se estivermos lidando com uma classe inserida no polo passivo da ação (*defendant class*), a nomeação pelo autor da ação. As normas estabelecem a necessidade de notificação dos membros do grupo acerca da pendência da ação e dos pedidos do representante, mas é difícil acreditar que a notificação possa alcançar todos os membros do grupo ou possa corrigir as deficiências dos procedimentos através dos quais o representante obtém seu poder. As forças que desencorajam a maioria dos membros do grupo a tomar a iniciativa de mover processos judiciais também os desencorajarão a responder a qualquer notificação que venham a receber.

Quando a ação vai a julgamento, não resta completamente eliminado o risco da ação não autorizada e, mais do que isso, não são eliminadas as distorções resultantes das disparidades de recursos das partes. O

¹⁹⁴ *Attorney General*, no original. Nos Estados Unidos, o *Attorney General*, correspondente ao nosso Ministério Público, mas responde, também, pelas funções de defesa judicial do Estado. Nos Estados a escolha do *Attorney General* costuma ser feita por eleição direta, para um mandato por prazo previamente estabelecido. Em termos de Governo Federal, a escolha por indicação do Presidente da República.

¹⁹⁵ Ação judicial através do qual uma ou mais pessoas dentro de um grupo podem, no polo ativo ou passivo, assumir a defesa dos interesses do grupo, sem a necessidade de trazer para o processo, na condição de parte, todos os membros desse grupo ou classe.

¹⁹⁶ Norma 23(a), das Normas Federais de Processo Civil.

modo como o caso foi apresentado à corte pelo representante de um grupo ou organização reconhecidamente influenciará no resultado do processo judicial e esse resultado vinculará aqueles que também poderiam obrigar-se por força de um acordo. Por outro lado, o julgamento não exige muito dos denominados representantes. Há uma distância conceitual e normativa entre o que os representantes fazem e dizem e o que a corte eventualmente decide, porque o juiz põe à prova tais alegações e ações a partir de procedimentos independentes e critérios de ordem substancial. A autoridade do julgamento surge do direito, não das alegações ou iniciativas dos supostos representantes, assim se permite ao julgamento vincular pessoas não diretamente envolvidas no litígio, mesmo quando se está relutante no que tange à celebração de acordo acerca da matéria.

Os procedimentos que foram criados para a supervisão do processo de acordo, quando grupos ou organizações estão envolvidos, não eliminaram as dificuldades relativas à obtenção de um consentimento legítimo. Alguns desses procedimentos fornecem um padrão substancial para a aprovação do acordo, mas nem sequer consideram a questão do consentimento. Um exemplo é o *Tunney Act*. Essa lei estabelece procedimentos para notificar terceiros sobre acordo proposto em ação antitruste patrocinada pelo Estado e exige que o juiz decida se o acordo proposto pelo Departamento de Justiça é de "interesse público"¹⁹⁷. Essa lei, implicitamente, reconhece a dificuldade de se determinar quem está legitimamente autorizado a falar em nome dos Estados Unidos, mas não fornece ao juiz praticamente nenhuma diretriz para fazer essa verificação de interesse público ou para decidir se aprova o acordo. Os padrões de interesse público parecem, na verdade, exigir a consideração de fatores extrajudiciais tais como o sentimento popular e a alocação eficiente dos recursos necessários ao processamento da demanda¹⁹⁸.

¹⁹⁷ *Antitrust Penalties & Procedures Act*, de 1974, Pub. L. No. 93-528, § 2, 88 Stat. 1706, 1707 (codificado em 15 U.S.C. § 16(e) (1982)). Em trecho pertinente o Ato determina: Antes de registrar qualquer acordo homologado proposto pelos Estados Unidos nesta seção, a corte deve determinar se o registro de tal acordo é de interesse público. Em razão de tal determinação, a corte pode considerar: o impacto competitivo de tal acordo, incluindo o término das violações alegadas, as disposições para execução e modificação, duração ou provimento jurisdicional desejado, efeitos antecipados das medidas alternativas realmente consideradas e quaisquer outras alegações que afetem a adequação de tal acordo; o impacto de tal decisão judicial sobre o público em geral e indivíduos alegando danos específicos por violações apresentadas no pedido, incluindo alegações de benefício público, se houver alguma, a serem originadas da libertação sobre as questões levadas à juízo.

