

acadêmica  
**LIVRE**

**POR QUE  
“QUEM TEM”  
SAI NA  
FRENTE**

***Marc Galanter***

*Organização e tradução:*  
**Ana Carolina Chasin**

 **FGV DIREITO SP**

**LIVRE** *para*

*pensar*

*ler*

*copiar*

*partilhar*

A Coleção Acadêmica Livre publica obras de livre acesso em formato digital. Nossos livros abordam o universo jurídico e temas transversais por meio de diferentes enfoques. Podem ser copiados, compartilhados, citados e divulgados livremente para fins não comerciais. A coleção é uma iniciativa da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas (FGV DIREITO SP).

Esta obra foi avaliada e aprovada pelos membros do Conselho Editorial da coleção.

**Conselho Editorial**

Flavia Portella Püschel (*FGV DIREITO SP*)

Gustavo Ferreira Santos (*UFPE*)

Marcos Severino Nobre (*Unicamp*)

Marcus Faro de Castro (*UnB*)

Violeta Refkalefsky Loureiro (*UFPA*)



**POR QUE  
"QUEM TEM"  
SAI NA  
FRENTE:**

ESPECULAÇÕES  
SOBRE OS  
LIMITES DA  
TRANSFORMAÇÃO  
NO DIREITO

***Marc Galanter***

*Organização e tradução:  
**Ana Carolina Chasin***

Os livros da Coleção Acadêmica Livre podem ser copiados e compartilhados por meios eletrônicos; podem ser citados em outras obras, aulas, *sites*, apresentações, blogues, redes sociais etc., desde que mencionadas a fonte e a autoria. Podem ser reproduzidos em meio físico, no todo ou em parte, desde que para fins não comerciais.

A Coleção Acadêmica Livre adota a licença Creative Commons - Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional, exceto onde estiver expresso de outro modo.

**Editora-chefe**

Catarina Helena Cortada Barbieri

**Edição**

Bruno Bortoli Brigatto e Lyvia Felix

**Preparação de originais**

Hugo Maciel de Carvalho

**Revisão**

ReviseReveja

**Capa, projeto gráfico e editoração**

Ultravioleta Design

**Imagem da capa**

Ultravioleta Design

**Ficha catalográfica elaborada por: Cristiane de Oliveira CRB SP-008061/O**

**Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas – SP**

Galanter, Marc, 1941- .

Por que "quem tem" sai na frente [recurso eletrônico] : especulações sobre os limites da transformação no direito / Marc Galanter ; organizadora e tradutora, Ana Carolina Chasin. – São Paulo : FGV Direito SP, 2018.

150 p. – (Coleção acadêmica livre)

ISBN: 978-85-64678-34-7

1. Organização judiciária. 2. Justiça. 3. Igualdade perante a lei. I. Chasin, Ana Carolina. II. Fundação Getulio Vargas. III. Título.

CDU 342.722

PUBLICADO EM DEZEMBRO DE 2018

**FGV DIREITO SP****Coordenadoria de Publicações**

Rua Rocha, 233, 11º andar

Bela Vista – São Paulo – SP

CEP: 01330-000

Tel.: (11) 3799-2172

E-mail: [publicacoes.direitosp@fgv.br](mailto:publicacoes.direitosp@fgv.br)

## NOTA À EDIÇÃO BRASILEIRA

**E**ste livro apresenta a tradução ao português de “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, artigo de autoria de Marc Galanter publicado na *Law and Society Review* (em 1974), bem como uma Introdução escrita pelo próprio autor especialmente para sua publicação no Brasil e na França (pela revista *Droit et Société*). Com muita satisfação, divulgamos esses dois ensaios devidamente apresentados pelo prefácio de Boaventura de Sousa Santos<sup>1</sup>.

Uma das referências mais importantes da literatura sociojurídica norte-americana, *Por que “quem tem” sai na frente* foi responsável por incentivar toda uma tradição de pesquisa visando destrinchar os mais distintos mecanismos de reprodução, no sistema judicial, de desigualdades sociais. Em 1998, antecipando a comemoração dos 25 anos de sua publicação, o Institute for Legal Studies [Instituto de Estudos Jurídicos] da Universidade de Wisconsin organizou o simpósio *Do the Haves Still Come Out Ahead?* [Quem tem ainda sai na frente?], em que diversos trabalhos debateram a atualidade e as condições de aplicação do esquema analítico formulado por Marc Galanter em diferentes áreas do direito<sup>2</sup>.

Passados mais de quarenta anos da publicação original, *Por que “quem tem” sai na frente* continua sendo um dos textos mais acessados na *Law and Society Review*, além de ser o mais citado de toda a história da revista. Foi traduzido para diversos idiomas (francês, chinês, espanhol, holandês

<sup>1</sup> Gostaria de deixar registrado meu agradecimento a Carlos Alberto de Salles, pelo incentivo à tradução e pela generosidade em compartilhar comigo a versão elaborada conjuntamente com seus alunos. Agradeço também à Acadêmica Livre, na pessoa de Catarina Helena Cortada Barbieri, pela prontidão com que encampou a iniciativa, possibilitando a sua efetiva concretização.

<sup>2</sup> Os artigos desse simpósio foram posteriormente publicados na seguinte coletânea: KRITZER, Hebert; SILBEY, Susan (eds.) (2003). *In Litigation: Do the “Haves” Still Come Out Ahead?* Stanford, CA: Stanford University Press. A pedido do autor, a versão adotada pela tradução foi justamente a republicada nesse livro.

e italiano). Em 2014, ganhou nova edição em livro nos Estados Unidos — integrando a coleção *Classics of Law and Society* —, mas dessa vez já incorporando a Introdução<sup>3</sup>.

Seu sucesso talvez possa ser atribuído ao fato de Marc Galanter ter conseguido elaborar uma tipologia tão convincente que pode ser utilizada, em qualquer área do direito, como parâmetro para o estudo de partes em disputa. O modelo foi construído a partir dos resultados de inúmeras pesquisas empíricas realizadas antes de sua redação (e que são mencionadas no texto principalmente nas notas de rodapé) e continua valendo para qualquer investigação que leve em conta a assimetria de partes que ocupam posições diferentes em uma disputa judicial.

A tipologia apresentada pelo autor é tão bem-construída que transborda, inclusive, as fronteiras do universo jurídico. O texto menciona sua aplicabilidade para o estudo de “ambientes regulatórios e legislativos”, mas não é difícil projetá-la em áreas completamente alheias ao mundo do direito, como a da educação ou do acesso à cultura, por exemplo. Esse caráter generalizante do modelo analítico proposto pelo autor foi tomado como parâmetro na escolha dos termos adotados ao longo do texto.

A tradução optou, assim, por utilizar termos equivalentes, ou seja, sem uma conotação eminentemente técnica ou interna ao direito. A escolha de expressões que refletissem o sentido de *repeat player* [“jogador que se repete”] e *one-shooter* [“atirador de um só disparo”] foi especialmente difícil, pois esses termos já haviam sido difundidos em português como “litigantes habituais” e “litigantes eventuais”. A utilização do termo “litigante”, no entanto, pareceu inapropriada, pois, além de sua restrição ao universo jurídico, retira a acepção coloquial que as expressões originais carregam. Para manter esse sentido e, ao mesmo tempo, dialogar com o uso que já se faz dos termos correntes, a tradução optou por substituir, na versão das expressões, “litigante” por outro substantivo, mas por conservar os adjetivos. Assim, para o primeiro caso, optou-se pelo substantivo

<sup>3</sup> GALANTER, Marc. *Why the Haves Come Out Ahead: The Classic Essay and New Observations*. New Orleans: Quid Pro Books, 2014 (Classic of Law and Society).

“jogador”, que supõe alguém já inteirado com as regras. No segundo, utiliza-se o termo “participante”, que, por não remeter necessariamente a essa familiaridade, se ajusta melhor à posição do *one-shooter*.

Talvez cause estranhamento o modo pelo qual as notas de rodapé estão dispostas. Optou-se pela manutenção de sua formatação original e da apresentação simultânea ao corpo do texto. Essa escolha não foi casual. Conforme assinalado anteriormente, as notas mobilizam um volumoso manancial de pesquisas empíricas que servem como suporte para a formulação da tipologia desenvolvida ao longo do ensaio e, por isso, não desempenham uma função secundária. Elas introduzem uma pluralidade de vozes que dão vida à armação conceitual e permitem, assim, a demonstração cabal do argumento do texto.

Estas, assim como outras opções de tradução (justificadas em notas ao longo do texto), foram discutidas com o próprio autor, geralmente por e-mail, mas por vezes pessoalmente. Deixo aqui registrado meu profundo agradecimento a Marc Galanter por ter me proporcionado o imenso prazer do convívio que tivemos.

**Ana Carolina Chasin**





## PREFÁCIO

*Boaventura de Sousa Santos*

**T**enho uma relação muito especial e muito pessoal com este texto que em boa hora é oferecido às leitoras e aos leitores de língua portuguesa. Quando Marc Galanter o escreveu, partilhávamos a mesma universidade, a Universidade de Yale, a mesma faculdade, a Faculdade de Direito, e o mesmo programa, o Programa em Direito e Modernização, coordenado pelo nosso comum amigo e colega, David Trubek. Marc era investigador (*fellow*) nesse programa e eu era estudante de doutoramento. Eu tinha chegado em meados de 1969 aos EUA, depois de lecionar vários anos na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e de, durante quase dois anos, ter estudado na Alemanha (então Alemanha Ocidental), primeiro em Berlim Ocidental, na Universidade Livre, e depois em Freiburg im Breisgau, no Max Planck Institut. A passagem de Portugal para os EUA naquela época não poderia ser mais deslumbrante e exigente: de um país ainda dominado pela ditadura fascista para um país convulsionado pela luta contra a guerra no Vietnã — que então atingia o auge —, pelo triunfo do poderoso movimento afrodescendente pelos direitos cívicos e pela emergência do movimento estudantil, que, no ano anterior, tinha abalado a França e a Alemanha e que se alastraria por muitos outros países, tendo assumido no México uma notoriedade particular.

O fervilhar social e político da sociedade norte-americana não podia deixar de penetrar nas grossas paredes da Universidade de Yale, mesmo nas da faculdade aparentemente mais resistente à mudança, a Faculdade de Direito. Num texto que escrevi anos depois sobre esse tempo em Yale, dei conta da efervescência que então se vivia (Santos, 1995). Era um tempo de debate político constante e de questionamento profundo das verdades até então tidas como irrefutáveis, como, por exemplo: a autonomia do direito; a impossibilidade de tratar o direito como um fenómeno social entre outros; o monopólio do Estado na produção do direito etc. O polo agregador desses debates era o Programa em Direito e Modernização. Presidia

aos debates uma perspectiva para mim então totalmente nova, uma concepção do direito enquanto simultaneamente produto e produtor de relações sociais, culturais e políticas, ou seja, a sociologia do direito em que me viria a especializar. O programa era internamente muito diverso. Em geral, todos os participantes tinham interesse ou experiência em estudos sociojurídicos fora dos EUA (na Índia, Marc Galanter; na África Oriental, Richard Abel; no Brasil, David Trubek e eu próprio; no México, Laura Nader), mas, enquanto alguns queriam se dedicar agora ao estudo do direito e das instituições jurídicas dos EUA, outros prosseguiram os seus estudos noutras regiões do mundo. Por outro lado, enquanto alguns se centravam no estudo do direito oficial e nas instituições jurídicas estatais (Marc, neste estudo), outros investigavam o direito não oficial, as formas de resolução normativamente fundada de conflitos à margem do Estado, no seio de comunidades rurais ou urbanas, o que então se começava a chamar “pluralismo jurídico”. Neste último grupo, me incluí eu, com o meu estudo sobre o direito das favelas do Rio, um estudo de que só foram publicados pequenos fragmentos em português<sup>1</sup>.

No plano político, podemos dizer que todos os participantes do programa eram progressistas, com o coração do lado da justiça social, muitas vezes com fortes doses de idealismo. Eu tinha grandes reservas políticas em relação ao programa no que respeitava aos seus projetos nos “países em desenvolvimento”, como então se lhes chamava, e tais reservas ficaram expressas no texto que mencionei acima. Era sobretudo crítico do modo como o “Direito e Modernização” parecia conviver em paz com a ditadura brasileira, o que me levava a suspeitar da lógica do seu financiamento. No que respeita à análise do direito norte-americano, havia duas correntes, a otimista, que punha grandes esperanças no uso do direito para a transformação social, e a pessimista.

Foi no enfrentamento entre essas duas posições que o texto de Marc Galanter, que agora vos apresento, assumiu uma enorme importância. Como

<sup>1</sup> Quarenta anos depois, foi publicada uma versão maior, ainda que não integral (Santos, 2014).

“mero” estudante de doutoramento, eu não estava a par das dificuldades que Marc enfrentou para publicar o texto, mas lembro muito bem da importância que teve para nós e dos debates que sobre ele tivemos e do modo como nos marcou a todos. Foi um texto decisivo pela lucidez do argumento, pelo esclarecido realismo que manifestava, pela leitura complexa de uma realidade social que poderia resistir ao nosso voluntarismo para muito além do que podíamos então imaginar. E talvez o mais notável do texto foi o não assentar o seu argumento em declarações ideológicas ou em grandiosas visões críticas do capitalismo, tanto ao nosso gosto na altura. Baseava-se tão só numa análise das relações desiguais de poder sociojurídico no desenrolar concreto dos litígios e no funcionamento normal da administração da justiça. Era, enfim, um texto que mostrava bem todas as potencialidades do novo campo científico emergente, a sociologia do direito.

Contudo, o mais importante deste texto foi ter mantido, ao longo de mais de quarenta anos, uma atualidade extraordinária. Penso, aliás, que à medida que o Consenso de Washington transformou o neoliberalismo em ortodoxia global e as sociedades contemporâneas se foram tornando mais desiguais e injustas, este texto redobrou de importância. Em hora muito oportuna as leitoras e os leitores de língua portuguesa vão ter acesso a ele.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- : SANTOS, Boaventura de Sousa (1995). “Relationships among Perceptions that We Call Identity: Doing Research in Rios’s Squatter Settlements”. In: \_\_\_\_\_. *Toward a New Common Sense: Law Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. New York: Routledge.
- : \_\_\_\_\_. (2014). *Direitos dos oprimidos*. São Paulo: Cortez. (Coleção Sociologia Crítica do Direito, v. 1).



# POR QUE "QUEM TEM" SAI NA FRENTE: ESPECULAÇÕES SOBRE OS LIMITES DA TRANSFORMAÇÃO NO DIREITO

## SUMÁRIO

|                                                |     |
|------------------------------------------------|-----|
| <b>INTRODUÇÃO</b>                              | 15  |
| <b>NOTA</b>                                    | 41  |
| <b>POR QUE "QUEM TEM" SAI NA FRENTE</b>        | 43  |
| <b>1   UMA TIPOLOGIA DAS PARTES</b>            | 45  |
| <i>Digressão sobre a disposição ao litígio</i> | 56  |
| 1.1   QUADRO I: PE VS. PE                      | 62  |
| 1.2   QUADRO II: JH VS. PE                     | 63  |
| 1.3   QUADRO III: PE VS. JH                    | 66  |
| 1.4   QUADRO IV: JH VS. JH                     | 67  |
| <b>2   ADVOGADOS</b>                           | 71  |
| <b>3   APARATOS INSTITUCIONAIS</b>             | 80  |
| <b>4   REGRAS</b>                              | 86  |
| <b>5   ALTERNATIVAS AO SISTEMA OFICIAL</b>     | 89  |
| <b>6   ESTRATÉGIAS PARA REFORMA</b>            | 105 |
| 6.1   MUDANÇA DE REGRAS                        | 105 |
| 6.2   INCREMENTO NOS APARATOS INSTITUCIONAIS   | 112 |
| 6.3   INCREMENTO NOS SERVIÇOS JURÍDICOS        | 114 |
| 6.4   REORGANIZAÇÃO DAS PARTES                 | 115 |

|                                                              |     |
|--------------------------------------------------------------|-----|
| 7   <b>REFORMAS E O RESTO DO <i>ICEBERG</i></b>              | 119 |
| 8   <b>IMPLICAÇÕES PARA A REFORMA: O PAPEL DOS ADVOGADOS</b> | 126 |

# INTRODUÇÃO

## A ASCENDÊNCIA DE “QUEM TEM”<sup>1</sup>

Marc Galanter

*O espírito universal das Leis, em todos os países, favorece o forte em oposição ao fraco e ajuda aqueles que têm posses em contraposição aos que não têm. Essa inconveniência é inevitável e sem exceção.*

Jean Jacques Rousseau (1763, p. 200)

### UMA NOVA ERA

*Por que “quem tem” sai na frente* foi escrito em outra era<sup>2</sup>. Seu núcleo foi redigido no outono de 1970, quando eu era um bolsista do Programa —

- <sup>1</sup> Esbocei essa introdução livremente a partir de minhas anotações tanto para a conferência “Do the ‘Haves’ Still Come Out Ahead?” [‘Quem tem’ ainda sai na frente?], realizada no Institute for Legal Studies [Instituto de Estudos Jurídicos] da Universidade de Wisconsin para marcar o 25º aniversário do texto “Por que ‘quem tem’ sai na frente”, em 1 e 2 de maio de 1998, quanto para minha resposta a uma coletânea mais recente sobre meu trabalho. Estou em dívida com meu colega Stewart Macaulay por me atualizar em um número expressivo de desenvolvimentos, com Paulo Eduardo Alves da Silva, pelos comentários decisivos, com Carlos Alberto de Salles, por suas contribuições a esse projeto e, especialmente, com Ana Carolina Chasin, por sua iniciativa e energia em conduzi-lo a uma conclusão frutífera.
- <sup>2</sup> O termo coloquial *have-nots* [quem não tem], que se refere àqueles carentes de riqueza e/ou outras vantagens, sempre me foi familiar. Não me lembro de ter encontrado o termo menos familiar *haves* [quem tem], que parece ser uma inversão do *have-nots*, antes que ele se apresentasse ao longo da escrita desse texto. Mas parece que o professor Karl Llewellyn o utilizou no longínquo ano de 1930. Em suas famosas aulas introdutórias aos estudantes de direito, ele falou:



notoriamente produtivo, porém de curta duração — em Direito e Modernização da Faculdade de Direito de Yale. Isso foi antes da ascensão do Law and Economics [Direito e Economia], antes da emergência do Critical Legal Studies [Estudos Jurídicos Críticos] e de seus seguidores, antes da beatificação da resolução alternativa de disputas e antes da intensa exposição do mundo jurídico pelo jornalismo, pela academia e pela Internet<sup>3</sup>.

*Por que “quem tem” sai na frente* foi concebido em uma era cheia de esperanças, que viu o triunfo dos movimentos pelos direitos civis, a proliferação da advocacia de interesse público e de muitas iniciativas para o acesso à justiça. Era o momento auge da afirmação dos serviços jurídicos em favor dos pobres<sup>4</sup>, a época da California Rural Legal Assistance [Assessoria

“é claro que a atividade dos advogados mais habilitados estará ao lado dos *haves*, e não dos *have-nots* [...]. Enquanto em teoria as disputas jurídicas podem ser iguais, o homem com mais dinheiro, que pode contratar o melhor, o mais habilidoso dos advogados, tem sua vantagem e isso virá à tona em seu devido momento” (Llewellyn, 1930, pp. 144-5).

Llewellyn não foi o primeiro: o *Oxford English Dictionary* localiza a primeira ocorrência do termo em 1836.

- 3 Isso também foi antes da institucionalização dos estudos em Law and Society [Direito e Sociedade]. A Law and Society Association, fundada em 1964, foi, em um primeiro momento, basicamente um grupo de apoio dedicado à publicação da *Law and Society Review* (que, em 1970, se encontrava no volume 5); seu primeiro encontro nacional ocorreu em 1975. [Os três movimentos citados têm em comum uma abordagem do direito alternativa à tradicional. Tanto o Law and Economics quanto o Law and Society, que propõem perspectivas interdisciplinares na análise do universo jurídico, foram bem-sucedidos em se institucionalizar como programas em várias faculdades e centros de pesquisas norte-americanos. Já o Critical Legal Studies, um movimento que acentuava a dimensão dominante do direito, não se institucionalizou desse modo, embora seus temas e linhas de pesquisa tenham tido continuidade entre seus seguidores. (N. T).]
- 4 A “guerra contra a pobreza” lançada pelo Presidente Lyndon Johnson em 1965 era administrada pelo Office of Economic Opportunity [Escritório de Oportunidade Econômica]. Esse gabinete estabeleceu um programa de serviços jurídicos vigorosos e proativos, que contrastavam com a tradicional “assistência jurídica” (Johnson, 1974). A Legal

Jurídica Rural da Califórnia]<sup>5</sup> e dos “seguidores de Nader”<sup>6</sup>. O número de mulheres cursando Direito havia aumentado drasticamente<sup>7</sup>. Embora advogados já estabelecidos considerassem essa fermentação preocupante, era um momento emocionante para aqueles que desejavam ardentemente transformar o direito, de suporte ao *status quo* e instrumento de opressão, em uma ferramenta de libertação<sup>8</sup>. O mundo parecia estar se abrindo. Estimula-

Services Corporation [Corporação de Serviços Jurídicos], organismo semigovernamental que fiscaliza os serviços jurídicos prestados aos pobres que contam com financiamento federal, descende desse programa.