¹⁹⁸ Em *Maryland v. United States*, 103 S. Ct. 1240 (1983), a Suprema Corte confirmou sumariamente a aprovação pela corte distrital de um acordo judicial proposto pelo go-

Outros procedimentos de supervisão, como a norma que regula as ações coletivas, não se esforçam para articular um padrão específico para a aprovação de acordos, mas, ao contrário, confiam toda a questão ao juiz¹⁹⁹. Nesses casos, a aprovação do juiz, teoricamente, deve depender do consentimento do grupo, mas determinar se tal consentimento existe é frequentemente impossível, posto que o verdadeiro consentimento consiste em nada menos do que a unanimidade expressada por todos os membros de um grupo que pode alcançar centenas de milhares de pessoas por todo os Estados Unidos. Todavia, a aprovação do juiz depende de quão próximo o acordo proposto está do que ele imagina que seria a sentença obtida após a instrução processual. A base para a aprovação de um acordo, ao contrário do que sugere a estória da solução de controvérsias, não é, portanto, o consentimento, mas a proximidade do acordo com relação à decisão judicial. Isto parece eliminar minha objeção ao acordo, exceto pelo fato de que a utilização de uma decisão judicial hipotética como parâmetro para a aprovação do acordo é, na realidade, muito estranha: na verdade, a decisão nunca foi trazida ao mundo das partes, mas apenas imaginada. É estruturada sem o benefício de um julgamento completo, em um momento no qual o juiz ainda não pode contar com o conhecimento completo dos fatos, o qual é prometido pelo sistema adversarial²⁰⁰. Ao com-

verno no caso AT&T em matéria antitruste. Em oposição, o Juiz Rehnquist, em conjunto com o então Juiz-Presidente e o Juiz White, questionou a constitucionalidade do § 16(e). A Corte Distrital tinha interpretado o § 16(e) considerando que o acordo proposto deveria ser aceito "se efetivamente abrisse mercados relevantes para competição e prevenisse a repetição de atividade anticompetitiva, tudo sem impor ônus excessivos e desnecessários sobre outros aspectos de interesse público...". *United States v. American Tel. & Tel. Co.*, 552 F. Supp. 131, 153 (D.D.C. 1982), *aff'd sub nom. Maryland v. United States*, 103 S. Ct. 1240 (1983) (*per curiam*). O Juiz Rehnquist, entretanto, afirmou: "Não está claro para mim que este padrão ou qualquer outro padrão que a Corte Distrital possa ter criado admita a resolução por uma corte que exerça o poder judicial estabelecido no Artigo III da Constituição norte-americana". 103 S. Ct. em 1242. Ele continua: "A questão de dar ou não prosseguimento à ação judicial é uma questão de execução das leis, atribuída ao Executivo pelo Artigo II. Não há padrão pelo qual os benefícios para o povo advindos de um acordo "melhor" em uma ação judicial, o qual tenha sido negociado pelo Departamento de Justiça, possam ser comparados ao risco de uma decisão adversa, à necessidade de uma solução rápida do caso, aos benefícios obtidos no acordo e à disponibilidade dos recursos do Departamento para outros casos". *Idem* em 1243.

¹⁹⁹ "Uma *class action* não pode ser rejeitada ou transigida sem a aprovação da corte, e a notificação sobre o indeferimento e a transigência propostos devem ser dadas a todos os membros do grupo da maneira como a corte decidir". Norma 23(e), das Normas Federais de Processo Civil.

²⁰⁰ *Adversary System*, no original. Por essa expressão descreve-se o modo de funcionamento do sistema processual norte-americano, marcadamente dispositivo, dependente

porem-se amigavelmente, as partes litigantes têm todo o interesse em defender o acordo formulado e em convencer o juiz de que está em consonância com o direito.

3 A FALTA DE UMA BASE PARA O ENVOLVIMENTO JUDICIAL CONTINUADO

A estória da solução de controvérsias torna irrelevantes as dimensões das medidas implementadas por meio das ações judiciais e assume, equivocadamente, o julgamento como o fim do processo. Pressupõe que a tarefa do juiz é declarar qual dos vizinhos está certo e que tal declaração encerrará o envolvimento do juiz (salvo nas situações especiais em que é também necessária a emissão de uma ordem judicial na qual seja indicado um oficial da polícia para executar a decisão). A partir dessas premissas, o acordo parece um substituto quase perfeito para o julgamento, pois também pode declarar os direitos das partes. Entretanto, muitas vezes o julgamento não é o final de uma ação judicial, mas apenas o começo. O envolvimento da corte pode continuar quase que indefinidamente. Nesses casos, o acordo pode não fornecer as bases adequadas para o necessário envolvimento continuado, não sendo, desse modo, um substituto para o julgamento.

Por vezes, as partes estão envolvidas em grandes conflitos e consideram a ação judicial apenas uma fase de uma longa e contínua batalha. A prolação de uma sentença não porá fim a essa batalha, mas modificará seus termos e o equilíbrio do poder. Uma das partes invariavelmente retornará às cortes para pedir assistência, não exatamente em razão da mudança das condições, mas porque as condições que precediam a ação judicial infelizmente não se modificaram. Isso geralmente ocorre em casos de relacionamentos domésticos, em que a declaração do divórcio representa apenas o início de uma série interminável de discussões sobre a custódia dos filhos e os alimentos devidos²⁰¹.

das iniciativas processuais e instrutórias das partes. A esse propósito, *vide* HAZARD JR., GEOFFREY, C.; TARUFFO, Michele. *American Civil Procedure: an introduction*. New Haven/London: Yale University, 1993. p. 87-88.

²⁰¹ Os casos de relacionamentos domésticos compõem a maior categoria de casos catalogados por matéria na corte estadual. Ver *Nat'l Center for State Courts, state Court Caseload Statistics: The State of the art*. 53 (1978). A maior parte desses litígios ocorre depois de proferida uma decisão inicial. Ver OLDHAM, Book Review, 54 U. Colo. L. Rev. 469, 478-80 (1983) (revisando L. WEITZMAN, *The Marriage Contract*, 1981).

Os casos de reforma estrutural, que possuem grande relevância na pauta da Justiça Federal norte-americana, oferecem outra oportunidade ao envolvimento judicial continuado. Nesses casos, as cortes procuram salvaguardar os valores públicos por meio da reestruturação de organizações burocráticas de grande porte. A tarefa é extremamente grande e nosso conhecimento sobre como reestruturar organizações burocráticas é limitado. Como consequência, as cortes devem supervisionar e gerenciar os processos de remediação por um longo tempo – talvez para sempre. Isso, suspeito eu, acontece na maioria dos casos de dessegregação escolar²⁰², alguns dos quais permanecem pendentes por vinte ou trinta anos. Da mesma forma, acontece nos casos que versam sobre matéria antitruste, nos quais é pleiteada a retirada dos bens ou a reorganização de uma indústria.

O esforço direcionado ao incentivo do acordo não conhece limites e pode resultar em acordo judicial mesmo nos tipos de casos acima mencionados, a saber, quando uma corte se encontra envolvida em um conflito contínuo entre as partes ou precisa reestruturar uma organização burocrática. As partes podem desconhecer as dificuldades que enfrentarão, ou ser otimistas quanto ao futuro, ou simplesmente acreditar que podem conseguir soluções mais favoráveis por meio de uma negociação com vistas ao acordo. Rapidamente, no entanto, o inevitável acontece: uma das partes retorna às cortes e pede ao juiz que modifique os termos do acordo judicial para torná-lo mais efetivo ou menos rigoroso. Porém, isso deixa o juiz em uma posição complicada: ele não tem base para avaliar o pedido. Não pode, usando a fórmula um tanto melodramática de Cardozo, decidir facilmente se “*os riscos, uma vez substanciais, foram reduzidos a uma sombra*”²⁰³, porque, por definição, ele nunca conheceu os riscos.