- 5 Trata-se de um programa de serviços jurídicos financiado pelo governo federal dos EUA, fundado em 1965, que alcançou sucesso notável na advocacia ofensiva para os trabalhadores rurais migrantes e engendrou oposição implacável do então governador da Califórnia, Ronald Reagan, entre outros.
- 6 Ralph Nader, um dedicado ativista em prol dos consumidores, adquiriu proeminência nacional em 1963, quando revelou que a General Motors Corporation havia contratado detetives privados para descredibilizá-lo, o que desencadeou audiências em uma comissão congressional e um processo judicial bem-sucedido de invasão de propriedade. Os ganhos desse processo foram utilizados no financiamento de campanhas voltadas à exposição das deficiências da regulação administrativa, campanhas estas que envolveram grupos de estudantes apelidados de “seguidores de Nader”. Após décadas de advocacia criativa e persistente em favor dos consumidores, Nader concorreu diversas vezes à Presidência dos EUA, sem sucesso. Como candidato do Partido Verde à Presidência em 2000, ele inadvertidamente auxiliou George Bush (com a ajuda da Suprema Corte dos Estados Unidos) a arrancar a presidência de Al Gore, que havia recebido a maioria da votação popular.
- 7 O registro de estudantes mulheres nas escolas de direito reconhecidas pela American Bar Association [Associação dos Advogados dos Estados Unidos] aumentou de 1.364 (3,1%) em 1950 e 1.429 (3,5%) em 1960, para 8.914 (9,4%) em 1971, quando o texto *Por que “quem tem” sai na frente* foi publicado (Abel, 1989, p. 285).
- 8 Como visitante na Faculdade de Direito de Yale, eu recebi um exemplar gratuito do número 6 do volume 79 do *Yale Law Journal*, em 1970, que incluía os artigos “Power to People or the Profession?” [Poder para as pessoas ou para a profissão?], de Edgar e Jean Cahn; “Practicing Law for Poor People” [Exercendo advocacia para os pobres], de Stephen

lados por advogados dedicados que inventavam argumentos para mostrar aos juízes como eles poderiam dismantlar estruturas opressivas e encontrar novos caminhos em direção à justiça substantiva, magistrados entusiastas como J. Skelly Wright e Frank Johnson lideravam a caminhada.

Eu era praticamente um novato no direito norte-americano. Desde minha titulação em Direito, catorze anos antes, eu estivera ocupado com minha pesquisa sobre o direito na Índia e com o ensino de cursos gerais de Ciências Sociais na Universidade de Chicago<sup>9</sup>. Quando cheguei em Yale em 1970, era a primeira vez em muitos anos que eu tomava contato com uma faculdade de direito norte-americana.

Nesse momento, o sistema jurídico que eu conhecia melhor era o da Índia. No final dos anos de 1960, eu tinha redescoberto o direito dos Estados Unidos da América (EUA) e me conectado com o nascente movimento *Law and Society*. Havia voltado minhas aulas para essa direção e ansiosamente consumido tudo o que adotasse uma orientação das ciências sociais sobre o estudo do sistema jurídico norte-americano. A prateleira de *Law and Society* não estava vazia, mas era bastante fina se comparada aos tempos mais recentes<sup>10</sup>. O alicerce real de *Por que “quem tem” sai na frente*, no entanto, foi meu trabalho sobre a Índia, particularmente minha análise acerca da Lei de Ofensas da Intocabilidade (de 1955), o estatuto indiano dos direitos civis (Galanter, 1969). A Índia não é mencionada no texto, nem me lembro de pensar sobre ela enquanto o escrevia. Examinar

Wexler; o levantamento de 90 páginas “The New Public Interest Lawyers” [Os novos advogados de interesse público]; além das avaliações de “Legal Theory and Legal Education” [Teoria e educação jurídica] e “Legal Ethics and Professionalism” [Ética jurídica e profissionalismo]. Tais textos foram elaborados à luz da “recente chamada para que a profissão e a educação jurídica se dedicassem a valores tais como o interesse público e a justiça social”.

- <sup>9</sup> Sobre o reaproveitamento da mentalidade do currículo de ciências sociais de Chicago no *Law and Society*, ver Galanter (1992).
- <sup>10</sup> Entre os trabalhos pioneiros, estão Carlin (1962, 1966), Kalven e Zeisel (1966), Macaulay (1966), Skolnick (1966), Dolbeare (1967), Wilson (1968), Babcock (1969) e Ross (1970).

minuciosamente as realizações e as limitações do ataque indiano à prática da intocabilidade tinha, no entanto, afiado a perspectiva que informava minha nova atenção aos EUA. Ao olhar para os EUA a partir das lentes da minha experiência indiana, parecia evidente que as regras eram apenas um aspecto da realidade jurídica e a afirmação de novas regras somente uma parte pequena da mudança legal.

O texto começa com o conceito familiar de “homem de Marte”. Se não um autêntico marciano, eu era genuinamente um estranho ao sistema jurídico dos EUA, dado meu relativo distanciamento e desconhecimento de seus detalhes. O artigo foi uma provocação ao triunfalismo judicial, que era o senso comum entre a ala progressista da academia, o que pode ajudar a entender a enorme dificuldade para publicá-lo<sup>11</sup>. De fato, ele pretendia demonstrar que, ao ser examinado de baixo para cima, os EUA revelavam de forma sutil muitas das contradições que fizeram grandes programas de reforma produzir resultados basicamente simbólicos. No cenário indiano, essas contradições eram escancaradamente evidentes para um *outsider* que se beneficiava da não devoção aos mitos prevaletentes. Minha pas-

<sup>11</sup> O artigo foi rejeitado por algo em torno de uma dúzia de revistas jurídicas e também por algumas de ciência política. No meio dos anos 1980, encontrei um proeminente *scholar* que me contou de modo apreciativo que todos os anos indicava o artigo para seus alunos. Ele não acreditou quando eu o lembrei que, como editor de uma renomada revista de direito, ele o havia rejeitado. A maior parte das rejeições em publicações de direito é superficial, mas esta em especial foi memorável porque apresentara os motivos: o artigo era “fascinante e bem-escrito”, mas ele negava “o que podemos observar” sobre um sistema jurídico em que *quem não tem* “cada vez mais tem olhado para os tribunais para a proteção e articulação de seus objetivos”. Eu estava prestes a assumir o cargo de editor da *Law and Society Review*. Embora eu preferisse que o artigo aparecesse independentemente da minha editoria, eu sabia que essa revista seria um bom lugar para ele e conjecturava como eu poderia incluí-lo. Meu amigo e então diretor da faculdade, Richard Schwartz, resolveu o quebra-cabeças sugerindo que eu chamasse um editor-convidado para organizar um simpósio dentro do qual o artigo se encaixasse. O simpósio sobre litigância e processamento de disputas que resultou daí (*Law and Society Review*, volume 9, números 1 e 2) acabou sendo um divisor de águas, influente para pesquisas que focavam essa área.

sagem pela Índia foi também um movimento para fora da perspectiva e dos pressupostos do meu treinamento jurídico norte-americano, pois me revelou que regras eram apenas a superfície da realidade jurídica<sup>12</sup>. Escrever *Por que “quem tem” sai na frente* foi também a jornada de volta dessa “viagem ao Oriente”, um retorno facilitado enormemente pela presença da nova literatura dos estudos sobre *Law and Society*<sup>13</sup>. Descobri minhas intuições sobre a Índia refletidas, aumentadas e refinadas pela pesquisa pioneira de observação das instituições jurídicas norte-americanas, especialmente nos trabalhos de Stewart Macaulay, Lawrence Friedman, Joel Handler e H. Lawrence Ross, que abordavam os apuros e estratégias dos litigantes a partir de um enfoque de baixo para cima.

Eu saí dessa colisão entre as experiências indiana e norte-americana com a permanente convicção de que, não obstante a aspiração (e pretensão) da lei à neutralidade e ao tratamento igualitário, nunca podemos escapar da individualidade e dos recursos das partes. Como Lynn LoPucki e Walter Weyrauch (2000, p. 1.472) nitidamente colocaram muitos anos depois: “[...] predizer os resultados de um caso a partir dos fatos e da lei não é mais plausível do que predizer os resultados de um jogo de xadrez a partir das posições das peças e das regras do jogo. Nos dois casos, é preciso saber quem está jogando.”

Embora a surpresa tenha sido extenuada, ainda me sinto imensamente recompensado por minha tentativa de formular isso ter sido considerada criteriosa e provocativa por diversas gerações de *scholars* e atores jurídicos<sup>14</sup>. Uma revisão da literatura publicada em 2003 sintetiza centenas de

<sup>12</sup> Minha autodramatização aqui se apoia na velha tradição de utilizar a partida do familiar como um pré-requisito para penetrar além da superfície dos lugares comuns. Enxergar a Índia através dos olhos norte-americanos se tornou a base para o reexame do direito norte-americano com olhos informados pela experiência indiana.

<sup>13</sup> O trecho faz alusão aos livros *Passagem para Índia*, de Edward Morgan Foster, e *Viagem ao Oriente*, de Herman Hesse. (N. T.)

<sup>14</sup> Artigos produzidos para o simpósio realizado no 25º aniversário do artigo foram publicados em 1999, no número 4 do volume 33 da *Law & Society Review*. Em Kritzer e

seus “variados e abundantes progenitores” (Glenn, 2003). E, no que com certeza é uma virada irônica, *Por que “quem tem” sai na frente* foi incluído em 2006 no volume intitulado *The Canon of American Legal Thought* [O cânone do pensamento jurídico norte-americano], onde está acompanhado de referências adicionais e de uma introdução que destaca seu lugar no desenvolvimento do pensamento jurídico norte-americano do século XX (Kennedy e Fisher III, 2006).

### **A GUINADA CONTRA O DIREITO**

A arrebatadora fé no direito que *Por que “quem tem” sai na frente* questionou foi logo atacada por forças bem diferentes. A partir de meados da década de 1970, importantes setores das elites norte-americanas, incluindo o *establishment* jurídico, foram tomados por um senso de excesso. Ao invés de “muito pouca justiça”, o que os aborrecia e incomodava era “muito direito” (Galanter, 1994). Se esse “afastamento do direito” (Trubek, 1984) teve início com juízes e advogados proeminentes<sup>15</sup>, ele foi logo apropriado por elites empresariais e políticas, que estavam ofendidas e afrontadas com a redução

Silbey (2003), o artigo vem acompanhado de uma coleção de estudos relacionados. Ele foi apontado como o 13º artigo de revista jurídica mais citado em todos os tempos (Shapiro, 1996, p. 751). Foi traduzido para italiano, alemão, espanhol e chinês. E também foi citado em uma quantidade expressiva de opiniões judiciais.

- <sup>15</sup> Um importante marco desse recuo do *establishment* jurídico foi a Conferência de Pound de 1976, organizada pelo juiz Warren Burger (Levin e Wheeler, 1979). Um momento progressivo, emblemático dessa virada contra a expansão da justiça para os cidadãos comuns, foi um “Memorando confidencial” preparado, a convite do presidente do Comitê Educacional da Câmara de Comércio dos EUA, por Lewis Powell, então um advogado privado, mas que em breve se tornaria ministro da Suprema Corte. Powell devotou-se a uma investida amplamente fundamentada e consistente a favor do sistema de livre-iniciativa, que ganhava força e adeptos. Ele lamentou a impotência empresarial em arenas políticas e sua omissão em fóruns intelectuais e acadêmicos, aconselhando a Câmara a: preparar uma agressiva campanha de intervenção para apoio da livre-iniciativa nos domínios intelectual, acadêmico e judicial; cultivar e auxiliar estudiosos que nela acreditassem; criticar livros didáticos; promover um fluxo contínuo entre academia e

das imunidades e brechas que o sistema sempre lhes proporcionara, e que agora se percebiam como alvo de uma nova e onerosa *accountability*. O recuo por parte dos administradores e autoridades públicas contra o aumento da *accountability* e de reparações para “quem não tem” foi um importante componente do movimento de desregulação e reformulação do sistema de indenizações [*tort reform*]<sup>16</sup> (Galanter, 2002). Embora a retórica seja frequentemente generalizante, acusando todos os advogados e o sistema jurídico, as propostas que emergiram desse recuo foram um tanto padronizadas: os traços do sistema sob ataque eram a assistência jurídica para os pobres, os honorários contingentes<sup>17</sup>, as “regras norte-americanas” sobre custos (isto é, nenhum “perdedor paga”)<sup>18</sup>, os “advogados de contencioso” [*trial*

publicações populares; e intervir ante o Judiciário. Esse documento prenuncia o desenvolvimento de *think tanks*, institutos e fundações da nova direita; o aumento dos gastos empresariais com política; e, a partir da proteção da liberdade expressão, o estímulo judicial a doações corporativas para campanhas (Powell, 1971). A campanha defendida por Powell havia sido facilitada pela intensa politização das nomeações judiciais. A literatura é vasta. De início, ver Goldman et al. (2005) e Sunstein, Schkade e Ellman (2004).

- 16** Referência à campanha, sustentada por interesses empresariais — por vezes associados aos de outros potenciais acusados em casos de danos (tais como médicos) —, que, por meio da modificação de diversas leis e da imposição de limites para as indenizações, tornou a reparação civil mais difícil. (N. T.)
- 17** Trata-se de um acordo por meio do qual o cliente paga com uma porcentagem específica do valor recuperado, sendo que nenhum pagamento é realizado nos casos em que perde. Sobre as vantagens e desvantagens dos honorários contingentes, ver Galanter (1997).
- 18** Como prática generalizada, os tribunais dos EUA seguem a assim chamada “regra norte-americana” sobre os custos: o lado perdedor da litigância não é obrigado a pagar os gastos processuais do vencedor. Isso contrasta com a “regra inglesa” do “perdedor paga” (frequentemente resumida na não muito clara máxima “os custos acompanham o caso”), em que pelo menos uma parte dos custos do vencedor é cobrada do perdedor. A lei norte-americana, no entanto, contém provisões legislativas de tipos específicos de casos em que um autor vencedor pode cobrar seus gastos, enquanto um acusado vencedor não pode fazê-lo. Isso é conhecido como “esquema da taxa de mão única”.

*lawyers*]<sup>19</sup>, as ações coletivas, os danos punitivos, as recompensas por dor e sofrimento, e o júri civil. Por trinta anos, temos assistido a uma enxurrada de ataques às regras e dispositivos que dariam algum poder a “quem não tem”, enquanto a capacidade dos atores corporativos para utilizar o sistema jurídico não foi afetada.

Essa campanha (na realidade, um conjunto de discretas, mas sobrepostas, campanhas) obteve considerável sucesso. Por exemplo, ela foi bem-sucedida — com o suporte entusiasta da Suprema Corte dos EUA — em institucionalizar o uso de cláusulas de arbitragem (inclusive aquelas escondidas em contratos de adesão) para frustrar a proteção legislativa e judicial de consumidores (Macaulay, 2004; Preston e McCann, 2012). A procura por fóruns “alternativos” baratos e acessíveis que emergiu do movimento de acesso à justiça se transformou num roteiro para limitar esse acesso<sup>20</sup>.

A expansão dos direitos e a expectativa elevada de proteção e reparação — agora sob prolongado ataque — é uma das principais tendências do desenvolvimento jurídico no século XX (Friedman, 1975; Galanter, 2011). Outra tendência, igualmente importante, porém menos visível, é o recuo contra o direito: a crescente corporativização da vida jurídica e a legalização da vida organizacional (Edelman e Suchman, 1999). Cada vez mais, os atores jurídicos que desempenham a função de jogadores habituais são as organizações (sociedades, associações e organismos governamentais).

<sup>19</sup> Embora o termo literalmente incluía advogados para autor e acusado, no uso corrente norte-americano a expressão “advogados de contencioso” se refere usualmente a profissionais especializados em representar a parte autora em danos pessoais e outros tipos de casos em que há tipicamente acordo por honorários contingentes. O sucesso da campanha para demonizar esse tipo de profissional como o vilão da explosão da litigância pode ser aferido pela mudança de nome que a associação dos advogados dos autores sofreu em 2006: de Association of Trial Lawyers of America [Associação Norte-Americana dos Advogados de Contencioso] para American Association of Justice [Associação Norte-Americana de Justiça].

<sup>20</sup> Sobre a conexão original do movimento de resolução alternativa de disputas com o movimento de acesso à justiça, bem como o subsequente alinhamento entre ambos, ver Galanter (2010).



Elas são as portadoras das vantagens tipicamente desfrutadas pelos jogadores habituais (Galanter, 2006).

Cada vez mais nossos encontros e relações são com entidades corporativas, em detrimento de pessoas físicas. Cada vez mais nossa vida comum é exercida sob os auspícios de “pessoas jurídicas”. Com a ascensão destas, veio uma difusa legalização da vida. A quantidade absoluta de direito na sociedade norte-americana aumentou significativamente desde 1970 e, com isso, o montante total de serviços jurídicos proporcionado por um quadro muito maior e mais proficiente de advogados. Para considerar apenas um único e sumário indicativo, a porção do Produto Interno Bruto referente a serviços jurídicos aumentou de 0,6% em 1967 para 1,6% em 1993<sup>21</sup>. Com o crescimento do tamanho da fatia dos serviços jurídicos, um pedaço cada vez maior tem sido consumido por empresas e organizações governamentais e uma parte cada vez menor por indivíduos. Em 1967, indivíduos adquiriram 55% da produção da indústria de serviços jurídicos e as empresas adquiriram 39%. A cada período sucessivo de cinco anos, a parcela empresarial aumentou e a dos indivíduos diminuiu. Em 1992, a parte consumida pelas empresas havia aumentado para 51% enquanto a dos indivíduos diminuído para 40%<sup>22</sup>.

O crescente predomínio de organizações entre os usuários do direito é demonstrado em um estudo magistral sobre os advogados de Chicago, conduzido primeiramente em 1975 e replicado vinte anos depois. Em 1975, Heinz e Laumann verificaram que a prática jurídica de Chicago estava dividida entre

<sup>21</sup> No “Census of Service Industries: Legal Services” [Censo de Serviços Industriais: Serviços Jurídicos], a categoria “serviços legais” inclui todas as práticas jurídicas constantes em folhas de pagamento, o que significa virtualmente todos os advogados em prática privada.

<sup>22</sup> Cf. U.S. Bureau of the Census (1972, tabela 4; 1977, tabela 9; 1982, tabela 30; 1987, tabela 42; 1992, tabela 49). Para 1967, apenas as receitas totais estão disponíveis para o censo. As porcentagens para os grupos de clientes em 1967 são estimativas retiradas de Sander e Williams (1989).

[...] advogados que representam grandes organizações (corporações, sindicatos de trabalhadores ou governo) e aqueles que representam indivíduos. Esses tipos de prática são os dois hemisférios da profissão. A maioria dos advogados reside exclusivamente em um hemisfério ou noutro e raramente, se é que alguma vez, cruza o equador (Heinz e Laumann, 1982, p. 319).

Eles estimaram que, em 1975, “mais da metade (53%) do contingente total dos advogados de Chicago estava dedicada ao setor de clientes corporativos e uma proporção menor, porém ainda significativa (40%), empregava-se sob o setor dos clientes pessoais” (Heinz e Laumann, 1982, p. 42). Quando o estudo foi replicado vinte anos depois, os pesquisadores constataram que a quantidade de advogados trabalhando em Chicago tinha praticamente dobrado (Heinz et al., 1998). Em 1995, no entanto, aproximadamente 61% do contingente total dos advogados de Chicago estava dedicada ao setor de clientes corporativos e apenas 29% ao setor de pessoas ou de pequenos negócios (Heinz et al., 1998, Tabela 3). Já que o número de advogados em Chicago dobrou, o contingente total voltado para o setor pessoal aumentou 45%, enquanto o relativo ao setor empresarial cresceu 126%. (À medida que os advogados do setor corporativo eram capazes de agregar outros profissionais e serviços de apoio aos seus esforços, esses números subestimam a disparidade entre os serviços oferecidos).

A presença crescente desses jogadores que são organizações — entre os quais se incluem governos e associações, bem como corporações — significa mais oportunidades para a efetivação das vantagens estruturais que são discutidas em *Por que “quem tem” sai na frente*. Para esclarecer, quando afirmo que, de modo geral, corporações e outras pessoas jurídicas são mais capazes no jogo do direito, não atribuo a elas uma competência pré-natural e a isenção de erros. Corporações erram tanto quanto indivíduos e o nível do erro é um reflexo de seus traços organizacionais: os problemas de coordenação, assim como a necessidade de atuar por meio de agentes que têm perspectivas limitadas e ambições próprias. Eu argumentaria, no entanto, que o crescente desenvolvimento da capacidade das entidades corporativas para atuar como ator jurídico em geral importa mais do que essas distrações (Galanter, 2006).

Somando-se a essas vantagens estruturais, pessoas jurídicas gozam de vantagens “culturais” no fórum jurídico norte-americano. Os tribunais dos EUA têm sido muito receptivos à noção de que atores corporativos são pessoas com direitos próprios, ao invés de meros instrumentos a serviço de pessoas físicas. Em uma série de opiniões da Suprema Corte, as corporações conquistaram significativas proteções da Declaração dos Direitos dos Cidadãos relacionadas à dupla incriminação, à busca e apreensão, e à proteção da liberdade de expressão no que se refere a gastos e propagandas políticas. Um comentarista caracterizou essas opiniões como símbolos da “transformação de um sistema constitucional de liberdades individuais em um de prerrogativas para as organizações” (Mayer, 1990, p. 578). Essa transformação foi acelerada com a decisão da Suprema Corte *Citizens United versus Federal Election Commission*<sup>23</sup>. Ao combinar a proposição de que corporações são pessoas — e que, portanto, gozam dos direitos da liberdade de expressão garantidos na primeira emenda da Constituição dos EUA — com o entendimento segundo o qual gastar dinheiro é uma forma de expressão, a decisão desse caso derrubou as limitações ao gasto eleitoral das corporações.

As corporações desfrutam de outras prerrogativas. Com efeito, elas são basicamente imunes à punição criminal (Coffee, 1981). Elas não podem ser presas e as multas são normalmente mínimas em relação às vantagens corporativas, já que são designadas tendo em vista pessoas físicas. Por outro lado, atores corporativos frequentemente utilizam — e com sucesso — o sistema de justiça criminal para punir e dissuadir ofensas contra si mesmos (Hagan, 1982).