O apelo do acordo deriva, em grande parte, do fato de evitar a necessidade da instrução e julgamento do caso. O acordo deve, então, realizar-se antes da sessão de julgamento ser concluída e de o juiz haver iniciado a formação dos juízos de fato e de direito. Como consequência, o juiz, diante de um pedido de modificação de um acordo judicial, deve retrospectivamente reconstituir a situação como se encontrava quando a transação foi concluída e decidir se as condições atuais mudaram de for-

²⁰² *School desegregation*, no original. A partir do caso *Brown v. Board of Education*, de 1954, iniciou-se nos Estados Unidos um processo de transformação do sistema dual, de escolas separadas para negros e brancos, em sistema único, de escolas acessíveis para ambas as raças. Em muitos casos, como naquele que gerou o precedente referido, a dessegregação foi obtida através de processos judiciais.

²⁰³ *United States v. Swift & Co.*, 286 U.S. 106, 119 (1932).

ma suficiente para garantir a modificação do que fora acordado. No litígio envolvendo a empresa Meat Packers, por exemplo, no qual um acordo judicial orientou a indústria por quase meio século, o juiz, diante de um pedido de modificação em 1960, teve de reconstruir o “risco” que existiu por ocasião da formulação do acordo em 1920 a fim de determinar se ele tinha realmente se tornado uma “sombra”²⁰⁴. Tal investigação beira o absurdo e é provável que elimine quaisquer economias com recursos judiciais que o acordo inicial possa ter produzido.

O acordo também impede a realização de uma execução muito rigorosa, a qual muitas vezes exige a utilização do *contempt of court*²⁰⁵, com a imposição de uma ordem judicial que estabeleça a sanção em caso de desobediência. Formalmente, tal medida pode ser utilizada para impor o cumprimento de acordos judiciais, mas as cortes hesitam em fazê-lo, especialmente quando a execução é dirigida a funcionários públicos do alto escalão, como se tornou evidente no caso *Willowbrook*, o qual se referia à desinstitucionalização²⁰⁶, e em um caso mais recente de dessegregação em Chicago²⁰⁷. As cortes não veem uma simples transa-

²⁰⁴ Ver *United States v. Swift & Co.*, 189 F. Supp. 885, 904, 910-12 (N.D. Ill. 1960), *aff'd* 367 U.S. 909 (1961). Para a história do acordo judicial do caso *Meat Packers*, em um período de 50 anos, ver O.Fiss, *Injunctions* 325-99 (1972).

²⁰⁵ Vide nota 105 do Capítulo 1. O *contempt of court* consiste, de maneira geral, “em um ato ou omissão perturbando ou obstruindo o processo judicial em um caso em particular” (DOBBS, Dan B. *Contempt of Court: a Survey*. *Cornell Law Review*, v. 56, n. 2, p. 185, 1971), incorrendo em *contempt*, também, quem desobedece uma ordem judicial. No Brasil, o *contempt of court* vem sendo denominado “ato atentatório à dignidade da justiça”, estando atualmente presente no art. 14, parágrafo único, do Código de Processo Civil. Para maiores informações sobre o *contempt of court*, v. SALLES, Carlos Alberto de. *Execução Judicial em Matéria Ambiental*. São Paulo: RT, 1998. p. 209-216.

²⁰⁶ *New York State Ass'n for Retarded Children v. Carey*, 631 F.2d 162, 163-64 (2d. Cir. 1980) (corte relutante em manter o governador em *contempt* porque desacatava o acordo homologado quando o Legislativo se recusou a fornecer fundos para o comitê estabelecido pela corte para supervisionar a implementação da sentença). O Primeiro Circuito reconheceu explicitamente as limitações no poder das cortes para executar os acordos homologados em *Brewster v. Dukakis*, 687 F.2d 495, 501 (1st. Cir. 1982), e *Massachusetts Ass'n for Retarded Citizens v. King*, 668 F.2d 602, 610 (1st. Cir. 1981).

²⁰⁷ Em *United States v. Board of Educ.*, 717 F.2d 378, 384-85 (7th. Cir. 1983), a Corte de Apelações considerou que a corte distrital agiu precipitadamente ao ordenar aos Estados Unidos que fornecessem suporte financeiro adicional ao programa de dessegregação voluntária de Chicago segundo o acordo homologado que o governo federal e o conselho escolar tinham firmado com os autores da ação. O Sétimo Circuito, porém, instruiu a corte distrital a dar tempo ao governo federal para que cumprisse voluntariamente com suas obrigações.

ção entre as partes como base suficiente para o exercício de seus poderes coercitivos.

Algumas vezes, o ajuste entre as partes estende-se para além dos termos do acordo homologado e inclui estipulações que envolvem juízos de fato e de direito, mas, ainda assim, não há base adequada para a efetiva atuação da jurisdição. Dado o objetivo básico do acordo – evitar a instrução processual –, as assim chamadas “conclusões” e “declarações” são necessariamente produtos da negociação entre as partes, não de uma instrução processual e uma decisão judicial independente. O autor da ação, naturalmente, tem a liberdade de abandonar completamente a ação judicial (contanto que interesses de outras pessoas não sejam comprometidos) e o réu pode oferecer algo em troca, mas essa negociação visando à composição amigável assemelha-se mais a um contrato do que a uma *injunction*. Isso levanta uma questão que é respondida cada vez que uma *injunction* é emitida, a saber, se o Poder Judiciário deve ser utilizado para implementá-la. Mesmo se assumirmos que o consentimento é dado de maneira livre e autônoma, a transação é, no melhor sentido, contratual e não contém o tipo de comprometimento com o cumprimento que possuem as sentenças judiciais que são produto de instrução e julgamento por uma corte.

4 JUSTIÇA AO INVÉS DE PAZ

A história da solução de controvérsias faz o acordo parecer um substituto perfeito para o julgamento, como *supra* mencionado, trivializando a dimensão da ação judicial relativa às medidas judiciais adequadas para solucionar o problema e, também, reduzindo a função social do processo judicial à solução privada de controvérsias: naquela história, o acordo parece alcançar exatamente o mesmo objetivo do julgamento – paz entre as partes – porém, com despesas consideravelmente menores para a sociedade. Os dois vizinhos em conflito voltam-se a uma corte com o propósito de solucionar sua controvérsia e a sociedade disponibiliza as cortes porque deseja auxiliá-los a alcançar seus fins privados ou assegurar a paz.

Entretanto, em meu entendimento, o objetivo da adjudicação deve ser entendido de maneira mais ampla. A adjudicação utiliza recursos públicos e não emprega estranhos escolhidos pelas partes, mas agentes públicos escolhidos por um processo do qual o público participa. Esses agentes, como os membros dos Poderes Executivo e Legislativo, possuem

um poder que foi definido e conferido pelo direito público e não por ajuste privado. Seu trabalho não é maximizar os objetivos de particulares, nem simplesmente assegurar a paz, mas explicar e conferir força aos valores contidos em textos de grande autoridade, como a Constituição e as leis: para interpretá-los e deles aproximar a realidade. Essa tarefa não é desempenhada quando as partes celebram um acordo.

No sistema político norte-americano está presente a inércia do Judiciário. As cortes não procuram oportunidades para a interpretação, mas, ao contrário, esperam que as questões sejam trazidas a sua atenção. Ademais, dependem, na maior parte das vezes, da investigação e apresentação dos fatos e do direito pelos interessados. Desse modo, o acordo priva as cortes dessa oportunidade e talvez até da capacidade de fornecerem uma interpretação. Ao deparar-se com um acordo celebrado pelas partes, uma corte não pode prosseguir (ou prosseguir até muito longe) no andamento do processo. Ser contra o acordo não é exigir que as partes sejam “forçadas” a litigar, posto que isso interferiria em sua autonomia e distorceria o processo de adjudicação; as partes estão propensas a vencer a corte de que a transação é justa. Ser contra o acordo é apenas sugerir que quando as partes celebram um acordo a sociedade obtém menos do que parece, por um preço que não sabe que está pagando. As partes podem compor-se amigavelmente sem que a justiça seja feita. O acordo celebrado em um processo judicial que tenha por objeto a dessegregação escolar pode assegurar a paz e, contudo, deixar de garantir a igualdade racial. Não obstante o fato de as partes estarem preparadas para viver sob as condições acordadas e embora tal coexistência pacífica possa constituir um pré-requisito necessário da justiça²⁰⁸, cuidando-se de uma situação a ser avaliada, não há propriamente justiça. Celebrar um acordo significa aceitar menos do que o ideal.