<sup>23</sup> 558 U.S. 50 (2010). [Trata-se da decisão que passou a ser referência na discussão sobre financiamento de campanha eleitoral nos EUA. No caso, o grupo Citizens United intentava exibir na televisão um vídeo que criticava a candidata Hillary Clinton, o que poderia ser considerado uma violação à Lei de Reforma à Campanha Bipartidária (lei federal de 2002 que proibia a utilização, a trinta dias das prévias, de dinheiro proveniente do setor corporativo em propaganda televisiva). Por cinco votos a quatro, a Suprema Corte entendeu que, de acordo com a primeira emenda da Constituição dos EUA, o governo não poderia impedir gastos políticos independentes e, assim, liberou o financiamento. (N. T.)]

Tendemos a ser complacentes com a leviandade corporativa. Ao invés de serem castigados, muitos de seus erros são considerados merecedores de consolo via deduções fiscais (Abelson, 1996). As corporações gozam de relativa imunidade à condenação moral da busca obcecada por vantagem, o que seria considerado vergonhoso, senão hediondo, se intentado por uma pessoa física (por exemplo, a mudança de endereço ou de estatuto para garantir vantagens tributárias ou a realocação de recursos para evitar encargos).

Enquanto os indivíduos que invocam o sistema jurídico começam a levantar suspeitas e reprovações (Engel, 1984; Hans, 1989, 1996), atores corporativos raramente são condenados pelo uso agressivo da litigância em prol de seus interesses (Cheit, 1991). Alguns anos atrás, percebi que aproximadamente 95% de uma turma bastante cética de graduandos da Universidade de Wisconsin estava indignada com a indenização do famoso caso do café do McDonald’s<sup>24</sup>. Depois do meu relato persuasivo sobre os fatos e o contexto, a porcentagem afrontada caiu apenas para 92%. Ao mesmo tempo, eles estavam razoavelmente otimistas com relação à indenização da

<sup>24</sup> A referência aqui é ao caso de Stella Liebeck, que, em 1994, após derramar café enquanto abria o recipiente, processou o McDonald’s. O café estava consideravelmente mais quente do que o servido pela maioria dos vendedores e causou uma queimadura de terceiro grau em suas pernas e virilha, demandando que fizesse enxertos de pele. O McDonald’s recusou seu pedido inicial de aproximadamente US\$ 11 mil, para cobrir as despesas dos médicos e auxiliares, e retrucou com uma oferta de US\$ 800. Depois que ela entrou com a ação, o McDonald’s rejeitou diversas propostas de acordo formuladas por seu advogado, bem como a recomendação do mediador designado pelo tribunal de que as partes acordassem em US\$ 225 mil. No julgamento, foi revelado que o McDonald’s já havia se defrontado com cerca de 700 reclamações do mesmo tipo, sendo que, em algumas delas, havia aceitado fazer um acordo, despendendo não mais do que US\$ 500 mil no total. O júri concedeu à Sra. Liebeck uma indenização de US\$ 160 mil em compensação por danos e de US\$ 2,7 milhões em danos punitivos — supostamente uma estimativa de dois dias de vendas de café pelo McDonald’s. O juiz reduziu a indenização por danos punitivos para US\$ 480 mil (três vezes o valor da compensação por danos). Posteriormente, as partes acordaram um valor não revelado. O McDonald’s reduziu a temperatura do café (cf. Galanter, 1998, pp. 731-2; Haltom e McCann, pp. 183-226).

Texaco-Pennzoil, que encaravam como uma proteção irrepreensível dos interesses empresariais<sup>25</sup>.

Uma propensão cultural semelhante pode ser encontrada dentro da própria profissão jurídica. Heinz e Laumann (1982, p. 127) relataram que o ranqueamento por prestígio dos campos do direito reflete a divisão estrutural da profissão, “com os campos a serviço dos grandes clientes empresariais no topo e aqueles a serviço de clientes individuais (especialmente dos grupos socioeconomicamente inferiores) embaixo”. Em outras palavras, “Quanto mais uma especialidade sustenta sua reputação em motivações altruístas (em oposição às lucrativas), menores as chances de estar numa condição prestigiosa” (Laumann e Heinz, 1977, p. 202).

## SÓ BRINCANDO

Uma de minhas preocupações nos anos recentes tem sido examinar o sentido e a história de piadas de advogados<sup>26</sup>. A partir dessa fonte, tenho impressão de que, várias gerações atrás, as corporações atraíam maior condenação moral por suas más ações. Piadas sobre advogados — assim como muitas outras — normalmente sobrevivem por muito tempo, mas algumas acabam sendo excluídas do repertório em circulação. Um dos filões excluídos é o das piadas que tratam da manipulação do direito por corporações. Essas piadas floresceram nos primeiros anos do século XX e já haviam desaparecido ao final da Segunda Guerra Mundial. Aqui estão três exemplos, sendo que nenhum se encontra em circulação hoje em dia:

<sup>25</sup> Em 1984, a Pennzoil Co. negociou a compra da Getty Oil Company. Antes que as formalidades fossem consumadas, a gigante petrolífera Texaco se intrometeu e efetuou a compra, o que levou a Pennzoil a entrar com uma ação judicial contra a Texaco por interferência em seu contrato. O júri do Texas deu o veredito em US\$ 10,5 bilhões (o maior veredito de todos os tempos) — US\$ 7,5 bilhões em compensação por danos e US\$ 3 bilhões em danos punitivos. Em apelação à Suprema Corte, a compensação por danos foi mantida e os danos punitivos reduzidos de US\$ 3 para 1 bilhão. *Pennzoil v. Texaco, Inc.*, 481 U.S. 1 (1987) (cf. Lloyd, 2005).

<sup>26</sup> Sobre a possibilidade de se utilizar piadas para analisar a cultura jurídica, ver Galanter (2005).

1. Com uma expressão de preocupação, um grande magnata dos negócios entrou no escritório de um famoso advogado: “Aquela lei de que lhe falei está atrapalhando um grande negócio que quero fazer”, disse o magnata, “e gostaria de saber se você pode provar que ela é inconstitucional”. “Sem problemas”, respondeu o advogado. “Ótimo. Então mãos à obra e vá se familiarizar com a lei”, instruiu o magnata. “Não é necessário”, replicou o advogado. “Esta é a mesma lei que o senhor me fez provar ser constitucional alguns anos atrás” (Esar, 1945, p. 260; Galanter, 2005, p. 351).
  
2. Um eminente magnata de um cartel examinava os relatórios financeiros com seu novo analista contábil. “Caramba”, disse o analista depois um assovio, “seu departamento jurídico custa uma bolada! Mesmo assim você precisa mantê-lo, não é?”. “Bem, eu não sei”, respondeu o magnata, “às vezes acho que seria mais barato obedecer à lei” (Jonhston, 1922, p. 1.932, item 1.136; Galanter, 2005, p. 350).
  
3. Um advogado de Nova York narra uma conversa que presenciou entre um presidente de banco e seu filho, que estava de partida para o Oeste, onde iria fazer negócios por conta própria. “Filho”, começou o banqueiro, “aqui, no limiar de sua vida empresarial, desejo lhe dizer algo que deve sempre ter em mente: honestidade, constante e eternamente, é a melhor política”. “Sim, pai”, disse o jovem. “E, por sinal”, acrescentou o pai, “eu lhe aconselho a ler um pouco de direito comercial. Você irá se impressionar ao descobrir a quantidade de coisas que pode fazer no mundo dos negócios e ainda assim ser honesto” (Mosher, 1932, p. 72)<sup>27</sup>.

Essas histórias expressam não apenas uma desconfiança generalizada com relação às corporações, mas também algumas noções distintas sobre

<sup>27</sup> Para outras citações, ver Galanter (2005, p. 352).

o direito: (1) que, a despeito de seu ar de solidez e maestria, é maleável; (2) que, a despeito de sua declarada conexão com a moralidade, pode ser utilizado para frustrá-la; e (3) que, a despeito de sua pretensão à dignidade magistral, advogados são armas contratadas que manipulam o direito para seus clientes. Será que o declínio desse tipo de piada indica que os norte-americanos não mais acreditam nessas coisas? Me parece que há sólidas evidências de que continuam a acreditar nelas, talvez mais intensamente do que antes.

Essas piadas sobre a “justiça” desapareceram não porque os sentimentos subjacentes pereceram, mas porque as histórias não funcionam mais como piadas. Para funcionar como piada, uma narrativa tem que ter um suspense, uma reviravolta na conclusão que nos surpreenda, sendo, ao mesmo tempo, uma continuidade plausível do que precedeu. Contudo, estamos tão cheios de conhecimento cínico que as noções dessas piadas — a maleabilidade do direito, seu uso para propósitos imorais e advogados que se prostituem — não são mais suficientemente surpreendentes (ou difíceis de se imaginar) para suportar um desfecho cômico. Então essas observações sobre direito e advogados não mais demandam a obliquidade do formato piada e têm migrado para outras formas de expressão.

Embora amplos públicos comprem boa parte da versão da “explosão de litigâncias” difundida por corporações, mídia e elites políticas, há uma percepção generalizada permanente de que o afastamento entre direito e justiça não é casual, sendo que favorece sistematicamente o rico e poderoso. Que aqueles com recursos financeiros e organizacionais superiores usufruam vantagens na litigância já foi constatado por muitos observadores — não apenas à esquerda — por um longo tempo<sup>28</sup>. Embora pesquisadores que coletam dados pareçam evitar perguntas sobre a potência das organizações, as respostas a eventuais questões sobre o tratamento dado ao rico e ao pobre revelam uma vívida apreciação pública de que o sistema jurídico é tendenciosamente favorável a “quem tem”. Nos anos de

<sup>28</sup> Conferir as observações do ex-presidente da Suprema Corte William Howard Taft sobre as vantagens das partes ricas que fluem na estrutura da litigância (Taft, 1908, pp. 33, 35).

1970, 59% de uma amostra nacional concordou que “o sistema jurídico favorece o rico e poderoso em detrimento de outros” (Curran, 1977, p. 234). Em um levantamento de 1985, que trazia as opções “o sistema de justiça dos EUA favorece principalmente os ricos” e “trata todos os norte-americanos do modo mais igualitário possível”, 57% dos entrevistados escolheu a resposta “favorece os ricos” e apenas 39% a alternativa da igualdade<sup>29</sup>. Dez anos depois, em outro levantamento conduzido pela U. S. News World Report, pelo menos três quartos dos entrevistados pensavam que o sistema jurídico dos EUA proporciona menos acesso à justiça para “norte-americanos comuns” do que para pessoas ricas; quatro de cada cinco considerava que “bem menos”<sup>30</sup>. Em agosto de 1998, apenas 33% dos questionados em um levantamento nacional concordou com a afirmação “os tribunais tentam tratar as pessoas pobres e ricas igualmente”, enquanto 90% concordou que “pessoas ricas ou empresas geralmente vencem seus oponentes ao protelarem os procedimentos jurídicos” (American Bar Association, 1999)<sup>31</sup>. Meio ano depois, em outro levantamento nacional, 80% dos entrevistados considerava que “ricos” recebem melhor tratamento pelos tribunais do que outras pessoas e dois terços concordava com afirmação “Quando uma pessoa

<sup>29</sup> Fonte: ABC News/Washington Post *survey* 1985 (USACWP.196.R24) (arquivo pessoal).

<sup>30</sup> Fonte: U.S. News & World Report, comunicado à imprensa, 21 jan. 1995 (arquivo pessoal). O mesmo levantamento mostra que o público atribui a responsabilidade por esse desequilíbrio justamente aos advogados. Foi perguntado: “Aqui estão algumas coisas que pessoas falam sobre advogados. Qual das afirmações seguintes está mais próxima de sua visão? [1] Advogados têm um importante papel a desempenhar para garantir a responsabilização dos malfeitores e ajudar os agredidos. [2] Advogados utilizam o sistema jurídico para proteger os poderosos e ficarem ricos.” Cinquenta e seis por cento escolheu a resposta “proteger os poderosos e ficar ricos”; apenas 35% escolheu a primeira opção.

<sup>31</sup> Esses 90%, que atravessam de modo razoavelmente uniforme distintos grupos demográficos, é o mais próximo que uma resposta de qualquer item em um extenso levantamento pode chegar da unanimidade, extrapolando reclamações sobre demora, custo e leniência com criminosos.



processa uma corporação, os tribunais geralmente favorecem a corporação em detrimento da pessoa”<sup>32</sup>.

Parece não haver nenhuma deficiência de conhecimento cínico. Não é segredo que “quem tem” sai na frente. (Fomos nós, estudiosos do sistema jurídico, os últimos a saber?). Embora isso possa ser abstratamente depreciado como uma violação das normas de igualdade, na prática social real nossas crenças na igualdade e justiça podem ser reconciliadas com o favorecimento de “quem tem”. Psicólogos identificaram um repertório de mecanismos psíquicos que alinham resultados desiguais e injustos com uma crença tranquilizadora de que o mundo seria um lugar fundamentalmente justo (Lerner, 1980; Hafter e Begue, 2005).

### **OTIMISMO DA VONTADE**

Chegamos ao entrelaçamento de questões sobre a relação entre nosso crescente conhecimento acerca do mundo do direito, das percepções públicas desse mundo e do curso da ação sobre ele. Nosso conhecimento afeta a atividade do mundo jurídico? O funcionamento de instituições jurídicas demanda o apoio de mitos sobre a grandiosidade moral do direito? Quanto conhecimento cínico o público (ou os acadêmicos) podem absorver? Como conseguimos combinar esse conhecimento com os mitos sobre a legalidade? (Ewick e Silbey, 1998). Uma das curiosidades do cenário norte-americano atual é que, quanto mais estabelecida e privilegiada for uma parcela da população, mais aqueles que têm conhecimento sobre o sistema jurídico e dele se beneficiam tendem a ser os mais desconsolados e irritados com ele. Ao mesmo tempo que desfruta dos confortos de sua proteção, “quem tem” patrocina campanhas contra o sistema jurídico na tentativa de persuadir o público mais geral que ele está “louco” e “descontrolado” (Galanter, 2002, p. 726).

Parece que, no direito norte-americano, estamos em um momento em que as contradições dos direitos das pessoas comuns estão justapostas à criação de direitos para atores corporativos<sup>33</sup>. Será que essa reação contra

<sup>32</sup> Ver figuras 23 e 24 de National Center for State Courts (1999).

<sup>33</sup> Ver a discussão sobre o caso da Citizens United na nota 23.

a equalização dos direitos e a expansão do acesso à justiça é apenas um lampejo, uma reversão temporária de um movimento de longa duração, ou uma regressão ao sentido histórico, à condição normal de dominação da elite?

O domínio jurídico proporciona um solo excepcionalmente fértil para a ilusão, então, não é de se surpreender que nosso entendimento sobre o funcionamento do direito seja constantemente desviado por pensamentos esperançosos. Não obstante meu ceticismo, sou recorrentemente seduzido pela ideia de que o direito pode não apenas regrad nossas obrigações, mas também ajudar a transformá-las em mais próximas de nossos sonhos de justiça. Então eu continuo adepto da máxima “seja um pessimista do intelecto, mas um otimista na vontade”, popularizada por Antonio Gramsci (1971, p. 175). Este, por sua vez, se inspirou em Romain Rolland, uma importante figura da literatura do início do século XX<sup>34</sup>, que relatou ter como inspiração a filosofia indiana (será que chegamos ao final do ciclo?). Para Rolland, alcançar a verdade requer a destruição criativa<sup>35</sup> de nossas ilusões. Ele nos diz: “Nunca hesitei em olhar diretamente para a face inesperada que, a cada hora que passa, se desvela para nós, nem em sacrificar falsas imagens dela formadas prematuramente, por mais que eu as amasse” (Rolland, 1947, p. XI).

<sup>34</sup> A máxima de Romain Rolland “pessimismo da inteligência, otimismo da vontade”, foi transformada por Gramsci em algo como um *slogan* programático, nos idos de 1919, nas páginas de “Ordine Nuovo”.

<sup>35</sup> A passagem alude à ideia de destruição criativa, disseminada por Joseph Schumpeter no livro *Capitalismo, socialismo e democracia*. (N. T.)

**REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- : ABEL, Richard. (1989). *American Lawyers*. New York: Oxford University Press.
- : ABELSON, Reed. (1996). “Tax Reformers, Take Your Mark”. *New York Times*, 11 fev., seção 3, pp. 1-12.
- : AMERICAN BAR ASSOCIATION. (1999). *Perceptions of the U.S. Justice System*. Chicago.
- : BABCOCK, Richard F. (1969). *The Zoning Game: Municipal Practices and Policies*. Madison: The University of Wisconsin Press.
- : CARLIN, Jerome. (1962). *Lawyers on Their Own: A Study of Individual Practitioners in Chicago*. New Brunswick, NJ: Rutgers University Press.
- : \_\_\_\_\_. (1966). *Legal Ethics: A Survey of the New York City Bar*. New York: Russell Sage Foundation.
- : CHEIT, Ross E. (1991). “Corporate Ambulance Chasers: The Charmed Life of Business Litigation”. *Studies in Law, Politics, & Society*, v. 11, pp. 119-40.
- : COFFEE JR., John C. (1981). “‘No Soul to Damn: No Body to Kick’: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”. *Michigan Law Review*, v. 79, pp. 386-459.
- : CURRAN, Barbara. (1977). *The Legal Needs of the Public: The Final Report of a National Survey*. Chicago: American Bar Foundation.
- : DOLBEARE, Kenneth M. (1967). *Trial Courts in Urban Politics: State Court Policy Impact and Functions in a Local Political System*. New York: Wiley.
- : EDELMAN, Lauren B.; SUCHMAN, Mark C. (1999). “When the ‘Haves’ Hold Court: Speculations on the Organizational Internalization of Law”. *Law & Society Review*, v. 33, n. 4, pp. 941-91.
- : ENGEL, David. (1984). “The Oven Bird’s Song: Insiders, Outsiders, and Personal Injuries in an American Community”. *Law & Society Review*, v. 18, n. 4, pp. 551-82.

- : ESAR, Evan. (1945). *Esar's Joke Dictionary*. New York: Harvest House.
- : EWICK, Patricia; SILBEY, Susan S. (1998). *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*. Chicago: The University of Chicago Press.
- : FRIEDMAN, Lawrence M. (1975). *Total Justice*. New York: Russell Sage Foundation.
- : GALANTER, Marc. (1969). "Untouchability and the Law". *Economic & Political Weekly*, v. 4, n. 1, pp. 131-70.
- : \_\_\_\_\_. (1992). "The Portable Soc 2; Or, what to Do Until the Doctrine Comes". In: MacALOON, John J. (ed.). *General Education in the Social Sciences: Centennial Reflections on the College of the University of Chicago*. Chicago: The University of Chicago Press.
- : \_\_\_\_\_. (1994). "Predators and Parasites: Lawyer-Bashing and Civil Justice". *Georgia Law Review*, v. 28, n. 3, pp. 633-81.
- : \_\_\_\_\_. (1997). "Anyone Can Fall Down a Manhole: The Contingency Fee and Its Discontents". *DePaul Law Review*, v. 47, pp. 457-77.
- : \_\_\_\_\_. (1998). "An Oil Strike in Hell: Contemporary Legends about the Civil Justice System". *Arizona Law Review*, v. 40, pp. 717-52.
- : \_\_\_\_\_. (2002). "The Turn Against Law: The Recoil Against Expanding Accountability". *Texas Law Review*, v. 81, pp. 285-304.
- : \_\_\_\_\_. (2005). *Lowering the Bar: Lawyer Jokes and Legal Culture*. Madison: The University of Wisconsin Press.
- : \_\_\_\_\_. (2006). "Planet of the APs: Reflections on the Scale of Law and Its Users". *Buffalo Law Review*, v. 53, pp. 1.369-417.
- : \_\_\_\_\_. (2010). "Access to Justice in a World of Expanding Social Capability". *Fordham Urban Law Journal*, v. 37, pp. 115-28.
- : \_\_\_\_\_. (2011). "The Travails of Total Justice". In: GORDON, Robert W.; HORWITZ, Morton J. (eds.). *Law, Society and History: Themes in the Legal Sociology and Legal History of Lawrence M. Friedman*. Cambridge: Cambridge University Press.

- : GLENN, Brian J. (2003). “The Varied and Abundant Progeny”. In: KRITZER, Herbert; SILBEY, Susan S. (eds.). *In Litigation: Do the ‘Haves’ Still Come Out Ahead?*. Stanford: Stanford University Press.
- : GOLDMAN, Sheldon; SLOTNICK, Elliot; GRYSKI, Gerard; SCHIAVONI, Sara. (2005). “W. Bush’s Judiciary: The First Term Record”. *Judicature*, v. 88, n. 6, pp. 244-75.
- : GRAMSCI, Antonio. (1971). *Selections from the Prison Notebooks*. London: Lawrence & Wishart.
- : HAFTER, Carolyn L.; BEGUE, Laurent. (2005). “Experimental Research on Just-World Theory: Problems, Developments and Future Challenges”. *Psychological Bulletin*, v. 131, n. 1, pp. 128-67.
- : HAGAN, John. (1982). “The Corporate Advantage: A Study of the Involvement of Corporate and Individual Victims in a Criminal Justice System”. *Social Forces*, v. 60, pp. 993-1.022.
- : HALTOM, William; McCANN, Michael. (2004). *Distorting the Law: Politics, Media and the Litigation Crisis*. Chicago: The University of Chicago Press.
- : HANS, Valerie. (1989). “The Jury’s Response to Business and Corporate Wrongdoing”. *Law & Contemporary Problems*, v. 52, pp. 177-203.
- : \_\_\_\_\_. (1996). “The Contested Role of the Civil Jury in Business Litigation”. *Judicature*, v. 79, n. 5, pp. 242-48.
- : HEINZ, John P.; LAUMANN, Edward O. (1982). *Chicago Lawyers: The Social Structure of the Bar*. New York: Russell Sage Foundation.
- : HEINZ, John P.; NELSON, Robert L.; LAUMANN, Edward O.; MICHELSON, Ethan. (1998). “The Changing Character of Lawyers’ Work: Chicago in 1975 and 1995”. *Law & Society Review*, v. 32, n. 4, pp. 751-75.
- : JOHNSON, Earl. (1974). *Justice and Reform: The Formative Years of the OEO Legal Services Program*. New York: Russell Sage Foundation.
- : JOHNSTON, William T. (ed.) (1922). *Bill Johnston’s Joy Book*. Cincinnati: Stewart.