Reconheço que os juízes geralmente anunciam acordos sem sentimentos de frustração ou desapontamento, como minha ideia de adjudicação pode sugerir, mas com alívio. Mas esse alívio deve ser visto precisamente como é: não se trata do reconhecimento de que o trabalho foi feito, nem do reconhecimento de que ele não o precisa ser, porque a justiça foi assegurada. Baseia-se, ao contrário, em outro sentimento comple-

²⁰⁸ Alguns observadores têm argumentado que é mais provável que a obediência advinha de um acordo homologado do que de uma decisão resultante de instrução e julgamento. Ver FISS, O.; RENDLEMAN, D. *Injunctions*. 2. ed. 1984. p. 1004. Mas o aumento de obediência pode ser devido ao fato de um acordo homologado exigir menos do réu do que a criação de uma relação mais amigável entre as partes. Ver MCEWEN; MAIMAN, *Mediation In Small Claims Court: Achieving Compliance Through Consent*, 18 *Law & Soc'Y Rev.*, 1984.

tamente diferente, qual seja o alívio de ter “resolvido” mais um caso, o que é verdadeiro, tenha ou não sido feita a justiça, havendo ou não a necessidade de se fazê-la. Ademais, tal sentimento também pode basear-se no fato de que a agonia do julgamento foi evitada.

Obviamente, por vezes, é vantajoso que o julgamento seja evitado, não somente para o juiz, livre da necessidade de decidir e executar uma sentença rigorosa, mas também para a sociedade, que frequentemente se desenvolve mascarando suas contradições fundamentais. Mas será que o acordo, quando apropriado, evitará o julgamento? Outros dispositivos atendem a fins públicos. Contrariamente, o acordo é controlado pelos litigantes e, portanto, fica sujeito as suas motivações privadas e a todas as contingências do processo de negociação. Há também riscos advindos da prevenção de julgamentos e esses podem superar os benefícios imaginados. No início, partidários da ADR²¹⁰ – o Juiz-Presidente da Suprema Corte, Warren E. Burger, ou mesmo o Presidente Bok – podem ficar satisfeitos com o *status quo*. Mas quando se veem injustiças que clamam por correção – como fizeram o Congresso, quando apoiou a ideia de um sujeito privado exercendo as funções do Ministério Público, e a Suprema Corte, quando buscava melhorar o acesso às cortes – as vantagens da prevenção de julgamentos diminuem e a agonia que lhe é própria torna-se uma necessidade. É necessário que a traição de nossos ideais mais elevados seja combatida e que estejamos preparados para tomar as medidas necessárias para fazer com que esses ideais sejam alcançados.

5 O VERDADEIRO DIVISOR DE ÁGUAS

Com base em todo o exposto, poder-se-ia prontamente imaginar uma resposta simples, aceitando os argumentos apresentados e evitando o embate: não estamos tratando *daquelas* ações judiciais. Os defensores da ADR podem insistir em que minha ideia de adjudicação, contrária àquela sugerida pela história da solução de controvérsias, enfatiza uma estreita

²⁰⁹ Ver principalmente A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, 1962. p. 111-99, (discutindo as “virtudes passivas”). Para uma análise das doutrinas de imprecisão e amplitude como técnicas para evitar-se o julgamento, ver a Nota *The Void-for-Vagueness Doctrine in Supreme Court*, 109 *U. PA. L. Rev.* 67, 1960.

²¹⁰ *Alternative Dispute Resolution* – Solução Alternativa de Controvérsias. Referindo-se ao movimento de estudo e aplicação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias.

categoria de ações judiciais. Poderiam argumentar que não obstante o acordo tenha uma aplicação limitada no que tange àqueles casos, eu não me referi a casos "típicos". Minha resposta divide-se em duas partes.

Primeiro, mesmo como uma questão puramente quantitativa, duvido que o número de casos a que estou referindo-me seja trivial. Meu universo inclui aqueles casos nos quais existem significativas desigualdades de distribuição de riqueza; aqueles nos quais é difícil criar um consenso legítimo, porque organizações ou grupos sociais são partes no litígio ou porque o poder de realizar um acordo está investido em agentes autônomos; aqueles casos nos quais a corte deve continuar supervisionando as partes após o julgamento; e aqueles nos quais a justiça precisa ser feita ou, para colocar de forma mais modesta, onde exista uma verdadeira necessidade social de uma interpretação legítima do direito. Imagine que o número de casos que satisfaça um desses quatro critérios seja considerável; em comparação ao tipo de caso ilustrado na estória da solução de controvérsias, eles provavelmente dominam a pauta de um sistema judiciário moderno.