- : KALVEN, Harry; ZEISEL, Hans. (1966). *The American Jury*. Boston: Little, Brown and Co.
- : KENNEDY, David; FISHER III, William W. (eds.) (2006). *The Canon of American Legal Thought*. Princeton: Princeton University Press.
- : KRITZER, Herbert; SILBEY, Susan S. (eds.) (2003). *In Litigation: Do the ‘Haves’ Still Come Out Ahead?*. Stanford: Stanford University Press.
- : LAUMANN, Edward O.; HEINZ, John P. (1977). “Specialization and Prestige in the Legal Profession: The Structure of Deference”. *American Bar Foundation Research Journal*, v. 1977, pp. 155-216.
- : LERNER, Melvin J. (1980). *The Belief in a Just World: A Fundamental Delusion*. New York: Plenum.
- : LEVIN, A. Leo; WHEELER, Russell R. (eds.) (1979). *The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future: Proceedings of the National Conference on the Causes of the Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice*. Saint Paul: West Publishing Co.
- : LLEWELLYN, K. (1930). *The Bramble Bush: On Our Law and Its Study*. New York: Oceana.
- : LLOYD, Robert M. (2005). “Pennzoil v. Texaco Twenty Years After: Lessons for Business Lawyers”. *Transactions*, v. 6, pp. 320-59.
- : LoPUCKI, Lynn M.; WEYRAUCH, Walter O. (2000). “A Theory of Legal Strategy”. *Duke Law Journal*, v. 49, n. 6, pp. 1.405-86.
- : MACAULAY, Stewart. (1966). *Law and the Balance of Power: The Automobile Manufacturers and Their Dealers*. New York: Russell Sage Foundation.
- : \_\_\_\_\_. (2004). “Freedom from Contract: Solutions in Search of a Problem”. *Wisconsin Law Review*, v. 2004, n. 2, pp. 777-820.
- : MAYER, Carl J. (1990). “Personalizing the Impersonal: Corporations and the Bill of Rights”. *Hastings Law Journal*, v. 41, pp. 577-667.
- : MOSHER, Marion Dix. (ed.) (1932). *More Toasts: Jokes Stories and Quotations*. New York: H.W. Wilson.

- : NATIONAL CENTER FOR STATE COURTS (1999). *How the Public Views the State Courts: A 1999 National Survey*. Williamsburg, VA.
- : PRESTON, Cheryl B.; McCANN, Eli W. (2012). “Unwrapping Shrinkwraps, Clickwraps, and Browsewraps: How the Law Went Wrong from Horse Traders to the Law of the Horse”. *BYU Journal of Public Law*, v. 26, pp. 1-35.
- : POWELL Jr., Lewis F. (1971). “Confidential Memorandum: Attack on American Free Enterprise System, addressed to Mr. Eugene B. Sydnor Jr., Chairman, Education Committee”. U.S. Chamber of Commerce, 23 ago.
- : ROLLAND, Romain. (1947). *Journey Within*. New York: Philosophical Library.
- : ROSS, H. Laurence. (1970). *Settled Out of Court*. Chicago: Aldine.
- : ROUSSEAU, J.-J. (1763). *Emilius and Sophia: Or a New System of Education*. London: T. Becket and P. A. de Hondt, v. 2.
- : SANDER, Richard H.; WILLIAMS, E. Douglass. (1989). “Why Are There So Many Lawyers? Perspectives on a Turbulent Market”. *Law & Social Inquiry*, v. 14, n. 13, pp. 432-79.
- : SHAPIRO, Fred R. (1996). “The Most-Cited Law Review Articles Revisited”. *Chicago-Kent Law Review*, v. 71, pp. 81-100.
- : SKOLNICK, Jerome. (1966). *Justice without Trial: Law Enforcement in Democratic Society*. New York: Wiley.
- : SUNSTEIN, Cass R.; SCHKADE, David; ELLMAN, Lisa Michelle. (2004). “Ideological Voting on Federal Courts of Appeals: A Preliminary Investigation”. *Virginia Law Review*, v. 90, n. 1, pp. 301-54.
- : TAFT, William Howard. (1908). “The Delays of the Law”. *Yale Law Journal*, v. 18, pp. 28-39.
- : TRUBEK, David M. (1984). “Turning Away from Law”. *Michigan Law Review*, v. 82, pp. 824-35.

- : U.S. BUREAU OF THE CENSUS. (1972). *Census of Service Industries*. Washington, DC: GPO.
- : \_\_\_\_\_. (1977). *Census of Service Industries*. Washington, DC: GPO.
- : \_\_\_\_\_. (1982). *Census of Service Industries*. Washington, DC: GPO.
- : \_\_\_\_\_. (1987). *Census of Service Industries*. Washington, DC: GPO.
- : \_\_\_\_\_. (1992). *Census of Service Industries*. Washington, DC: GPO.
- : WILSON, James Q. (1968). *Varieties of Police Behavior: The Management of Law and Order in Eight Communities*. Cambridge, MA: Harvard University Press.





## NOTA

**O**riginalmente publicado em 1974 no número 1 do volume 9 da *Law & Society Review*, este ensaio foi reimpresso (com correções) em *Law and Society*, editado por R. Cotterell e publicado em 1994. Eu o desenvolvi a partir de uma apresentação que elaborei ao Seminário Robert Stevens sobre profissão jurídica e mudança social, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de Yale no outono de 1970, quando era pesquisador sênior do Programa em Direito e Modernização dessa mesma faculdade. Este ensaio ganhou corpo e, espero, substância numa sucessão de apresentações e revisões. Conseqüentemente, ele acumulou um grande volume de colaborações de meus colegas e estudantes. Eu gostaria de agradecer os úteis comentários de Richard Abel, James Atleson, Guido Calabresi, Kenneth Davidson, Vernon Dibble, William L. F. Felstiner, Lawrence M. Friedman, Marjorie Girth, Paul Goldstein, Mark Haller, Stephen Halpern, Charles M. Hardin, Adolf Homberger, Geoffrey Hazard, Quintin Johnstone, Patrick L. Kelley, David Kirp, Arthur Leff, Stuart Nagel, Philippe Nonet, Saul Touster, David M. Trubek e Stephen Wasby nas primeiras versões, bem como de desresponsabilizá-los pelo resultado final. O desenvolvimento deste ensaio esteve articulado, em diversas passagens, ao projeto contemporâneo Processo de Alocação na Implementação de Políticas Jurídicas, que contou com apoio da National Science Foundation. Sou grato à fundação por me proporcionar a oportunidade de prosseguir com as diversas linhas de investigação mencionadas aqui. A fundação não possui qualquer responsabilidade pelos pontos de vista apresentados. Uma versão preliminar foi publicada como *working paper* do Programa em Direito e Modernização. Além disso, outra versão da primeira parte foi incluída nos anais (editados por Lawrence Friedman e Manfred Rehbinder) da Conferência de Sociologia do Processo Judicial, ocorrida em Bielefeld, Alemanha Ocidental, em setembro de 1973.



## POR QUE “QUEM TEM” SAI NA FRENTE: ESPECULAÇÕES SOBRE OS LIMITES DA TRANSFORMAÇÃO NO DIREITO

**E**ste ensaio procura discernir alguns traços gerais de um sistema jurídico como o norte-americano e, para isso, utiliza (e rearranja) lugares-comuns e pontos pouco sistematizados da literatura. A natureza especulativa e experimental das afirmações será perceptível e já é aqui inteiramente admitida para poupar de repetidas retratações a mim e ao leitor.

Eu gostaria de propor algumas conjecturas sobre o modo pelo qual a arquitetura básica do sistema jurídico cria e limita as possibilidades de ele ser usado como um meio de transformação redistributiva (isto é, sistemicamente equalizadora). Minha questão específica é a de saber sob quais condições a litigância<sup>1</sup> pode ser redistributiva, tomando litigância no sentido mais amplo de apresentação de demandas a serem decididas pelos tribunais (ou órgãos equivalentes) e toda a penumbra de ameaças, subterfúgios e demais circunstâncias que envolvem tal apresentação.

Para os propósitos desta análise, permitam-nos pensar o sistema jurídico como composto pelos seguintes elementos:

- : Um corpo de conhecimento normativo autorizado — em suma, **REGRAS**.
- : Um conjunto de aparatos institucionais no qual o conhecimento normativo é aplicado a casos específicos — em suma, **TRIBUNAIS**.\*

<sup>1</sup> O termo “litigância” é utilizado aqui para se referir à pressão de demandas orientadas por regras oficiais, seja por invocar efetivamente o aparelho oficial, seja por ameaçar fazê-lo. “Julgamento” refere-se à aplicação — inteiramente individualizada e formal — de regras por funcionários oficiais em um litígio particular. [No original, “*adjudication*”. Optou-se por utilizar “julgamento”, ao invés de “sentença”, porque o termo em inglês contempla todo o processo envolvido na tomada de decisão judicial. (N. T.)]

\* No original “*courts*”. O termo em inglês é utilizado para indicar o local em que se realizam as audiências judiciais e os julgamentos. O termo “tribunal”, portanto, aqui é empregado

- : Um corpo de pessoas com habilidade especializada no que foi mencionado acima — em suma, **ADVOGADOS**.
- : Pessoas ou grupos com demandas que, tendo como referência as regras, podem ser levadas aos tribunais — em suma, **PARTES**.

Permitam-nos estabelecer os seguintes pressupostos sobre a sociedade e o sistema jurídico:

- : Trata-se de uma sociedade em que atores com diferentes montantes de riqueza e poder estão constantemente envolvidos em relações competitivas ou parcialmente cooperativas nas quais eles têm interesses opostos.
- : Essa sociedade tem um sistema jurídico no qual uma ampla gama de disputas e conflitos é resolvida por órgãos que, assim como os tribunais, pretendem aplicar normas gerais pré-existentes imparcialmente (isto é, sem serem influenciados pela identidade das partes).
- : As regras e os procedimentos dessas instituições são complexos: sempre que possível, as unidades em disputa empregam intermediários especializados em lidar com eles.
- : As regras aplicadas pelos tribunais são em parte elaboradas no processo de julgamento (os tribunais criam regras intersticiais, combinam distintas delas e aplicam antigas regras a novas situações). Há uma tradição viva dessa produção de regras e um sistema de comunicação tal que os resultados de alguns dos julgamentos afetam o resultado de uma série de casos a serem julgados no futuro.

para designar todo o aparato institucional dentro do qual a justiça é administrada, sem se restringir aos órgãos de segunda instância. Optou-se pela utilização de “tribunal”, e não de “corte”, porque é o termo usual no Brasil. Além disso, o termo “corte”, em português, está associado a um contexto monárquico, o que não acontece com o original em inglês. (N. T.)

- : No lado institucional, recursos são insuficientes para o completo e oportuno julgamento de cada um dos casos, de modo que as partes são autorizadas ou mesmo encorajadas a deixar de trazer casos e a firmar “acordos” — isto é, a negociar um resultado mutuamente aceitável.
- : Existem órgãos de vários níveis, sendo que os “superiores” anunciam (produzem, interpretam) regras e os “inferiores” assumem a responsabilidade de executá-las (implementá-las, aplicá-las). (Apesar de haver uma sobreposição de funções tanto na teoria quanto na prática, vou tratá-los como distintos e os chamarei de órgãos do “topo” e do “nível de campo”.)
- : Nem todas as regras propostas pelos órgãos do “topo” são efetivas no “nível de campo” devido às imperfeições na comunicação, deficiências de recursos, de habilidade, de compreensão, de compromisso e assim por diante. (A efetividade dessas regras no nível de campo será referida como “penetração”<sup>2</sup>.)

## 1 | **UMA TIPOLOGIA DAS PARTES**

A maioria das análises do sistema jurídico começa pelo lado das regras e segue abaixo por meio dos aparatos institucionais para ver qual efeito elas têm sobre as partes. Eu gostaria de reverter esse procedimento e olhar através do outro lado do telescópio. Vamos refletir acerca dos diferentes tipos de partes e do efeito que essas diferenças podem ter no modo pelo qual o sistema funciona.

Em razão de diferenças em seus tamanhos, no estado do direito e em seus recursos, alguns dos atores na sociedade têm muitas oportunidades para utilizar os tribunais (no sentido amplo) para apresentar (ou se defender de) reclamações, enquanto outros fazem isso apenas raramente. Podemos

<sup>2</sup> Ver Friedman (1969, p. 43), que define “penetração” como “o número de atores e esferas de ação que uma regra particular [...] alcança efetivamente”.

dividir esses atores entre aqueles que recorrem aos tribunais apenas ocasionalmente (participantes eventuais ou PEs) e aqueles jogadores habituais (JHs)\*, que se envolvem em várias litigâncias similares ao longo do tempo<sup>3</sup>. O cônjuge em um caso de divórcio, o requerente por acidente de trânsito, o acusado criminalmente são PEs; a empresa de seguros, o promotor de justiça, a empresa financeira são JHs. Obviamente, trata-se de uma simplificação

- \* No original, “*repeat player*” [“jogador que se repete”] e “*one-shooter*” [“atirador de um só disparo”]. Esses termos foram difundidos em português, a partir da tradução do livro *Acesso à justiça*, de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, como “litigantes habituais” e “litigantes eventuais”. Optou-se aqui por conservar os adjetivos de tais expressões, alterando-se, porém, o substantivo. Isso por que, segundo o próprio autor, os termos em inglês possuem uma acepção coloquial, o que permite o seu uso para além do universo do direito. Para o primeiro caso, optou-se pelo substantivo “jogador”, que supõe alguém já inteirado com as regras. No segundo, utiliza-se o termo “participante”, que, por não remeter necessariamente a essa familiaridade, se ajusta melhor à posição do *one-shooter*. Além disso, a opção por “jogadores habituais” e “participantes eventuais” permite melhor diferenciar as abreviações (JH e PE). (N. T.)
- 3 A discussão aqui foca o litígio, mas eu acredito que uma análise análoga possa ser aplicada para as fases de regulação e de elaboração de regras do processo jurídico. Assim como no julgamento, podem ser encontrados PEs e JHs nos ambientes regulatório e legislativo. O ponto é muito bem sintetizado pela observação feita por uma lobista do movimento de mulheres:

Ao voltar semana após semana [...] dizemos a eles não apenas que estamos aqui, mas que estamos aqui para ficar. Não estamos aqui para assustar ninguém [...] A coisa mais ameaçadora que posso dizer é que voltaremos (Fonte: *New York Times*, 29 de janeiro de 1974, p. 34, coluna 7-8).

Para um interessante exemplo dessa distinção na arena regulatória, ver a descrição de Lobenthal (1970, pp. 20-1) sobre a regulação do estacionamento de veículos perto de um píer, o que contrasta os interesses “permanentes” da empresa de navegação e do estivador com os dos visitantes PEs do píer, mostrando como a regulação gravita em favor dos primeiros. Isto é, obviamente, semelhante à “captura” pelas empresas do setor regulado que está presente (ou aflige) uma variedade de agências administrativas. Ver, por exemplo, Bernstein (1955) e Edelman (1967).

excessiva, pois existem casos intermediários como o do criminoso profissional<sup>4</sup>. Assim, devemos pensar em PE/JH mais como um *continuum* do que como um par dicotômico. Tipicamente, o JH é uma unidade maior e suas apostas em qualquer caso são menores (com relação ao valor total). PEs são normalmente unidades menores e as apostas, representadas por um resultado tangível do caso, podem ser altas em relação ao valor total, como no caso da vítima de acidente ou do acusado criminalmente. Ou o PE pode sofrer do problema oposto: suas demandas podem ser tão pequenas e inadmissíveis que o custo de cobrá-las excede a qualquer expectativa de benefício (como ocorre com o consumidor ludibriado ou o detentor de direitos autorais) (cf. Finklestein, 1954, pp. 284-6).

Permitam-nos refinar essa noção de JH em um “tipo ideal” (se assim se preferir): uma unidade que já teve e antecipa a litigância repetitiva, que corre poucos riscos com o resultado de qualquer caso e que possui recursos para perseguir seus interesses de longo prazo<sup>5</sup>. (Isso não inclui todo jogador habitual do mundo real. O jogador habitual mais comum, o vadio\*, goza de

- 4 Até mesmo o contribuinte e o beneficiário da assistência social não são puros PEs, já que existe recolhimento de tributo no ano seguinte e recebimento do benefício no próximo mês. Nosso conceito de PE oculta a diferença entre PEs puros — pessoas que, como a vítima de um acidente, se envolvem na situação apenas uma vez — e aqueles que estão em uma série contínua de transações (beneficiários da assistência social ou contribuintes), mas cujos recursos permitem, no máximo, um único momento de litígio.
- 5 É claro que um JH não precisa ir a julgamento (ou até a um processo judicial). O termo inclui uma parte que propõe ou resiste a demandas que podem estar situadas em qualquer âmbito de todo o leque de mecanismos de processamento de disputas discutido na seção 5, a seguir. Talvez os JHs mais bem-sucedidos sejam aqueles cujos adversários optam pela resignação.
- \* No original “*alcoholic derelict*” (alcoólatra desamparado). Trata-se de uma expressão formal utilizada para se referir a quem era frequentemente preso pelas ofensas de “bebedeira pública” ou “conduta desordeira”. Por analogia, optou-se por equiparar tais práticas à contravenção penal “vadiagem”, prevista no direito brasileiro. Em ambos os casos, trata-se de condutas que são atualmente menos reprimidas pela polícia do que na época de publicação do artigo, isto é, 1974. (N. T.)



poucas das vantagens que cabem ao JH [ver a seguir]. Seus recursos são muito pequenos para negociar a curto prazo ou para prestar atenção no longo prazo<sup>6</sup>.) Um PE, por outro lado, é uma unidade cujas demandas são muito amplas (em relação ao seu próprio tamanho) ou muito pequenas (em relação ao custo da resolução) para serem administradas rotineira e racionalmente.

Seria de se esperar que um JH participasse do jogo da litigância de uma maneira diferente daquela de um PE. Permitam-nos considerar algumas de suas vantagens:

1. Os JHs, por já terem feito isso antes, têm conhecimento prévio. Eles são capazes de estruturar a transação seguinte e construir um registro. O JH é aquele que redige o modelo do contrato, que exige o depósito de garantia e assim por diante.
2. JHs desenvolvem *expertise* e têm pronto acesso a especialistas<sup>7</sup>. Eles desfrutam de economias de escala e têm baixos custos iniciais em qualquer caso<sup>8</sup>.
3. JHs têm oportunidades para desenvolver relações informais facilitadoras com os encarregados institucionais<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Sobre a “instauração de processo” por essas partes e suas limitadas opções estratégicas, ver Foote (1956) e o capítulo 6 de Spradley (1970).

<sup>7</sup> Ironicamente, JHs podem usufruir da ajuda de competentes auxiliares que não estão disponíveis para os PEs. Assim, uma empresa de seguros pode, ao empregar vistoriadores, obter ajuda competente e experiente nas negociações de rotina sem ter que recorrer ao custoso pessoal profissionalmente qualificado. Sobre a importância do vistoriador de seguros nos acordos que envolvem acidentes de trânsito, ver Ross (1970, p. 25).

<sup>8</sup> Em seu relato sobre a habilidade de assaltantes profissionais para trocarem confissões por leniência, Skolnick (1966, pp. 174 e ss.) fornece um exemplo intrigante de um JH que tira proveito da combinação entre operações de larga escala e experiência.

<sup>9</sup> Ver, por exemplo, a descrição de Jacob (1969, p. 100) sobre a colonização de credores nos juizados de pequenas causas:

4. O JH precisa estabelecer e manter sua credibilidade como um combatente. O interesse que possui em sua “reputação de negociador” serve como um recurso para estabelecer “compromissos” a respeito de suas posições. Sem uma reputação desse tipo a manter, o PE tem mais dificuldade em se envolver de maneira convincente na negociação<sup>10</sup>.

[...] a neutralidade do processo judicial foi substancialmente comprometida pelas relações rotineiras desenvolvidas entre os representantes dos requerentes usuais de penhora e o servidor do juizado. O funcionário agendava casos de modo que, a cada dia, um ou dois usuários de peso aparecessem. Isso lhe permitia equalizar o fluxo de trabalho de seu gabinete. Também consolidava os casos de grandes credores e tornava desnecessário que estes viessem ao juizado todos os dias. Parece que esses usuários de peso e o servidor passaram a se conhecer muito bem ao longo dos meses. Apesar de eu não ter observado nenhuma outra evidência de favoritismo, era perceptível que o funcionário tendia a ser mais receptivo à versão do conflito narrada pelo credor do que àquela exposta pelo devedor simplesmente porque uma era dita por um homem que ele conhecia, e a outra, por um estranho.

A oportunidade de participantes regulares estabelecerem relações de confiança e reciprocidade com os tribunais não é restrita aos recintos inferiores. Scigliano (1971, pp. 183-4) observa que:

O sucesso do governo na Suprema Corte parece dever alguma coisa [...] ao crédito que o gabinete do procurador-geral construiu com esse tribunal [...] Em primeiro lugar, ao ajudar o tribunal a administrar sua enorme e crescente carga de casos [...] [, ele] mantém como uma goteira o que poderia ser uma enxurrada de recursos do governo [...] Em segundo lugar, ao assegurar que o trabalho jurídico do governo seja feito de forma competente. Tanto é assim que, quando a Justiça ou seus servidores querem extrair rapidamente os aspectos-chaves de um caso complicado, eles recorrem, de acordo com relatos gerais, ao memorial do governo. [Terceiro.] O procurador-geral conquista mais créditos [...] por suas demonstrações de imparcialidade e independência em relação ao Poder Executivo.

- <sup>10</sup> A esse respeito, ver Ross (1970, pp. 156 e ss.) e Schelling (1963, pp. 22 e ss., 41). Uma vantagem compensadora desfrutada por alguns PEs merece ser mencionada. Dado que um PE não antecipa negociações continuadas com seu adversário, ele pode dar seu melhor sem medo de represália em uma próxima vez ou em outras questões. (As vantagens daqueles que gozam do luxo da franqueza são evidenciadas por alguns notórios exemplos

5. JHs podem jogar com as probabilidades<sup>11</sup>. Quanto mais o caso em questão vai sendo revelado para o PE, mais provavelmente ele irá adotar uma estratégia “minimax” (minimizar a probabilidade de perda máxima). Uma vez que a aposta é relativamente menor para os JHs, eles podem adotar estratégias calculadas para maximizar o ganho relacionado a uma longa série de casos, mesmo quando isso envolve o risco de perda máxima<sup>12</sup> em alguns deles<sup>13</sup>.

na arena legislativa, como, a saber, o sucesso dos proibicionistas e do *lobby* em defesa das armas de fogo.) Assim, pode haver uma vantagem de negociação para o PE que (a) tenha recursos para prejudicar seu adversário; e (b) seja capaz de ameaçar usá-los de forma convincente. Um PE pode até queimar seu capital, mas ele tem que convencer o outro lado de que ele é realmente capaz de fazê-lo. Desse modo, uma imagem de irracionalidade pode ser uma vantagem na negociação (cf. Ross, 1970, p. 170; Schelling, 1963, p. 17). Um PE pode ser capaz de sustentar tal imagem de um modo que um JH não pode. Mas ver Leff (1970a, p. 18) sobre o papel do “rancor” nas cobranças e da externalização feita por especialistas da vingança “irracional”.

- <sup>11</sup> Ross (1970, p. 214) observa que, ao lidar com a parte lesada, o vistoriador de seguros goza da vantagem de

relativa indiferença com a incerteza do processo [...] [. A] empresa de seguros, engajada como um todo na defesa de um amplo número de causas, não é afetada pela incerteza relativa a alguma em específico [...] [. Do] ponto de vista da parte, [a litigância] envolve uma aposta que pode ser totalmente perdida. Ao assumir esses riscos no litígio de um amplo número de casos, a empresa de seguros é capaz de considerar a escolha entre a certeza e a aposta com indiferença.

- <sup>12</sup> Isto é, não a totalidade dos bens do JH, mas o total em questão numa causa única.
- <sup>13</sup> Ver o pagamento excedente de pequenas causas e o pagamento deficitário de grandes causas em casos de acidente de trânsito (Franklin, Chanin e Mark, 1961; Conard et al., 1964). Se o pagamento excedente em pequenas causas pode ser pensado como o produto dos custos de transação da defesa e, como Ross (1970, p. 207) demonstra, das pressões organizacionais para encerrar os casos, o pagamento deficitário de grandes casos representa o desconto pelo atraso e pelo risco que recai sobre o autor (Conard et al. 1964, pp. 197-9).

6. JHs podem disputar tanto regras quanto ganhos imediatos. Para eles vale a pena, antes de tudo, despender recursos a fim de influenciar a elaboração das regras relevantes por meio de métodos tais como o *lobby*<sup>14</sup>. (E a *expertise* que acumulam lhes permite fazê-lo persuasivamente.)
7. JHs também podem disputar as regras da própria litigância, ao passo que é improvável que um PE o faça. Isto é, existe uma diferença em relação ao que eles consideram como resultado favorável. Dado que sua aposta no resultado imediato é alta e que por definição um PE é despreocupado com o resultado de semelhante litígio no futuro, ele terá pouco interesse naquele elemento do resultado que pode influenciar a disposição do julgador da próxima vez. Para o JH, por outro lado, qualquer coisa que favoravelmente influencie os resultados de casos futuros vale a pena. Para um jogador qualquer, quanto maior for a aposta e quanto menor a probabilidade de repetição da disputa, menos provável que se preocupe com as regras que governarão futuros casos do mesmo tipo. Considere dois pais que disputam a custódia de seu único filho, um peso pesado *versus* o setor de cobrança da Receita Federal, um condenado em face da pena de morte. Por outro lado, o jogador com pouco interesse no caso presente e com a perspectiva de enfrentar uma série de outros similares (a Receita Federal, a agência de adoção, o promotor) pode ter mais interesse no estado do direito.

Desse modo, se analisarmos os resultados de um caso a partir de um componente tangível e de um normativo<sup>15</sup>, podemos esperar que, no caso 1, o PE irá tentar maximizar o ganho tangível. Entretanto, se o JH está interessado

<sup>14</sup> A análise de Olson (1965, pp. 36-52, 127-8) sugere que o baixo número de JHs pode intensificar sua capacidade de ação coordenada para promover interesses comuns. Ver nota 127.

<sup>15</sup> Isso apenas pode ser feito onde as instituições estão simultaneamente envolvidas na elaboração de normas e na solução de disputas. A função de elaboração, no entanto, não precisa ser declarada; tudo o que se exige é que o resultado do caso 1 influencie o resultado do caso 2 de modo que possa ser previsto pelo JH.

em maximizar seu ganho efetivo em uma série de casos 1...n, ele pode estar disposto a trocar o ganho tangível num caso qualquer pelo ganho normativo (ou pela minimização da perda normativa)<sup>16</sup>. Se partirmos do princípio de que os aparatos institucionais para litigância estão sobrecarregados e que acordos prevalecem, poderíamos então presumir que os JHs iriam “negociar” naqueles casos nos quais aguardam resultados normativos desfavoráveis<sup>17</sup>. Como eles esperam litigar novamente, JHs podem optar por levar a julgamento (ou a recurso) apenas os casos que consideram como os mais prováveis para produzir normas favoráveis<sup>18</sup>. Por outro lado, PEs estão dispostos a trocar por ganhos tangíveis a possibilidade de

- 16** Isso não significa que perda ou ganho normativo seja o principal determinante da política de resolução de conflitos. Em primeiro lugar, o JH precisa litigar seletivamente. Ele não pode brigar em todos os casos. Em segundo, as normas são raramente objeto de disputa em si. Apenas uma pequena fração da litigância envolve algum desentendimento entre as partes com relação a quais normas valem ou devem valer (Dibble, 1973). Além disso, a própria escala que confere aos JHs vantagens estratégicas na política de resolução de conflitos os expõe a desvios de seus objetivos. A maior parte dos JHs são organizações e operam por meio de pessoas incumbidas de papéis particulares (consultor jurídico, vistoriador de seguros, promotor de justiça) e que estão sujeitas a pressões passíveis de levá-las a desviar da otimização dos objetivos institucionais. Assim, Ross (1970, pp. 220-1) observa que companhias de seguros litigam em casos grandes nos quais, apesar de o acordo parecer “racional” do ponto de vista global da empresa, ele criaria um risco insustentável na carreira dos encarregados. Newman (1966, p. 72) faz uma observação similar a respeito do gabinete do promotor. Ele verifica que, mesmo quando a probabilidade de convencimento é pequena, “em casos que envolvem uma ofensa séria que recebeu uma alta dose de publicidade [...] o promotor pode preferir apostar no caso e ter a decisão de redução da pena ou de absolvição tomada pelo juiz ou júri”.
- 17** O pressuposto aqui é o de que o “acordo” não tem valor de precedente. À medida que demandantes ou seus advogados formam uma comunidade que compartilha tal informação, esse fator é reduzido — como é o caso, por exemplo, de litígios que envolvem acidentes de trânsito, onde, pelo que sei, acordos têm certo valor de precedente.
- 18** Assim, o procurador-geral autoriza a interposição de recursos para a Suprema Corte em um décimo das derrotas do governo passíveis de apelação, enquanto seus adversários

construir uma “boa jurisprudência”. Assim, poderíamos esperar que o corpo de casos “precedentes” — isto é, capazes de influenciar o resultado de casos futuros — fosse relativamente inclinado em direção àqueles favoráveis aos JHs<sup>19</sup>.

Evidentemente, não sugiro com isso que a configuração estratégica das partes é a única e principal determinante do desenvolvimento normativo.

recorrem em aproximadamente metade delas. Scigliano menciona que o governo é mais seletivo porque:

Em primeiro lugar, derrotas em tribunais inferiores geralmente significam muito menos para os EUA do que para as outras partes. Em segundo lugar, o governo tem uma fonte independente de contenção do desejo de levar a litigância adiante, enquanto os litigantes privados não (Scigliano, 1971, p. 169).

Os apelantes tendem a ser vencedores na Suprema Corte — cerca de dois terços dos casos são decididos a seu favor. O governo dos EUA ganha aproximadamente 70% das apelações que propõe. “O que diferencia o governo dos outros litigantes é que ele ganha uma porcentagem bem mais alta dos casos nos quais ele é o recorrido (56% em 1964-6)” (Scigliano, 1971, p. 178). Como razões para o sucesso do governo na Suprema Corte, Scigliano aponta não apenas o “acordo do governo com o tribunal sobre a posição doutrinária”, mas a “*expertise* do gabinete do procurador-geral” e “a confiança que o procurador-geral desenvolveu junto à Suprema Corte” (1971, p. 182). Mais genericamente, como Rothstein (1974, p. 501) observa:

O litigante de grande porte consegue alcançar o fórum mais favorável; enfatizar distintas questões em diferentes tribunais; tirar vantagem da variação de procedimentos entre tribunais de nível estadual e federal; desistir ou firmar acordos em casos não promissores sem temer uma perda financeira substantiva; protelar alguns casos e apressar outros; e criar conflitos normativos nos tribunais inferiores para estimular a presunção de competência nos tribunais superiores. Ver também Hazard (1965, p. 68).

<sup>19</sup> Em seu estudo sobre as relações entre os fabricantes de automóveis e seus revendedores, Macaulay (1966, pp. 99-101) relata que os fabricantes

[...] tinham interesse de que a [Lei da Boa-Fé] fosse interpretada visando fornecer parâmetros para a conduta de seus funcionários no campo. Além disso, eles tinham recursos para empregar na batalha. A quantidade de dinheiro envolvida poderia ser

Tal desenvolvimento é moldado por uma tradição erudita relativamente autônoma, pela influência de correntes intelectuais externas e por preferências e cautelas daqueles que tomam as decisões. Todavia, os tribunais são passivos e esses fatores operam apenas quando o processo é iniciado pelas partes. O ponto aqui é apenas atentar para as melhores oportunidades que o JH tem para disparar casos que lhe são promissores e para prevenir

expressiva para um revendedor [diante de um negócio cancelado], mas poucos casos — se é que algum — envolviam o risco de responsabilidade significativa para os fabricantes (mesmo que o revendedor ganhasse). Assim, os fabricantes podiam lutar durante o tempo que fosse necessário para conseguir interpretações favoráveis ao estabelecimento de diretrizes para o futuro. Enquanto os advogados dos revendedores teriam que trabalhar com honorários eventuais, os fabricantes já tinham suas equipes jurídicas próprias, amplas e competentes, e podiam bancar a contratação de especialistas em julgamentos e apelações [...] [. Um] advogado com honorário eventual [podia] se permitir apenas investir um certo tempo num caso particular. Já que os fabricantes estavam interessados em diretrizes para o futuro, eles se davam ao luxo de investir, por exemplo, o valor de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares) pelo tempo do advogado em um caso que poderia ter sido acordado em US\$ 10.000,00 (dez mil dólares). Além disso, havia o fator da experiência. Um advogado de revendedor normalmente começava sem nenhum conhecimento sobre a argumentação de um caso regulado pela Lei da Boa-Fé. Por outro lado, a equipe jurídica do fabricante se tornou especialista em lidar com esse tipo de caso, uma vez que já havia enfrentado uma série dessas demandas. Ela podia refinar seu sumário padrão caso após caso e até influenciar as práticas de negócio da empresa — tal como a conservação de documentos — de modo a estar pronta para qualquer caso.

[...] Enquanto revendedores individuais decidem se vão ou não apresentar uma queixa, o fabricante, assim como qualquer réu razoavelmente rico ao se defrontar com uma série de demandas relacionadas, poderia controlar os tipos de casos que chegariam a tribunais nos quais a Lei da Boa-Fé pudesse ser interpretada. Ele poderia se defender e entrar com recursos nos casos em que os fatos são desfavoráveis ao revendedor, bem como poderia firmar acordos naqueles em que os fatos favorecem o revendedor. Já que os revendedores individuais estavam mais interessados no dinheiro do que em estabelecer precedentes [...], os fabricantes ficavam, assim, livres para controlar os casos que o tribunal apreciaria.

O efeito final [...] era incitar uma sequência de casos favoráveis aos fabricantes.

o disparo dos que não lhe são. Isso não é incompatível com a ocorrência de desenvolvimentos normativos favoráveis aos PEs (ou, como será indicado adiante, com a dificuldade de eles conseguirem se beneficiar dessas novas regras).

Ao estipular que os JHs podem disputar regras, não estou inferindo que JHs perseguem ganhos normativos em si. Se relembrarmos que nem todas as normas penetram (isto é, não são efetivamente aplicadas no nível de campo), percebemos algumas vantagens adicionais dos JHs.

Em virtude de sua experiência e *expertise*, JHs têm maior capacidade de discernir quais regras têm maior chance de “penetrar” e quais tendem a permanecer como meros compromissos simbólicos. JHs podem ser capazes de concentrar seus recursos em mudanças de regras que prometem produzir uma diferença real. Eles podem compensar derrotas simbólicas com ganhos tangíveis.

Dado que a penetração depende, em alguma medida, dos recursos das partes (conhecimento, atenção, serviços especializados, dinheiro), JHs têm mais condições de investir recursos necessários para assegurar a penetração das normas favoráveis a eles.

Não sugiro com isso que JHs devem ser equiparados a “quem tem” (em termos de poder, riqueza e *status*) e PEs a “quem não tem”. No cenário norte-americano, a maior parte dos JHs são maiores, mais ricos e mais poderosos do que a maioria dos PEs, de modo que essas categorias se sobrepõem, mas há exceções evidentes. JHs podem tanto ser igualados (a exemplo dos vadios) quanto atuar como defensores (como faz o governo, de tempos em tempos) de “quem não tem”, e PEs, tais como réus criminais, podem ser ricos. Nesta análise, o que se faz é definir uma posição de vantagem na configuração das partes em disputa, ao indicar como aquelas possuidoras de outras vantagens tendem a ocupar essa posição e, por essa razão, tendem a ter tais vantagens reforçadas e aumentadas<sup>20</sup>. Essa posição de vantagem é um dos modos pelos quais um sistema jurídico formalmente

<sup>20</sup> É claro que, até mesmo dentro dos limites de sua posição estratégica, as partes podem sair-se melhor ou pior de acordo com suas diversas capacidades de mobilizar e utilizar



neutro em relação a “quem tem” e a “quem não tem” pode perpetuar e aumentar as vantagens dos primeiros<sup>21</sup>.

### ***Digressão sobre a disposição ao litígio***

*Postulamos que PEs serão relativamente indiferentes aos resultados normativos de casos particulares. No entanto, podemos presumir que o nível absoluto de interesse nesse tipo de resultado varie em diferentes populações:*

os recursos jurídicos. O capítulo 6 de Nonet (1969) refere-se a isso como “competência jurídica” — isto é, a capacidade de utilização otimizada do processo jurídico para perseguir os interesses de alguém, o que inclui informação, acesso, julgamento, disposição psíquica e assim por diante.

Um exemplo interessante dos efeitos de tal competência é fornecido pelo capítulo 2 de Rosenthal (1970), no qual se observam os resultados superiores obtidos por atores “ativos” pessoalmente lesados. (Clientes “ativos” são definidos como aqueles que expressam exigências especiais para seus advogados, demandam atenção ao acompanhamento dos processos, organizam informações para ajudar o advogado, procuram ajuda médica qualificada, buscam uma segunda opinião e negociam os honorários.) Ele encontra esses clientes desproporcionalmente entre aqueles com *status* social superior (o que presumivelmente lhes confere a segurança e a experiência para se comportar dessa forma ativa).

A força do argumento aqui é que a distribuição da capacidade de utilização do direito em benefício próprio não pode ser atribuída única ou primariamente às características pessoais das partes. As próprias qualidades pessoais que formam a competência estão relacionadas à estrutura social, tanto a sistemas gerais de estratificação quanto ao grau de especialização das partes. A ênfase dada aqui difere um pouco da de Nonet, que faz da competência algo central e para quem, por exemplo, a organização é um dos modos de fortalecer a competência. Minha análise considera que a competência pessoal opera marginalmente tanto dentro da estrutura da relação das partes entre si quanto no processo de litigância. Essa inversão nos permite levar em consideração as diferenciações sistemáticas de competência e as variações na estrutura de oportunidades que as partes enfrentam quando a competência pessoal se mantém constante.

- <sup>21</sup> A tendência de a igualdade formal ser compatível com a dominação foi notada por Weber (1954, pp. 188-97) e Ehrlich (1936, p. 238), que observou que “Quanto mais os ricos e os pobres forem tratados de acordo com as mesmas proposições jurídicas, mais a vantagem do rico é aumentada”.

*em algumas pode haver uma preocupação difundida e intensa em assegurar a proteção conforme normas oficiais, o que ofusca o interesse pelos resultados tangíveis das disputas; em outras, o resultado normativo pode ser um assunto de relativa indiferença se comparado aos resultados tangíveis. O nível e a distribuição de tal “disposição normativa” podem afetar a posição estratégica relativa de PEs e JHs. Por exemplo, seria de se esperar que, quanto maior a disposição normativa de uma população, menor será a vantagem do JH na política de administração de acordos.*

*Mas essa disposição normativa ou anseio por proteção oficial deve ser distinguida tanto (1) da prontidão para dirigir-se, em primeiro lugar, aos sistemas de soluções oficiais quanto (2) da alta valoração das normas oficiais como objetos simbólicos. Afora a relativa preocupação com resultados normativos, poderíamos esperar que as populações se diferenciassem nas avaliações que elas fazem sobre a conveniência e a recompensa em litigar logo de saída<sup>22</sup>. Tais atitudes podem afetar a situação*

- 22** Ver Hahm (1969) e Kawashima (1963) para descrições dos contextos culturais nos quais a litigância acarreta altos custos psíquicos. Sobre a coexistência de atitudes antilitigância com altos índices de litigância, ver Kidder (1971). Para uma população com maior propensão à litigância, consideremos o seguinte balanço da Iugoslávia contemporânea:

Iugoslavos frequentemente reclamam de uma característica na personalidade de seus vizinhos que eles chamam *inat*, a qual se traduz, grosseiramente, como “rancor” [...] Pode-se encontrar incontáveis exemplos disso nas crônicas da imprensa [...] [:] o caso de dois vizinhos no povoado de Pomoravije que passaram trinta anos processando um ao outro por ofensa começou quando um “olhou feio” para o cachorro de estimação do outro.

No ano passado, o tribunal do segundo distrito de Belgrado recebeu nove mil ações por supostas calúnias e ofensas. Em muitas delas, os casos envolviam inquilinos aglomerados em prédios de apartamentos. Em um prédio da rua da Revolução de Outubro, os inquilinos ingressaram com 53 ações uns contra os outros. Outros casos de ações “rancorosas” [...] incluíam “uma cerca entortada [e] um olhar ofensivo”. As empresas não estão imunes a isso e um tribunal está julgando uma reclamação da Companhia Zastava de Knic sobre uma dívida de 10 dinares (menos de um centavo de dólar).

*estratégica das partes. Por exemplo, quanto maior a aversão por litigância de uma população, maiores as barreiras para que PEs apresentem*

Na zona rural, o rancor também aparece de modo tão trivial como um irmão que processou sua irmã porque ela pegou frutas caídas de uma árvore que ele considerava sua. [...] O dr. Mirko Barjakterevic, professor de etnologia na Universidade de Belgrado [...], ressaltou que poucos idiomas tinham tantas expressões para e sobre rancor quanto o sérvio e que em cada esquina se ouvem frases como “eu vou ensinar a ele uma lição” e “eu não quero ser feito de bobo” (Fonte: *New York Times*, 16 de outubro de 1966).

Consideremos, também, o balanço de Frake acerca da proeminência da litigância entre os residentes de Lipay das Filipinas:

Uma boa parte, se não a maioria, dos casos judiciais lida com ofensas tão ínfimas que apenas a fértil imaginação de uma autoridade legal de Subanum pode transformá-las em uma ameaça séria para alguma pessoa ou para a sociedade de modo geral [...] Uma festividade sem litigância é quase tão impensável quanto uma sem bebida. Se nenhum tema para instauração de processo imediatamente se apresenta, cedo ou tarde, quando a cerveja soltar as línguas e os atos, alguém cometerá um deslize.

Em alguns aspectos, um julgamento em Lipay é mais comparável a um jogo norte-americano de pôquer do que aos nossos processos judiciais. É uma disputa de habilidade, nesse caso habilidades verbais, acompanhada de uma atividade festiva, na qual o perdedor paga uma prenda. Ele paga mais ou menos pela mesma razão que nós pagamos uma dívida de pôquer: para que ele possa participar do jogo novamente. Mesmo se ele não tiver a competência da autoridade legal para negociar uma “rodada”, ele pode participar como réu, autor, espectador, cantor e bebedor. Ninguém é deixado de fora do leque de atividades associadas à litigância.