Segundo, uma preocupação exclusiva com o número de casos, como se fossem todos iguais, simplesmente porque o cartório atribui a cada um deles um número de registro, reflete um certo tipo de miopia. Os casos não são todos iguais. Um caso de dessegregação, por exemplo, não é igual aos processos judiciais supostamente mais típicos, a saber os que envolvem controvérsias acerca do direito de propriedade ou acidentes automobilísticos. O processo judicial de dessegregação consome mais recursos, afeta um maior número de pessoas e cria desafios maiores para a atividade jurisdicional. O movimento favorável ao acordo deve introduzir uma perspectiva qualitativa; deve referir-se a esses casos mais "significativos" e demonstrar aptidão para solucioná-los. Caso contrário, em breve será considerado irrelevante, em razão de cuidar de situações triviais ao invés de responder às verdadeiras questões que lhe conferem sua grande influência e relevância.

Nem mesmo a separação dos casos em "duas direções", uma voltada ao acordo e outra ao julgamento, poderia evitar minhas objeções. A celebração de acordos em casos que envolvam acidentes de trânsito, deixando-se casos de discriminação ou antitruste para julgamento, pode retirar diversos casos das pautas, todavia, elas remanescerão indefinidamente preenchidas com os casos que consomem a maioria dos recursos judiciais e representam os mais controversos exercícios da atividade jurisdicional. Uma estratégia de "duas direções" esvaziaria grande parte do apelo da defesa do acordo. Ademais, não estou certo de que essa estratégia possa ser implementada de forma sensata. É impossível a criação de

critérios adequados para a separação prospectiva dos casos. Os problemas do acordo não estão ligados ao objeto do processo judicial, mas, ao contrário, originam-se de fatores de difícil identificação, tais como a riqueza das partes, a provável história do pós-julgamento do processo judicial ou a necessidade de uma interpretação legítima do direito. Além disso, é difícil saber como esses problemas podem ser evitados. Muitos dos fatores, que levam uma sociedade a trazer relacionamentos sociais, que sob outras circunstâncias pareceriam totalmente privados (por exemplo, o casamento), para a jurisdição de uma corte, são também aptos a tornarem a prática do acordo mais complexa. É o caso dos desequilíbrios de poder ou do envolvimento de interesses de terceiros. O acordo é um substituto pobre para o julgamento; é um substituto ainda mais pobre para a retirada da jurisdição.

Por essas razões, continuo bastante cético com relação à estratégia das "duas direções" e resistiria a ela. Porém, o mais importante ponto a ser observado é que a maioria dos defensores da ADR não se esforça para distinguir os diferentes tipos de casos ou para sugerir que "as práticas amigáveis da conciliação e do acordo" podem ser particularmente apropriadas para determinados tipos de casos. Eles tratam todos os casos como se fossem iguais. Isto sugere que o que me separa dos partidários da ADR não é o fato de estarmos preocupados com distintos universos de casos, ou seja, não é o fato de Derek Bok, por exemplo, focar contendas relativas à demarcação de áreas, enquanto eu observo somente processos judiciais de dessegregação. Acredito, ao contrário, que a separação em questão é muito mais profunda. Advém de entendimentos diversos acerca dos propósitos do processo que tem por objeto o direito civil e de seu lugar na sociedade. É uma diferença relativa a nossos pontos de vista.

Alguém como Bok vê a adjudicação de maneira essencialmente específica: o objetivo das ações judiciais e das cortes civis é solucionar controvérsias e a quantidade de processos pendentes é evidência clara do caráter desnecessariamente combativo e contestador dos norte-americanos. Ou como Bok observa, usando um idioma mais diplomático: "*No fundo, nossa sociedade baseia-se no individualismo, competição e sucesso*"²¹¹. Eu, por outro lado, vejo a adjudicação em termos mais gerais: a litigância, na esfera cível, é um arranjo institucional que utiliza o poder do Estado para aproximar uma realidade recalcitrante dos nossos ideais. Recorremos às cortes porque precisamos, não por algum capricho de nossas personalidades. Treinamos nossos alunos nas artes mais difíceis para que possam ajudar a assegurar tudo o que o direito promete, não

²¹¹ BOK, nota *supra* 1, p. 42.

porque desejamos que se tornem gladiadores ou porque temos um gosto especial pela contenda.