Apesar disso, a litigância tem um significado muito maior em Lipay do que essa analogia com o pôquer sugere. Porque ela é mais que recreação. A litigância, em conjunto com os direitos e as obrigações que gera, permeia tanto a vida de Lipay que ninguém poderia consistentemente se recusar a pagar multas e continuar como um membro ativo da sociedade. Junto com beber, festejar e cerimoniar, a litigância oferece meios padronizados de interação ao ligar as famílias nucleares independentes de Lipay em uma unidade social, mesmo que não haja nenhum laço grupal formal de extensão comparável. A importância da litigância como atividade social torna compreensível sua prevalência entre os pacíficos e, de acordo com nossos padrões, “seguidores das leis”, residentes de Lipay (apud Nader, 1965, p. 21).

*ou se defendam de demandas e maiores as vantagens do JH — isto tendo em vista que tais sentimentos afetariam mais os PEs, que geralmente são indivíduos, do que os JHs, que costumam ser organizações*<sup>23</sup>.

*Não podemos presumir que as variações observadas na prontidão para procurar os tribunais oficiais reflitam diretamente uma “consciência dos direitos” ou um anseio por proteção em termos de normas competentes*<sup>24</sup>. Consideremos a afirmação de que o baixo índice de litigância no Japão decorre do não desenvolvimento de um “senso de direitos judicializáveis” ante a suposição de que índices mais elevados nos EUA resultam da consciência de tais direitos<sup>25</sup>. Ora, o elevado índice de acordos e o baixo índice de recursos nos EUA sugerem que isso não deve ser

- 23** Em geral, sentimentos contrários à litigância são menos passíveis de afetar organizações precisamente porque a divisão de trabalho dentro delas implica que a litigância será tratada impessoalmente por especialistas que não precisam conduzir outras relações com a parte adversária (como clientes etc.) Sobre a separação entre cobrança e tarefas relacionadas à comercialização como uma das determinantes da disposição do credor para tirar proveito das reparações alcançadas em litigâncias, ver Jacob (1969, p. 78). Conferir também a sugestão anterior (na nota 16) de que, nas organizações complexas, o recurso à litigância pode ser uma forma de externalizar decisões acerca das quais ninguém dentro da organização quer assumir a responsabilidade.
- 24** A esse respeito, ver o capítulo 20 de Zeisel, Kalven e Buchholz (1959). Sobre a possibilidade de explicar as diferenças nos padrões de litigância por meio de fatores estruturais ao invés de culturais, ver a comparação feita no capítulo 9 de Kidder (1971) entre a litigância na Índia e nos EUA.
- 25** Henderson (1968, p. 488) sugere que, no Japão, diferentemente dos EUA,
- [...] o sentimento popular de direitos judicializáveis ainda está basicamente ausente. E se a resolução de disputas é o contexto do qual derivam boa parte do crescimento, do significado social e da utilidade política dos direitos judicializáveis — e a experiência norte-americana sugere que é —, então a tradicional tendência dos japoneses de contar com as técnicas conciliatórias sublegais se torna o obstáculo-chave no caminho em direção ao Estado de direito previsto pela nova constituição.

Ele observa que

*associado à existência de uma população com grande interesse em assegurar vitórias morais por meio da proteção oficial<sup>26</sup>. Mayhew (1973, p. 14) apresenta um levantamento em que uma amostra de residentes da área de Detroit foi questionada sobre como gostaria de ver seu “problema mais sério” ser resolvido. Apenas uma ínfima minoria (0% dos problemas de locação; 2% dos problemas de vizinhança; 4% dos problemas envolvendo compras dispendiosas; 9% dos problemas da organização pública; 31% dos problemas de discriminação) relatou que aspirava à “justiça” ou à proteção de seus direitos legais: “a maioria respondeu que buscava a resolução de seus problemas de modo mais ou menos conveniente”.*

*Paradoxalmente, baixa valoração de resultados normativos em casos particulares pode coexistir com alta valoração de normas como objetos*

Tanto no Japão tradicional quanto no moderno, a conciliação de um modo ou de outro foi e ainda é efetiva na resolução da ampla maioria das disputas que emergem no contexto social em mudança gradual.

Ao notar que os californianos dirigiram-se à litigância cerca de 23 vezes mais do que os japoneses, ele conclui (1968, p. 453) que a conciliação tradicional é empregada para resolver a maioria das “disputas que chegariam aos tribunais em um país que tivesse um senso de direitos judicializáveis desenvolvido”.

Henderson (1968, p. 454) parece concluir que “na sociedade moderna, [as pessoas] devem se comportar segundo princípios razoáveis e executáveis, ao invés de pechinchar, negociar e trapacear para moldar os relacionamentos pessoais [...] a um equilíbrio de poder sempre mutável entre os indivíduos”.

Para uma explicação “cultural” da insignificância relativa da lei na sociedade japonesa, ver a parte 3 de Rabinowitz (1968). (Personalidade sem desenvolvimento do ego, enfoque não racional da ação, especificidade extrema das normas com alto grau de diferenciação contextual.)

- 26** Para um exemplo instrutivo de resposta a um autor que quer uma proteção ao invés de um acordo meticuloso, ver Katz (1969, p. 1.492):

Quando comuniquei as instruções de meu cliente para que eu não negociasse um acordo na audiência preliminar, o juiz designou um psiquiatra imparcial para examinar o Sr. Lin.

*simbólicos. No capítulo 2 de seu livro, Edelman (1967) diferencia entre coletividades distantes, dispersas e desorganizadas, para as quais as normas são uma fonte de gratificação simbólica, e coletividades organizadas e atentas, diretamente preocupadas com os resultados tangíveis de sua aplicação. O anseio público por gratificação simbólica através da promulgação de normas não implica um desejo privado correspondente por proteção oficial em termos de regras nos casos particulares. Os JHs atentos, por outro lado, podem estar mais propensos a considerar as regras instrumentalmente mais como um ativo do que como fontes de gratificação simbólica.*

Podemos pensar que o litígio envolve tipicamente várias combinações de PEs e JHs. É possível, então, construirmos uma matriz tal como a da Figura 1 e preenchermos os quadros com alguns exemplos norte-americanos notórios, ainda que aproximados. (Neste momento, ignoremos que os termos PE e JH representam mais as extremidades de um *continuum* do que um par dicotômico.)

**FIGURA 1**

TAXONOMIA DA LITIGÂNCIA POR CONFIGURAÇÃO ESTRATÉGICA DAS PARTES

|     |                       | INICIANTE, AUTOR                                                                                                                                                                                                               |                                                                                                                                                                                                                 |
|-----|-----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|     |                       | Participante eventual                                                                                                                                                                                                          | Jogador habitual                                                                                                                                                                                                |
| RÉU | Participante eventual | <b>I. PE vs. PE</b><br>Pai vs. mãe (guarda)<br>Marido vs. esposa (divórcio)<br>Família vs. membro da família (interdição)<br>Família vs. família (herança)<br>Vizinho vs. vizinho<br>Sócio vs. sócio                           | <b>II. JH vs. PE</b><br>Promotor de justiça vs. acusado<br>Financiadora vs. devedor<br>Proprietário vs. inquilino<br>Receita Federal vs. contribuinte<br>Desapropriante vs. dono da propriedade                 |
|     | Jogador habitual      | <b>III. PE vs. JH</b><br>Beneficiário vs. Previdência Social<br>Revendedor de veículo vs. fabricante<br>Vítima de dano vs. seguradora<br>Inquilino vs. proprietário<br>Consumidor falido* vs. credores<br>Difamado vs. editora | <b>IV. JH vs. JH</b><br>Sindicato vs. empresa<br>Distribuidor de filmes vs. órgão de censura<br>Especulador vs. municipalidade<br>Comprador vs. fornecedor<br>Agência reguladora vs. empresas do setor regulado |

\* No original, *bankrupted consumer*. O direito norte-americano prevê a falência para pessoas físicas. Trata-se de um processo judicial em que uma pessoa endividada pode ser declarada incapaz de quitar seus débitos. O tribunal reúne os ativos, os distribui entre os credores e, assim, perdoa o devedor de qualquer encargo posterior. (N. T.)

Tendo como parâmetro nossos exemplos incompletos e não sistematizados, permitam-nos conjecturar um pouco sobre o conteúdo desses quadros.

### 1.1 | Quadro I: PE vs. PE

Os ocupantes mais numerosos desse quadro são as audiências de divórcios e de interdição. A maioria (mais de noventa por cento dos divórcios, por

exemplo) não é contestada<sup>27</sup>. Uma grande parte deles é, na realidade, pseudoligação, isto é, um acordo elaborado pelas partes e ratificado na forma de sentença. Quando temos litígio de verdade no Quadro I, isso frequentemente se dá entre partes que têm algum laço íntimo entre si e disputam um certo bem impartilhável, geralmente com nuances de “rancor” e “irracionalidade”. Os tribunais são acionados quando um relacionamento em curso é rompido, já que eles têm pouca relação com o padrão rotineiro de atividade. A lei é invocada *ad hoc* e instrumentalmente pelas partes. Pode haver um interesse forte na proteção, mas nenhuma das partes tende a ter, a longo prazo, muito interesse no estado do direito (de tutela ou de perturbação da ordem, por exemplo). Há poucos recursos a tribunais superiores, raros casos-teste\* e pequenos gastos em investimentos direcionados ao desenvolvimento normativo. A doutrina jurídica provavelmente permanecerá distante da prática cotidiana e das atitudes populares<sup>28</sup>.

### 1.2 | Quadro II: JH vs. PE

O maior volume de litígios é encontrado nesse quadro — de fato, aí estão todos os tipos realmente numerosos, à exceção dos casos de danos pessoais, interdição e divórcio. O direito é utilizado para o processamento rotineiro de demandas por parte daqueles que realizam essa execução como uma atividade empresarial regular<sup>29</sup>. Aqui, os casos assumem frequentemente a

<sup>27</sup> Para descrições de litígios de divórcio, ver Marshall e May (1932), Virtue (1956) e O’Gorman (1963).

\* No original “*test cases*”. Trata-se de uma ação judicial que tem como finalidade saber o que o tribunal iria declarar sobre um determinado assunto ou sobre circunstâncias específicas de aplicação de uma lei. Recentemente, por exemplo, esse expediente tem sido utilizado para consultas sobre casamento entre pessoas do mesmo sexo (seja por meio de demandas que defendem sua validade a partir das leis existentes, seja por meio da reivindicação de que leis proibitivas sejam declaradas inconstitucionais). (N. T.)

<sup>28</sup> Para uma estimativa da discrepância entre o direito e as atitudes populares na área do Quadro I, ver Cohen, Robson e Bates (1958).

<sup>29</sup> Dados quantitativos disponíveis sobre a configuração das partes para litigância serão



forma de um estereotipado processamento em massa, com pouco da atenção individualizada do julgamento completo. Um maior número de casos é até mesmo resolvido “informalmente”, com acordos ajustados aos possíveis efeitos da litigância (descontados os riscos, custos e atraso).

O estado do direito é de interesse do JH, mas não dos PEs acusados. À medida que o direito é favorável ao JH, ele é “seguido” de perto na prática<sup>30</sup> (o que abate os custos de transação do JH)<sup>31</sup>. Credores, polícia, con-

explorados numa sequência deste ensaio. Neste momento, permitam-me apenas dizer que as especulações daqui facilmente se ajustam às descobertas disponíveis. Por exemplo, ao analisar uma mostra de 7,9 mil casos cíveis em três cidades, Wanner (1974, 1975) percebeu que entidades empresariais e governamentais são autoras de quase seis casos a cada dez; e que elas ganham mais, negociam menos e perdem menos do que autores individuais. Estes últimos, por outro lado, são acusados em dois terços do total de casos, sendo que ganham menos e perdem mais do que as entidades governamentais e empresariais. Uma proporção semelhante entre acusados individuais, por um lado, e autores empresariais e governamentais, por outro, é reportada em praticamente todos dos muitos estudos sobre juizados de pequenas causas. Por exemplo, em seu estudo acerca de um juizado de pequenas causas de uma metrópole na Califórnia, Pagter et al. (1964) descobriram que os indivíduos perfaziam pouco mais de um terço dos autores e mais de 85% dos acusados. Um estudo posterior de quatro juizados de pequenas causas em pequenas cidades californianas (Moulton, 1969, p. 1.660) constatou que apenas 16% dos autores eram indivíduos — embora fossem mais de 93% dos acusados.

**30** A análise aqui pressupõe que, quando provocados, os juízes aplicam as normas rotineira e implacavelmente do mesmo modo para JHs e PEs. Concretamente, a litigância muitas vezes envolve certa mistura de individualização, justiça do cádi, justiças domésticas, sentimentalismo em favor do “moço pobre”. (Para uma comparação entre dois juizados de pequenas causas, sendo que em um deles a mistura é mais forte, ver Yngvesson [1965].) Isso também envolve algumas impurezas compensadoras em favor de usuários frequentes. Ver nota 9, anterior, e nota 59, a seguir.

**31** Sobre a zona das “imunidades recíprocas” entre, por exemplo, proprietário e inquilino, proporcionada pelo custo da implementação de seus direitos, ver Friedman (1967, p. 806). O precedente sugere que essas imunidades podem ser recíprocas, mas elas não são necessariamente simétricas. Isto é, elas podem variar de amplitude conforme a posição estratégica das partes. Conferir a descrição de Vaughan (1968, p. 210) acerca da “dependência

selhos de alistamento militar e outros JHs constroem transações de modo que elas se ajustem às regras<sup>32</sup>. Regras favoráveis aos PEs podem ser menos aplicáveis de imediato (já que eles usualmente não planejam os requisitos da transação) ou ser menos observadas minuciosamente na prática (pois os PEs provavelmente não estarão tão dispostos e aptos quanto os JHs para investir em assegurar a penetração no nível de campo)<sup>33</sup>.

diferenciada” entre proprietário e inquilino de baixa renda. Ele a considera reflexo da maior urgência e constância da necessidade do inquilino por moradia, o “exercício do privilégio [por parte do proprietário] nas práticas mais elementares da relação”, o maior conhecimento do proprietário e o fato de, diferentemente do inquilino, ele não ter apostado todas suas fichas (isto é, ele é, em nossos termos, um JH).

Enquanto cada inquilino é dependente de um proprietário, o proprietário normalmente espalha sua dependência entre muitos inquilinos. Como resultado, o proprietário pode mais facilmente, em cada relacionamento, manter uma posição independente.

Uma assimetria semelhante normalmente acompanha as relações entre empregador e empregado, franqueadores e franqueados, seguradoras e assegurados etc.

- 32** Ver nota 74, a seguir. Conferir a descrição de Skolnick (1966, pp. 212 e ss.) sobre o ajustamento da polícia à regra de exclusão.
- 33** De modo semelhante, até PEs que obtiveram julgamentos favoráveis podem passar por dificuldades na fase da execução. Mesmo quando as apostas parecem enormes para os PEs, elas podem ser muito pequenas para atrair ajuda profissional não subsidiada em sua implementação. Um levantamento recente com consumidores que “ganharam” no juizado de pequenas causas da cidade de Nova York constatou que quase um terço foi incapaz de realizar a cobrança. Os funcionários responsáveis pelo cumprimento das decisões judiciais, ou simplesmente se recusaram a aceitar tais julgamentos de cobrança, ou “transmitiram uma impressão de que, mesmo se pegassem um caso de pequeno porte, iriam considerá-lo como um aborrecimento e não empregariam muito esforço nele” (Fonte: *New York Times*, 19 de setembro de 1971). Um levantamento posterior com 195 autores individuais bem-sucedidos em dois juzizados de pequenas causas de Manhattan revelou que “apenas 50% das pessoas que receberam *decisões judiciais* foram capazes de realizar a cobrança por si próprias ou através da utilização de corredeiros e funcionários de execução” (Community Service Society, 1974, p. 16). (Os autores que aceitaram acordos foram mais bem-sucedidos e realizaram a cobrança em 82% dos casos.) Ver as conclusões expressas

### 1.3 | Quadro III: PE vs. JH

Todos estes são tipos pouco frequentes, com exceção dos casos de danos pessoais, que se distinguem à medida que a livre entrada na arena é proporcionada por taxas contingenciais<sup>34</sup>. Em causas que envolvem acidentes de trânsito, a litigância é rotineira e a negociação está intimamente ajustada aos possíveis resultados do litígio. Afora a área dos danos pessoais, a litigância no Quadro III não é habitual. Ela geralmente representa a intenção de algum PE em invocar ajuda externa para criar vantagem perante uma organização com a qual ele tem negociado, mas da qual está agora a ponto de se desligar (por exemplo, o empregado despedido ou o franqueado que teve a franquia cancelada)<sup>35</sup>. O autor PE geralmente tem pouco interesse no estado do direito. O réu JH, no entanto, está bastante interessado.

na tabela 16 de Hollingsworth et al. (1973) de que, entre os autores de pequeno porte do condado de Hamilton vencedores, apenas 31% dos indivíduos e proprietários não representados cobraram metade ou mais do valor do julgamento, sendo que a cifra correspondente para empresas e proprietários representados foi de 55%.

**34** Talvez um grande volume da litigância no Quadro III seja particularmente suscetível de ser transformado em procedimentos administrativos relativamente descomplicados, o que ocorre quando os JHs descobrem que isso lhes é vantajoso e, assim, promovem esse desvio assegurando alguns ganhos (ou ao menos nenhuma perda) para os PEs. Ver a substituição de dano por indenização do trabalhador na área de acidentes industriais (Friedman e Ladinsky, 1967) e a mudança contemporânea para planos não baseados em culpa na área de acidentes de trânsito.

**35** Summers (1960, p. 252) constata que

[...] mais de três quartos dos casos relatados nos quais os indivíduos procuraram proteção jurídica de seus direitos de acordo com uma convenção coletiva resultaram em demissão disciplinar.

A associação de litigância com “desligamento” está clara em Macaulay (1963, 1969) e em outras discussões de negociações comerciais (Bonn, 1972b, pp. 573 e ss.). A falência do consumidor, outra das espécies mais numerosas da litigância no Quadro III, pode ser pensada como representação da tentativa do PE de efetuar um “desligamento”.

#### 1.4 | Quadro IV: JH vs. JH

Vamos considerar primeiro o caso geral e depois os diversos casos específicos. Poderíamos esperar que houvesse pouca litigância no Quadro IV, porque, à medida que dois JHs disputam entre si sucessivamente<sup>36</sup>, a expectativa de uma interação contínua e mutuamente benéfica produziria controles bilaterais informais<sup>37</sup>. Isso parece confirmado por estudos que tratam de negociações entre empresários<sup>38</sup> e em relações trabalhistas. Assim, embora agências oficiais sejam invocadas por sindicatos que tentam se estabelecer e por diretores que tentam impedi-los, apenas raramente o são em negociações entre sócios<sup>39</sup>. Unidades com relações mutuamente benéficas não acertam suas diferenças nos tribunais. Quando confiam a terceiros a resolução

- 36** Por exemplo, Babcock (1969, pp. 52-4) observa que o que dá à municipalidade seu maior favorecimento em qualquer assunto é a necessidade de o construtor ter contato sucessivo com os poderes municipais regulatórios sobre vários assuntos.
- 37** As relações antecipadamente benéficas não precisam ser com uma parte idêntica, mas podem acontecer com outras com as quais a parte esteja em contato. JHs são mais propensos a participar de uma rede de comunicação que, barata e rapidamente, dissemina informação sobre o comportamento dos outros em relação às causas, bem como a ter interesse e capacidade para adquirir e armazenar essa informação. Desse modo, JHs podem, barata e efetivamente, afetar a reputação empresarial de adversários e as relações futuras destes com outros parceiros relevantes (Leff, 1970a, pp. 26 e ss.; Macaulay, 1963, p. 64).
- 38** Por que a doutrina contratual não é central para trocas comerciais? Em resumo, sanções privadas entre as partes normalmente existem, funcionam e não envolvem os custos de usar o direito contratual na litigância ou como uma manobra nas negociações [...] [. Mais] importante, existem relativamente poucas transações significativas que se resolvem em lance únicos. Um homem de negócios normalmente se importa com sua reputação. Ele quer fazer negócios de novo com o homem com quem está lidando e também com outros (Friedman e Macaulay, 1967, p. 805).
- 39** Aspin (1966, p. 2) relata que algo entre 70 e 75% de todas as reclamações apresentadas ao Conselho Nacional das Relações de Trabalho sobre práticas trabalhistas injustas de empresas está enquadrado sob uma única seção [8(a)(3)], fazendo com que a interferência dos empregadores na organização sindical seja considerada como tal — interferência essa que perfaz cerca de metade de *todas* as reclamações por práticas trabalhistas injustas.

da disputa, ela provavelmente terá uma forma (como arbitragem ou um tribunal corporativo) desvinculada das sanções oficiais e aplicará regras domésticas em detrimento das públicas.

No entanto, existem diversos casos especiais. Primeiro, há aqueles JHs que não procuram o apoio a interesses materiais, mas a proteção de compromissos culturais fundamentais. Um exemplo seria o das organizações que patrocinam muitos litígios entre Igrejas e Estado<sup>40</sup>. Quando os JHs competem em torno de diferenças de valores (quem está certo) ao invés de conflitos de interesse (quem ganha o quê), a tendência para acordos é menor e há menos base para o desenvolvimento de um sistema privado de resolução de disputas<sup>41</sup>.

Em segundo lugar, o governo é um tipo especial de JH. Os controles informais dependem da sanção derradeira, que consiste no cancelamento de um contrato, bem como da recusa em continuar relações benéficas<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Em sua descrição dos participantes organizacionais na litigância entre Igreja e Estado, Morgan (1968) menciona, na nota 58 do capítulo 2, a diferença de abordagem entre “puristas separacionistas”, comprometidos com valores, e seus aliados “professores públicos”, comprometidos com interesses. Os últimos tendem a não encarar o jogo como de soma zero e podem ver vantagens em alianças com seus adversários, as escolas paroquiais.

<sup>41</sup> Ver a distinção de Aubert (1963, pp. 27 e ss.) entre carreiras em conflito devido a divergência de interesses e aquelas em conflito devido a embates de valores.

<sup>42</sup> Essa análise é iluminada pela distinção de Hirschman (1970, p. 30) entre dois modos de ação que compensam compradores ou membros decepcionados com o desempenho de organizações: (1) saída (isto é, cancelamento da compra ou da filiação); (2) voz (“tentativas de mudar práticas, políticas e resultados da empresa da qual alguém compra ou da organização à qual alguém pertence”). Hirschman procura discernir as condições sob as quais cada modo de ação será empregado e efetivo na restauração do desempenho. Ele sugere que o papel da voz aumenta enquanto as oportunidades para a saída diminuem, mas a possibilidade de saída aumenta a efetividade do mecanismo da voz (1970, pp. 34, 83). Nossa análise sugere que é útil distinguir essas instâncias de voz que são “internas”, isto é, confinadas à expressão para a outra parte, e aquelas que são externas, isto é, que procuram a intervenção de terceiros. Isso corresponde grosseiramente à distinção entre acordos de duas partes e de três partes. Nós poderíamos assim reformular a afirmação para sugerir

À medida que o cancelamento de um vínculo futuro não é possível quando se lida com governo, o alcance dos controles informais é igualmente limitado. O desenvolvimento de relacionamentos informais entre agências reguladoras e firmas reguladas é bem conhecido. E estas últimas podem recorrer a outras sanções além do cancelamento: elas podem, por exemplo, ameaçar fazer oposição política. Mas quanto mais abrange a unidade de governo, menos efetivo será o cancelamento e maior será a probabilidade de uma parte procurar invocar aliados externos por meio da litigância, ainda que sustente o relacionamento em curso. Isso se aplica também aos monopólios, unidades que compartilham da imunidade relativa que o governo possui contra as sanções de cancelamento<sup>43</sup>. JHs que mantêm relações monopolistas invocarão, ocasionalmente, controles formais para demonstrar força, para dar credibilidade a ameaças e para satisfazer outros públicos. Assim, poderíamos esperar que a litigância por parte do governo e contra ele fosse mais frequente do que em outras situações que envolvem JH vs. JH. Há uma segunda razão para esperar mais litígios quando o governo é uma das partes, a saber, que a noção de “ganho” (tanto político quanto monetário) é frequentemente mais contingente e problemática para unidades governamentais do que para outras partes, tais como empresas ou grupos organizados de interesse. Em alguns casos, os tribunais podem, ao proferir interpretações oficiais de políticas públicas, redefinir a noção de ganho de uma agência. Consequentemente, os partidos do governo podem estar mais dispostos a exteriorizar decisões para os tribunais. E opositores podem ter mais incentivo para litigar contra o governo na esperança de assegurar uma mudança nos objetivos deste.

que a voz interna é efetiva quando há uma ameaça plausível de sanção (incluindo saída e voz externa).

- <sup>43</sup> A potencialidade do caráter monopolista dos vínculos para promover a procura por terceiros é sugerida pela estimativa de que, na União Soviética, aproximadamente um milhão das disputas contratuais foram arbitradas anualmente no início dos anos 1960 (Loeber, 1965, pp. 128, 133). Ver a sugestão de Scott (1965, pp. 63-4) de que mobilidade restrita (definida em termos de mudança de emprego) está associada com a presença dos sistemas de apelação formal nas organizações empresariais.

Um caso algo diferente se faz presente onde autor e réu são JHs, mas não negociam um com o outro com frequência (duas seguradoras, por exemplo). No caso do governo/monopólio, as partes estavam tão inextricavelmente ligadas que a força do controle informal era limitada. Aqui elas não são suficientemente ligadas para dar ao controle informal seu bocado: não há nada a ser cancelado! O outrora grande negócio que fracassa e o empreendimento marginal — estas são as principais fontes da litigância.

Quando há litígio na situação JH vs. JH, poderíamos esperar que haveria gastos pesados em desenvolvimento normativo, muitos recursos, e avanço rápido e elaborado do direito doutrinário. Já que as partes podem investir para assegurar a implementação de leis favoráveis, esperaríamos que a prática estivesse intimamente articulada às normas resultantes.

Com base nessas suposições preliminares, poderíamos esboçar um perfil geral da litigância e dos fatores a ela associados. O grande volume de litígios é encontrado no Quadro II e, no Quadro III, bem menos. A maior parte dos litígios desses quadros é processamento rotineiro e em massa de disputas em que as partes são divorciadas ou estranhas (no sentido de não estarem em relações mutuamente benéficas e contínuas)<sup>44</sup> e entre as quais há

<sup>44</sup> Isto é, o relacionamento pode nunca ter existido, ele pode ter “falhado” na medida em que não é mais mutuamente benéfico, ou as partes podem estar “divorciadas”. Sobre a incompatibilidade da litigância com relações permanentes entre partes, considere-se o caso do advogado empregado por uma corretora que entrou com uma ação contra seu patrão visando questionar a lei do estado de Nova York que exigia a impressão digital dos empregados da indústria de seguros.

Eles me disseram, “Don, você fez uma coisa grave: você processou seu patrão”. E então eles me deram cheques [relativos à multa rescisória]. Eles sabiam que eu tinha que processá-los. Sem transformar o patrão em réu, é absolutamente impossível obter uma determinação por parte do tribunal. Não era uma questão de eu processá-los por serem maus ou qualquer coisa do tipo e eles sabiam disso. [...] o maior empecilho é que eu estou praticamente na lista negra de Wall Street.

Seu pedido de indenização pelo desemprego foi rejeitado sob a argumentação de que ele tinha se demitido sem uma boa causa, tendo provocado sua dispensa ao se recusar a fornecer

disparidade de tamanho. Uma parte é um “profissional” burocraticamente organizado (no sentido de sobreviver disso) que goza de vantagens estratégicas. Controles informais entre as partes são tênues ou ineficientes, e suas relações provavelmente serão estabelecidas e definidas por regras oficiais. Na litigância, as regras são manipuladas seletivamente para vantagem das partes e o resultado de sua aplicação sofre descontos em função dos custos de transação. Por outro lado, nos quadros I e IV, temos litigâncias mais raras — porém mais individualizadas — entre partes da mesma magnitude geral, entre as quais existem ou existiram, com auxílio de controles informais, relacionamentos continuados e multiplamente enredados. A litigância aparece quando o relacionamento perde seu valor futuro; quando seu caráter “monopolista” priva os controles informais de influência suficiente e as partes invocam aliados externos para modificar isso; ou quando as partes almejam defender valores conflitantes.

## 2 | **ADVOGADOS**

O que acontece quando introduzimos advogados? Partes que têm advogados

as digitais (Fonte: *New York Times*, 2 de março, 1970). Parece que, no cenário norte-americano de qualquer ordem, a litigância não só é incompatível com a manutenção de relacionamentos continuados, mas também com sua reparação subsequente. Sobre a raridade de sucessivas reintegrações de trabalhadores determinadas pelo Conselho Nacional de Relações Trabalhistas, ver Aspin (1966). Bonn (1972a, p. 262) encontra esse padrão inclusive entre os usuários da arbitragem, que seria supostamente menos letal que a litigância para relações continuadas. Ele descobriu que, entre 78 casos de arbitragem no setor têxtil, “as relações comerciais resumiam-se a apenas 14”. Conferir a observação de Golding (1969, p. 90) de que formas jurídicas de resolução de disputas são mais apropriadas quando as partes não estão envolvidas em um relacionamento continuado. Mas a associação de litigância com estranhos não é imutável. Consultar os exemplos da Iugoslávia e de Lipay na nota 22. Ver ainda a descrição do padrão indiano feita por Kidder (1971) e o relato de Morrison (1974, p. 39) de que aldeões do norte da Índia “comentaram com desdém que um LC [litigante crônico] poderia processar mesmo alguém que lhe fosse completamente estranho — prova de que suas energias estavam maldirecionadas”.



se saem melhor<sup>45</sup>. Advogados são, eles mesmos, JHs. A presença deles equi-para as partes, ao dispersarem a vantagem do cliente JH? Ou a existência de advogados amplia essa vantagem? Poderíamos supor que JHs (que tendem a ser unidades maiores), por poderem pagar serviços jurídicos mais regularmente, em maiores quantidades, em atacado (mediante adiantamento) e a tarifas mais altas, teriam serviços de melhor qualidade. Eles teriam melhor informação (especialmente onde existem restrições de informação sobre serviços jurídicos)<sup>46</sup>. O JH não apenas teria de saída mais habilidades, mas ele teria, no geral, mais continuidade, melhor arquivamento dos registros, mais trabalho antecipado e preventivo, mais experiência e prática especializada em áreas pertinentes e mais controle sobre a assessoria jurídica.

<sup>45</sup> Por exemplo, Ross (1970, p. 193) observa que, em casos de acidentes de trânsito, autores representados por advogados são com maior frequência vitoriosos do que os que não possuem representação e que, se forem considerados apenas os casos em que há ganho de causa, os primeiros também conseguem resultados significativamente melhores do que os últimos. Demandantes representados por escritórios obtiveram consideravelmente mais vitórias do que os representados por profissionais que trabalham sozinhos. E aqueles representados por especialistas em negligência foram mais vitoriosos do que os representados por advogados de escritórios. De forma semelhante, Mosier e Soble (1973, pp. 35 e ss.) apontam que inquilinos representados se saem melhor em casos de despejo do que aqueles sem representação. As vantagens de se ter um advogado em casos criminais são bem conhecidas. Ver, por exemplo, Nagel (1973).

<sup>46</sup> Como é frequente, as barreiras de informação variam em seu grau de restrição. O Código de Responsabilidade Profissional da Associação dos Advogados Norte-Americanos

[...] permite publicidade direcionada a empresas, bancos, seguradoras e àqueles que trabalham nos escalões mais altos de tais instituições [...] [ao mesmo tempo em que proscree] a maioria das formas de disseminação de informação que iria alcançar pessoas de “recursos moderados” e avisá-las sobre seus direitos e de como encontrar assistência jurídica competente e disponível para defendê-los (Burnley, 1973, p. 77).

Sobre o efeito discrepante dessas restrições, ver nota 51.

Poderíamos esperar que o reforço proporcionado às vantagens do JH pelo fator serviço jurídico estivesse relacionado à forma pela qual a profissão está organizada. Quanto mais os membros da profissão se identificam com seus clientes (isto é, quanto menos mantêm distância de seus clientes por lealdade a tribunais ou a associações autônomas), mais o desequilíbrio se intensifica<sup>47</sup>. Quanto mais próxima e duradoura a relação advogado/cliente, mais a lealdade fundamental dos advogados é com seus clientes — ao invés de com tribunais ou associações — e mais notáveis são as vantagens da *expertise* acumulada e da orientação na estratégia global<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> A tensão entre a lealdade dos advogados ao sistema jurídico e ao cliente foi celebrada por Parsons (1954, pp. 391 e ss.) e por Horsky (1965). O mesmo desvio na lealdade ao cliente foi, no entanto, lamentado por Blumberg (1967) e por outros. A diferença na avaliação parece depender de a tração estar na tradição jurídica autônoma, tal como na concepção de Parsons e Horsky, ou na manutenção de uma interação mutuamente benéfica com uma instituição local particular, cujas atividades incorporam uma mescla do “direito superior” (veja nota 82, a seguir) com conhecimentos localizados, manutenção de necessidades institucionais etc.

<sup>48</sup> Apesar de esse não ser o local para isso, permitam-me rascunhar o modelo subjacente a essa afirmação. (Para uma apreciação um tanto mais completa, ver International Legal Center [1973, pp. 4 e ss.]) Visualizemos uma série de escalas nas quais as profissões jurídicas podem variar:

|                                         | A         | B                      |
|-----------------------------------------|-----------|------------------------|
| 1. Bases de recrutamento                | Restrita  | Ampla                  |
| 2. Barreiras à entrada                  | Alta      | Baixa                  |
| 3. Divisão do trabalho                  |           |                        |
| a. Coordenação                          | Baixa     | Alta                   |
| b. Especialização                       | Baixa     | Alta                   |
| 4. Alcance dos serviços e funções       | Estreito  | Amplio                 |
| 5. Relações duradouras com cliente      | Baixas    | Altas                  |
| 6. Alcance dos ambientes institucionais | Estreito  | Amplio                 |
| 7. Identificação com clientes           | Baixa     | Alta                   |
| 8. Identificação com autoridades        | Alta      | Baixa                  |
| 9. Controle corporativo                 | Firme     | Frouxo                 |
| 10. Ideologia                           | Legalista | Resolução de problemas |

E a especialização da ordem de advocacia? Não devemos esperar que ela contrabalançasse as vantagens do JH propiciando ao PE o atendimento por um especialista que, voltado aos seus próprios objetivos na carreira, se interessasse em resultados vantajosos para uma classe inteira de PEs? O especialista torna-se o equivalente funcional do JH? Podemos dividir os especialistas em (1) aqueles especializados em áreas do direito (patente, divórcio etc.); (2) aqueles especializados no tipo de parte que representam (por exemplo, departamentos jurídicos) e (3) aqueles especializados tanto em áreas do direito quanto no “lado” ou parte que representam (advogados dos autores em indenização por dano pessoal, defesa criminal, advogados trabalhistas, entre outros). Advogados que tratam de divórcio não se especializam em maridos ou mulheres<sup>49</sup>, assim como advogados de direito imobiliário não se especializam em compradores ou vendedores. Mas advogados trabalhistas, tributaristas e os que lidam com ações subsidiárias interpostas por acionistas\*

Sugere-se, assim, que as características dos extremos da escala A e B tendem a estar juntas, de modo que possamos pensar nos agrupamentos A e B como meios de descrever tipos de corpos de profissionais jurídicos. Por exemplo, a profissão jurídica norte-americana (Hurst, 1950; Horky, 1952; Carlin, 1962, 1966; Handler, 1967; Smigel, 1969) seria do Tipo B, em comparação com os *barristers* britânicos [advogados que representam clientes na Suprema Corte] (Abel-Smith e Stevens, 1967) e os *avocats* franceses (Le Paille, 1950). Advogados indianos (Galanter, 1968-1969) seriam um caso intermediário. Sugere-se que algumas características do Tipo B tendem a intensificar ou ampliar as vantagens estratégicas das partes JHs. Por exemplo, considerações a respeito da ordem dos advogados britânica podem nos alertar contra concluir que os profissionais do Tipo B são necessariamente mais conservadores na função do que os do Tipo A. Ver nota 145, adiante.

<sup>49</sup> Isso não exclui a possibilidade de que tal especialização por “lado” possa emergir. Podem-se imaginar advogados de divórcio “feministas” — ou então contrários ao pagamento de pensão — dedicados ao desenvolvimento normativo que iria favorecer um dos grupos de PEs.

\* No original, “*stockholder-derivative-suit*”. Trata-se da ação judicial que pode ser proposta por um acionista, em nome de uma empresa, contra terceiros. Com frequência, esse terceiro é de dentro da empresa, como ocorre no caso de diretores-executivos. É uma modalidade peculiar de ação judicial porque, no direito empresarial tradicional, o administrador

não apenas se especializam na área do direito, mas também na representação de um lado. Tais especialistas podem representar JHs ou PEs. A Figura 2 apresenta alguns exemplos bem conhecidos de diferentes tipos de especialistas.

**FIGURA 2**

UMA TIPOLOGIA DOS ESPECIALISTAS JURÍDICOS

|         |                       | ADVOGADO                                                                                                                           |                                                                                                                                                    |                         |
|---------|-----------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|
|         |                       | Especializado numa parte                                                                                                           | Especializado numa área e numa parte                                                                                                               | Especializado numa área |
| CLIENTE | Participante habitual | Consultoria ou diretoria de departamento jurídico de banco, seguradora etc.<br>Assessoria jurídica de departamentos governamentais | Promotor de justiça<br>Acusado em indenização por dano pessoal<br>Assessoria jurídica da NAACP*<br>Tributário<br>Trabalhista/Patronal<br>Cobranças | Patente                 |
|         | Jogador eventual      | "Advogados dos pobres"<br>Assistência jurídica                                                                                     | Defensor criminal<br>Autor de indenização por dano pessoal                                                                                         | Falência<br>Divórcio    |

\* A sigla faz referência à National Association for the Advancement of Colored People, organização não governamental criada em 1909 com objetivo de defender os direitos dos afro-americanos. Ela é conhecida pela enorme campanha que promoveu contra a segregação racial nos EUA e que culminou, em 1954, na decisão judicial dada pela Suprema Corte no caso *Brown versus Board of Education* [Conselho de Educação], que declarou a inconstitucionalidade de leis estaduais que estabelecessem a separação de negros e brancos em escolas públicas diferentes. Por escolher seus casos cuidadosa e estrategicamente, essa organização é lembrada pelo autor como um modelo clássico de jogador habitual. (N. T.)

é o responsável por representar judicialmente a empresa. O acionista propõe esse tipo de ação judicial quando o administrador falhou em fazê-lo. (N. T.)

A maior parte das especializações supre as necessidades de tipos particulares de JHs. Especialistas que servem os PEs têm alguns traços distintivos:

Primeiro, eles tendem a compor os “baixos escalões” da profissão jurídica. Em comparação com os advogados que oferecem serviços aos JHs, advogados nessas especialidades tendem a ser recrutados em origens socioeconômicas mais baixas; a ter frequentado escolas de direito locais, privadas ou de meio período; a trabalhar sozinhos ao invés de em escritórios grandes; e a possuir pouco prestígio dentro da profissão<sup>50</sup>. (Claro que a correlação está longe da perfeição: alguns advogados que representam PEs não têm essas características e alguns que representam JHs as têm. No entanto, a diferença na posição profissional é, no geral, massiva.)

Segundo, especialistas que prestam serviço para PEs tendem a ter problemas de mobilização de clientela (devido ao baixo nível de informação entre os PEs) e encontram barreiras “éticas” impostas pela profissão que proíbem instigação, propaganda, gratificação pela indicação, captação de clientela, e assim por diante<sup>51</sup>.

Terceiro, a natureza episódica e isolada do relacionamento com determinados clientes PEs tende a evocar um tipo de serviço jurídico estereotipado e sem criatividade. Carlin e Howard (1965, p. 385) observam que:

A qualidade dos serviços prestados aos clientes mais pobres é [...] afetada pelo caráter não repetitivo das matérias que eles tipicamente trazem aos advogados (tal como divórcio, crime e dano pessoal): isso, combinado com tarifas mais baixas, estimula o processamento em massa dos casos. Como resultado, apenas uma quantidade limitada de tempo e interesse é normalmente gasta em um caso único — há

<sup>50</sup> Sobre estratificação dentro da profissão jurídica norte-americana, ver Ladinsky (1963), Lortie (1959) e Carlin (1966). Conferir ainda Handler (1967).

<sup>51</sup> Ver Reichstein (1965) e a edição de 1953 da *Northwestern University Law Review*. Sobre o impacto diferenciado dos “cânones da ética” em grandes escritórios de advocacia e nos advogados que representam PEs, ver Carlin (1966), Shuchman (1968) e Christianson (1970, p. 136).

pouco ou nenhum incentivo para tratá-lo senão como um fragmento isolado de negócio jurídico. Mais ainda, usualmente não há interesse para ir muito além do caso tal como apresentado pelo cliente, sendo que esses são apenas aceitos quando há uma causa de pedir óbvia, isto é, quando eles se encaixam em categorias jurídicas convenientes e prometem um retorno razoavelmente garantido.

Quarto, enquanto são em si JHs, esses especialistas têm problemas para desenvolver estratégias de otimização. Isso, que pode ser uma boa estratégia para o advogado de uma seguradora ou um promotor de justiça — trocar alguns casos por ganhos em outros —, é condenado como anti-ético quando feito por um defensor criminal ou um advogado de autor de indenização por dano pessoal<sup>52</sup>. Não lhe é permitido lidar com sua série de PEs como se constituíssem um único JH<sup>53</sup>.

Inversamente, as demandas por tratamento rotineiro e ordenado de uma série inteira de PEs podem coibir o advogado de maximizar vantagens para qualquer PE individual. Rosenthal (1970, p. 172) mostra que “para todas as causas, com exceção das maiores [indenizações por dano pessoal], um advogado perde dinheiro por preparar um caso minuciosamente ao invés de negociá-lo antecipadamente”.

<sup>52</sup> [...] os cânones da ética evitariam que um advogado [de um PE] tentasse influenciar seu cliente a abandonar um caso que criaria um precedente ruim para outros clientes com casos parecidos. Por outro lado, os cânones da ética não impedem que um advogado aconselhe uma empresa a não entrar com ações em alguns casos para evitar que se estabeleça um mal precedente (Rothstein, 1974, p. 502).

<sup>53</sup> Ross (1970, p. 82) observa a possibilidade de conflitos entre o cliente e

[...] o especialista em negligência, que negocia com a mesma seguradora repetitivamente. O objetivo deste último de maximizar o retorno em qualquer caso determinado pode conflitar com o objetivo de maximizar retornos a partir da série total de casos que ele representa.

Para um catálogo de outros conflitos potenciais no relacionamento entre especialistas e clientes PEs, ver O’Connell (1971, pp. 46-7).

Para o advogado que presta serviços para PEs — possuidor de uma clientela transitória —, o “cliente” permanente é o fórum, a parte adversária ou o intermediário que fornece clientes. Consideremos, por exemplo, a dependência do advogado criminal no que concerne à manutenção de relações cooperativas com os vários membros da “comunidade de um tribunal penal”<sup>54</sup>. De modo semelhante, Carlin observa que, entre os advogados cuja clientela consiste em PEs, há uma deformação da lealdade em favor do intermediário.