É provável que, em termos gerais, a concepção norte-americana da ação judicial civil seja única. Estou propenso a afirmar que nenhum outro país – incluindo o Japão, o novo antimodelo de Bok²¹² – tenha um caso parecido com *Brown v. Board of Education*²¹³, no qual o poder judicial é usado para erradicar a estrutura de castas sociais. Ademais, estou propenso a afirmar que nenhum outro país concebe o direito e o utiliza da maneira como fazemos. Mas isso deveria ser mais uma fonte de orgulho do que de vergonha. Não somos a única nação que vive longe de seus ideais, mas somos os únicos, entre os países do mundo, que parecem estar dispostos a fazer algo a respeito. A adjudicação ao estilo norte-americano não é reflexo da nossa combatividade e sim um tributo a nossa criatividade e talvez, ainda mais, a nossa responsabilidade.

²¹² *Idem*, p. 41. Quanto à validade das comparações e a uma explicação mais detalhada dos determinantes de um litígio, ver HALEY, *The Mith of the Reluctant Litigant*, 4 *J. Japanese Stud.* 359, 389, 1978 (“Algumas concepções errôneas sobre o Japão têm sido mais espalhadas ou tão nocivas quanto o mito da relutância especial do povo japonês para litigar”); ver também GALANTER, *Reading the Landscape of Disputes: What we Know and Don’t Know (And Think We Know) About Our Allegedly Contentious and Litigious Society*, 31 *Ucla L. Rev.* 4, 57-59, 1983 (escassez de advogados no Japão devido à limitação no número de advogados admitidos para a prática, mais do que a não litigiosidade).

²¹³ 347 U.S. 483 (1954); 349 U.S. 294 (1955).

Capítulo VI

A HISTÓRIA DE UMA IDEIA

“*Contra o Acordo*” foi publicado em maio de 1984. Ao longo dos vinte e cinco anos que se seguiram, tornou-se um dos cem artigos mais citados na história da academia jurídica (Fred Shapiro e Michele Pearse, “*The Most-Cited Law Review Articles of All Time*,” 110 *Michigan Law Review* 1483 (2012)). Foi classificado na frente inclusive de dois outros artigos meus que também se encontram nessa lista, o “*As Formas da Justiça*” e “*Objetividade e Interpretação*”. Ambos foram peças essenciais na construção do “*Contra o Acordo*” e também se encontram inseridas nesta obra (Capítulo I e Capítulo X, respectivamente).

Contudo, não se deve construir qualquer mito ao redor do impacto do “*Contra o Acordo*”. Na realidade, o mundo, em si, moveu-se em outra direção. Naquele artigo, eu protestei contra acordos negociados, *consent decrees*²¹⁴ e ADR (*Alternative Dispute Resolution* – Solução Alternativa de Disputas) em geral e tentei explicar porque essas práticas não podem ser vistas como substitutas da adjudicação, porém elas estão se tornando cada vez mais enraizadas e difundidas nos Estados Unidos. Na realidade, a ADR vem se espalhando a toda velocidade em outros países que, também, desencantados com suas formas de adjudicação e em confronto com os ônus da sociedade massificada, decidiram que a justiça é um luxo que eles não conseguem mais bancar. Nesse cenário, “*Contra o Acordo*” tornou-se um verdadeiro apelo à consciência. O periódico *Fordham Law Review* reconheceu isso e, em 03 de abril de 2009, realizou um simpósio para celebrar os vinte e cinco anos da publicação desse artigo. Seus editores convidaram um grupo de distintos comentadores e críticos, especialmente críticos, para participar do simpósio. Dentre os críticos estavam ex-alunos queridos e importantes figuras do mundo jurídico, notadamente Kenneth Feinberg e o Juiz Jack Weinstein. O Juiz Weinstein adquiriu grande

²¹⁴ *Consent decrees*, no sentido aproximado de decisões de consenso, indicando o acordo entre as partes, sem admissão de culpa, para pôr fim a um processo.