No caso daqueles advogados especializados em danos pessoais, impostos locais, cobranças, crimes e, em certa medida, casos de divórcio, o relacionamento com o cliente [...] é geralmente mediado por um agente ou fornecedor de serviços, que pode tanto ser outro advogado quanto um leigo. Nesses campos de atuação, o advogado está preocupado principalmente em agradar o intermediário ou em conquistar sua aprovação, mais do que em satisfazer seu cliente individual. A fonte de serviço geralmente conta mais do que o cliente, especialmente quando é improvável que este último retorne ou mande outros clientes. O cliente é, então, descartável: ele pode ser

**54** Blumberg (1967, p. 47) observa que o

[...] advogado [de defesa], quer contratado privadamente, quer proveniente de alguma assistência jurídica, tem relações próximas e contínuas com a promotoria de justiça e com o próprio tribunal. De fato, linhas de comunicação, influência e contato com esses gabinetes, assim como com as seções auxiliares dos cartórios, com o setor de liberdade condicional e com a imprensa, são essenciais na prática do direito penal. Pessoas acusadas entram e saem do sistema dos tribunais, mas a estrutura e o quadro de servidores permanecem para que continuem suas respectivas carreiras, atividades ocupacionais e organizacionais [...] O advogado do acusado tem muito mais ligações profissionais, econômicas, intelectuais, entre outras, com o sistema de tribunais do que com seu cliente.

Ver Skolnick (1967) e Battle (1971). Sobre a interdependência entre promotor e defensor público, ver Sudnow (1965, pp. 265, 273).

explorado integralmente. Sob essas condições, quando um advogado recebe um cliente [...], ele não ganhou exatamente um cliente, mas um negócio, e sua atitude costuma ser a de quem está manufacturando um exemplar específico ou desenvolvendo um volume de um certo tipo de mercadoria (Carlin, 1962, pp. 161-62)<sup>55</sup>.

A existência de uma advocacia especializada no lado PE deveria superar a lacuna de *expertise*, permitir certa economia de escala, proporcionar a negociação de acordos e prover confiança pessoal. Mas isso está longe de superar as vantagens estratégicas fundamentais dos JHs — sua capacidade para estruturar a transação, apostar nas probabilidades e influenciar tanto o desenvolvimento normativo quanto políticas de execução.

Em virtude de sua identificação com as partes, os advogados especializados podem se tornar lobistas, empreendedores morais, propositores de reformas em favor das partes. Mas advogados têm interesses transversais na preservação da complexidade e da mística, de modo que o contato do cliente com aquela área do direito se torna problemático<sup>56</sup>. Não se deve esperar que advogados sejam os proponentes de reformas que seriam ideais

<sup>55</sup> Sobre o relacionamento de “estranhos” entre vítima de acidente e advogado, ver Sudnow (1965, pp. 265, 273).

<sup>56</sup> Ver Consumer Council (1970, p. 19). Em conexão com a ligação (ou ao menos simpatia) do advogado com o caráter problemático do direito, consideremos a seguinte lenda, transmitida no final de uma coluna sobre serviço público apresentada pela Ordem dos Advogados do Estado de Illinois e divulgada em um jornal de bairro:

Ninguém deveria jamais aplicar ou interpretar qualquer lei sem consultar seu advogado. Até mesmo uma mínima diferença nos fatos pode mudar o resultado no direito (Fonte: *Woodlawn Booster*, 31 de julho de 1963).

Quando as demandas deixam de ser suficientemente problemáticas, elas podem se desligar inteiramente da esfera legal (tal como acontece com a seguridade social). Em tarefas repetitivas e de grande volume que admitem economia de escala e se tornam relativamente não problemáticas, advogados podem ser substituídos por empresários — corretoras de títulos imobiliários, departamentos de crédito bancário — que servem



apenas do ponto de vista dos clientes. Ao contrário, deveríamos esperar que eles procurassem otimizar a posição dos clientes sem rebaixar a dos advogados. Sendo assim, advogados especializados têm interesse numa estrutura que mantém a reparação (ou coisa do tipo) como incerta, ao mesmo tempo em que eles favorecem mudanças que aperfeiçoam a posição de seus clientes dentro dessa estrutura. (Considerem-se os esforços dos lobistas dos defensores e dos advogados de autores de indenização por dano pessoal.) Apreciações sobre interesses são passíveis de ser fundidas com compromissos ideológicos: a preferência dos advogados por corpos de normas complexos e sintonizados, por procedimentos adversariais e por tomadas de decisão individualizadas caso a caso<sup>57</sup>. Assim como a cultura da população dos clientes afeta a posição estratégica, o mesmo acontece com a cultura profissional dos advogados.

### 3 | APARATOS INSTITUCIONAIS

Vemos então que as vantagens estratégicas do JH podem ser aumentadas pelas vantagens na distribuição de serviços jurídicos. Ambas estão relacionadas às vantagens conferidas pelas características básicas dos aparatos institucionais para o tratamento das demandas: passividade e sobrecarga.

Essas instituições são passivas, inicialmente, no sentido que Black chama de “reativas” — elas precisam ser mobilizadas pelo requerente —, o que

massivamente os PEs (ou que servem até mesmo os JHs, como fazem as agências de cobranças). Consultar Johnstone e Hopson (1967, pp. 158 e ss.).

<sup>57</sup> Stumpf et al. (1971, p. 60) sugerem que as respostas profissionais aos programas de serviços jurídicos do Office of Economic Opportunity (OEO) exigem explicações tanto de base ideológica (“a abordagem altamente individualizada, caso a caso [...], como um primeiro artigo de fé”) quanto pecuniária. Sobre os componentes do legalismo como uma ideologia, ver Shklar (1964, pp. 1-19). É claro que essa cultura profissional não é uniforme, mas contém várias subculturas. As observações de Brill (1973) sobre os advogados dos pobres no OEO sugerem que aspectos cruciais da ideologia profissional (por exemplo, a ênfase em tribunais, regras e julgamentos) são igualmente marcantes entre advogados que buscam mudanças de longo alcance por meio do direito.

confere vantagem ao demandante que possui informação, capacidade para superar barreiras de custo e habilidade para navegar por exigências procedimentais restritivas<sup>58</sup>. Além disso, elas também são passivas no sentido de que, uma vez iniciado o caso, é responsabilidade de cada parte continuar com ele<sup>59</sup>. O funcionário encarregado atua como se fosse um julgador, enquanto

- 58** Black (1973, p. 141) observa que afastamentos em relação à postura passiva ou “reativa” das instituições jurídicas tendem a ser distorcidos conforme as fronteiras classe:

[...] os governos desproporcionalmente adotam sistemas proativos de mobilização jurídica quando um problema de controle social envolve a base do sistema de classes sociais. As formas comuns de más condutas às quais os cidadãos de posições sociais superiores se entregam, tais como quebra de contrato ou de garantia, negligência civil e várias outras formas de corrupção e violação de confiança, são geralmente deixadas ao ramo mais suave do processo de mobilização reativa.

- 59** A passividade dos tribunais pode ser desigual. Ver a descrição de Mosier e Soble (1973, p. 63) sobre um tribunal de locação:

Se um inquilino não estava representado, o juiz normalmente não questionava o proprietário sobre suas demandas, nem explicava as defesas para o inquilino. A explicação mais comum dada a um inquilino foi a de que a lei lhe concedia apenas dez dias para sair da casa e assim o juiz estava de mãos atadas. Ademais, os juízes frequentemente pediam aos inquilinos recibos de pagamento e a corroboração das transgressões alegadas pelo proprietário. Por outro lado, o tribunal fornecia aos proprietários formulários de reclamação e notificação, sendo que servidores os ajudavam a preencher se necessário. Além disso, os pesquisadores observaram, logo no início do estudo, que os tribunais não dispensariam um caso em que o proprietário estivesse ausente ao longo da leitura da pauta — enquanto o inquilino ficava sentado esperando —, o que durava aproximadamente 45 minutos, mas tal cortesia não valia para inquilinos atrasados. No entanto, uma vez que os pesquisadores surpresos questionaram o pessoal do tribunal sobre essa prática, ela foi modificada e, a partir de então, os inquilinos passaram a ter 30 minutos depois do começo da leitura da pauta para poder chegar ao tribunal. Essa disparidade na ajuda concedida aos proprietários e inquilinos e o tratamento conferido aos atrasados são uma indicação das — talvez inevitáveis — inclinações dos tribunais em favor dos primeiros. A maior parte dos juízes e dos servidores tem uma origem de classe média e já se familiarizou com muitos dos proprietários e advogados que comparecem regularmente ao tribunal. O tribunal tinha anos de experiência como

o desenvolvimento do caso, a coleta e a apresentação de provas são deixados sob iniciativa e recursos das partes<sup>60</sup>. As partes são tratadas como se fossem igualmente dotadas de recursos econômicos, oportunidades investigativas e habilidades jurídicas (cf. Homberger, 1971, p. 641). Quando — como geralmente é o caso — elas não o são, quanto mais for delegado às partes, maior a vantagem conferida à parte mais rica<sup>61</sup>, mais experiente e mais bem organizada<sup>62</sup>.

um veículo de cobranças de aluguel e de execução de despejos quando nenhuma defesa poderia ser apresentada. Os juízes e assessores escutavam com frequência a respeito de inquilinos que não lograram pagar o aluguel ou que causaram danos ao imóvel, ao mesmo tempo que provavelmente nunca tiveram a oportunidade de observar as condições reais das moradias pelas quais estes pagavam.

<sup>60</sup> A esse respeito, conferir Homberger (1970, pp. 30-1). Por uma descrição dos tribunais mais “ativos”, ver Kaplan et al. (1958, pp. 1.221 e ss.) e Homberger (1970). Nossa descrição diz respeito a tribunais da modalidade relativamente passiva, típica dos sistemas de *common law*, mas não deve ser entendida como se significasse que os sistemas da *civil law* sejam, na prática, geralmente ou tipicamente diferentes (cf. Merryman, 1969, p. 124). A extremidade na escala de “ativismo” institucional pode ser representada por instituições tais como a Procuradoria Soviética (Berman, 1963, pp. 238 e ss.). E, é claro, mesmo dentro da *common law* a passividade é relativa e variável. Os tribunais variam no grau em que tomam iniciativa com o propósito de desenvolver um ramo do direito (a “Síndrome de Lord Mansfield” — ver Lowry [1973]) ou de proteger ativamente alguma classe de partes vulneráveis. [\* A expressão tem como referência a atuação do juiz inglês William Murray (1705-1793), conhecido por tomar iniciativa na resolução de difíceis problemas relacionados a leis comerciais. (N. T.).]

<sup>61</sup> Como Rothstein (1974, p. 506) sintetiza, os honorários advocatícios e os

[...] Custos com tribunal, testemunhas (principalmente especialistas), investigação, gratificação dos informantes, publicações processuais, transcrição e qualquer bônus necessário para garantir o prejuízo dos adversários — tudo torna o litígio uma tarefa cara, proporcionando, assim, vantagem para aqueles que detêm recursos financeiros abundantes.

<sup>62</sup> Um rol mais aprofundado de limitações institucionais deve ser mencionado aqui: limitações no âmbito das matérias que os tribunais atendem, o tipo de solução que eles

As vantagens conferidas pela passividade institucional são reforçadas pela sobrecarga crônica que costuma caracterizar essas instituições<sup>63</sup>. Tipicamente há muito mais demandas do que recursos institucionais para o julgamento integral de cada uma. De diversas maneiras, a sobrecarga cria pressão para que os requerentes negociem ao invés de seguirem com o processo:

- a) por causar atraso (e, por meio disso, diminuir o valor da reparação);
- b) por aumentar os custos (de manter o caso ativo);
- c) por induzir os funcionários das instituições a valorizar reduções na lista de causas pendentes, desencorajando julgamentos integrais em prol de negociações, estereótipos e processamentos rotineiros<sup>64</sup>;

podem proporcionar e sua capacidade de execução sistemática são discutidos a seguir (na subseção “Mudança de regras”, seção “Estratégias para reformas”).

- 63** Acerca do suprimento limitado de aparatos institucionais, considere-se a estimativa de Saari (1967) de que, no início dos anos 1960, o gasto total do governo com as justiças civil e criminal nos EUA foi de, aproximadamente, quatro a cinco bilhões de dólares ao ano. (Desse total, aproximadamente 60% foi para polícia e acusação, cerca de 20% para punições e 20% para os tribunais.) Isso significava cerca de 2,5% de gastos diretos dos governos norte-americanos. Em 1965-1966, os gastos com o Judiciário representaram 1/17 de 1% do orçamento federal total; 6/10 de 1% do orçamento dos estados; e algo inferior a 6% do orçamento dos condados e a 5% do orçamento das cidades.
- 64** A substituição de julgamento por negociação não deve ser considerada como um reflexo de deficiência institucional. Até nos casos criminais isso parece ser providencial:

É histórica e estatisticamente elementar que os sistemas de tribunais — o número de juízes, promotores e salas de audiência — tenham sido baseados na premissa de que aproximadamente 90% de todos os acusados [criminais] confessam a culpa, restando apenas mais ou menos 10% para ser processado [...] As consequências do que pode parecer apenas uma pequena mudança porcentual na taxa de confissão podem ser tremendas [...] [. Em] Washington, D.C. [...] a taxa de confissão caiu para 65% [...] [. Doze], dos quinze juízes em serviço ativo, foram designados para a pauta criminal e mal conseguiram dar conta [...] [. Isso] ter acontecido na capital nacional, que deveria ser um modelo para a nação e uma vitrine para o mundo, foi pouco menos que um desastre (Burger, 1970, p. 931).

d) por induzir o fórum a adotar regras restritivas para desencorajar o litígio<sup>65</sup>.

Assim, a sobrecarga aumenta o custo e o risco do julgamento, além de blindar as regras existentes contra questionamentos, o que diminui as oportunidades de mudá-las<sup>66</sup>. Isso tende a [primeiramente] favorecer os beneficiários das regras existentes.

Em segundo lugar, ao intensificar a dificuldade de contestação das práticas correntes, a sobrecarga também favorece aqueles que se beneficiam da negligência (ou da violação sistemática) às regras que favorecem seus adversários.

Terceiro, a sobrecarga tende a proteger o possuidor — ou seja, a parte que tem dinheiro ou bens — contra o requerente<sup>67</sup>. Na maior parte das vezes, isso conta para favorecer os JHs em detrimento dos PEs, já que JHs normalmente podem arquitetar operações que os coloquem na posição de possuidor<sup>68</sup>.

<sup>65</sup> Sobre o confronto institucional com a sobrecarga, ver Friedman (1967, pp. 798 e ss.).

<sup>66</sup> Ver Foote (1956, p. 645) sobre a raridade da apelação em casos de vadiagem. Powell e Rohan (1968, pp. 177-8) observam que o contrato de aluguel comum (semanal ou mensal)

[...] é muito importante sociologicamente no sentido de que a habitação condiciona a vida doméstica de uma fração substancial da população. Por outro lado, a insignificância financeira dos direitos envolvidos resulta numa considerável escassez de decisões publicadas dos tribunais a esse respeito. Suas consequências jurídicas estão majoritariamente fixadas no massivo tratamento “de balcão” dispensado aos casos de “proprietário e inquilino” nos tribunais locais. Assim, esse tipo de situação, considerada de grande importância sociológica, é quase negligenciada quando avaliada a partir de seu teor jurisprudencial.

<sup>67</sup> Também no processo penal o “possuidor” (nesse caso, da mobilidade do réu) desfruta grandes vantagens. Sobre a maior probabilidade de condenação e de julgamentos severos daqueles presos durante o processo, ver Rankin (1964) e Wald (1964). Engle (1971) verificou que, entre os condenados, a situação de pré-julgamento explica mais sobre a variação na severidade da sentença do que qualquer outro dos 23 fatores testados.

<sup>68</sup> Ver Leff (1970a, p. 22) sobre a tendência de os credores JHs se colocarem na posição de possuidor e, com isso, deslocarem para o devedor PE os custos do “devido processo”.

Por fim, a situação de sobrecarga significa que existem mais compromissos no sistema formal do que recursos para honrá-los — mais direitos e regras “nos livros” do que é possível proteger ou executar. Há, assim, questões de prioridade na alocação dos recursos. Poderíamos esperar que os juízes, policiais, administradores e outros responsáveis pela gerência dos limitados aparatos institucionais fossem responsivos aos demandantes\* mais organizados, atentos e influentes<sup>69</sup>. De novo, esses tendem a ser os JHs.

Assim, aparatos institucionais sobrecarregados e passivos constituem o cenário no qual as vantagens de posição estratégica e serviços jurídicos dos JHs podem operar por completo<sup>70</sup>.

Existem, no entanto, instâncias nas quais PEs podem utilizar a sobrecarga como vantagem: por exemplo, o acusado solto por fiança pode se beneficiar do atraso. Ver a observação de Engle (1971) sobre o “efeito que o tempo tem de enfraquecer a posição do promotor”. Manifestantes ou inquilinos em boicote\* podem ameaçar pedir julgamentos por júri, mas a efetividade dessa tática depende de um grau de coordenação que leve a efeito a mudança de escala. [\* No original, “*rent-strikers*”. A expressão é utilizada para se referir a um grupo organizado de inquilinos — habitantes de um mesmo prédio, por exemplo — que, coletivamente, suspendem o pagamento de aluguéis como forma de protesto contra serviços inadequados (N. T.).]

- \* No original, “*constituent*” (eleitor). Nos Estados Unidos é comum que certos cargos públicos (como juiz e promotor, por exemplo) sejam preenchidos mediante algum tipo de processo eleitoral. (N. T.)
- <sup>69</sup> Por exemplo, o tribunal estudado por Zeisel et al. (1959, p. 7) “[...] tinha optado por concentrar todo o atraso na agenda dos júris de indenização por dano pessoal e manter todo o restante do calendário em dia, concedendo prioridade para cobertura de casos comerciais [...] e de danos pessoais que não fossem a júri”. (A reparação nesses últimos era de aproximadamente 20% abaixo do que o júri concedia em casos comparáveis [Zeisel et al., 1959, p. 119].)
- <sup>70</sup> Esta análise não fez menção separada à corrupção, isto é, à venda, pelos encarregados, de resultados divergentes daqueles prescritos nas normas autorizadas. À medida que tais atividades são analiticamente distintas de prioridades favoráveis e “omissão benigna”, deve-se observar que, desde que tal iniciativa em qualquer escala considerável esteja confinada aos organizados, profissionais e ricos, isso propicia ainda outra camada de vantagens para algumas classes de “quem tem”.

4 | **REGRAS**<sup>71</sup>

Pressupomos aqui que as regras tendem a favorecer interesses mais antigos e culturalmente dominantes<sup>72</sup>. Isso não significa que elas sejam explicitamente traçadas para favorecer esses interesses<sup>73</sup>, mas que aqueles grupos

- 71** Gostaria de enfatizar que o termo “regras” é utilizado aqui como uma abreviação para todo o conhecimento normativo autorizado. É desnecessário para a proposta deste texto uma tomada de posição sobre a questão de se todo esse conhecimento consiste em regras ou se princípios, políticas, valores e padrões são mais bem compreendidos quando tomados como fundamentalmente diferentes. Para meus propósitos, basta observarmos que esse conhecimento já é suficientemente complexo a ponto de o resultado de muitos casos ser problemático e antecipadamente incognoscível.
- 72** Mesmo considerando que cada instância de formulação de regras representadas como “justas” faz uma conciliação entre os interesses de “quem tem” e os de “quem não tem”, nós deveríamos esperar que o estoque de regras existentes em um dado momento se inclinasse em favor de “quem tem”. O argumento é o seguinte (cf. Kennedy 1973, pp. 384-5): no momento de sua formulação, cada regra representa um consenso vigente sobre um resultado equitativo em meio a interesses competitivos. Com o passar do tempo, esse consenso muda, de modo que muitas regras ficam desalinhadas dos entendimentos correntes de justiça. Os formuladores de regras (legislativas, administrativas e judiciais) podem atender a apenas alguns de todos os possíveis reajustes. Quais serão atendidos depende em grande medida da iniciativa daqueles envolvidos em levantar a questão e em mobilizar apoio para obter uma declaração de consenso vigente mais favorável. “Quem tem” (ricos, profissionais, jogadores habituais) goza de uma maior capacidade para induzir tais declarações (ver a sétima vantagem dos JHs, apresentada anteriormente na seção “Uma tipologia das partes”). É provável, assim, que eles desfrutem dos benefícios oportunos das mudanças do consenso social a seu favor. PEs, por outro lado, irão geralmente achar que é difícil assegurar mudanças oportunas nas regras para conformar um novo consenso mais favorável a eles. Sendo assim, JHs serão os beneficiários da defasagem entre regras cristalizadas e consensos vigentes. Desse modo, mesmo com as hipóteses mais favoráveis de formulação de regras, o mero fato de que elas se acumulam com o tempo — e de que é necessário gasto de recursos para superar as defasagens — já, em si, proporciona aos JHs um conjunto de regras relativamente mais favoráveis do que o consenso vigente proporcionaria.
- 73** Às vezes este é o caso: considere-se, por exemplo, as regras de locação. Ohlhausen (1947) sugere que regras referentes à viabilidade de liminares revelam um padrão que favorece

que se tornaram dominantes articularam de modo bem-sucedido suas operações às regras pré-existentes<sup>74</sup>. Conforme as regras forem imparciais ou favorecerem “quem não tem”, os recursos limitados para sua implementação serão alocados, como argumentei, para atribuir maior efeito àquelas regras que protegem e promovem os interesses tangíveis dos grupos organizados e

as causas prováveis de serem apresentadas por “bem-nascidos” em detrimento das demandas levantadas por pobres.

- 74** Assim, o moderno grupo de vendedores-credores construiu sua operação a partir da destruição da proteção ao consumidor na doutrina do possuidor de boa-fé\*, originariamente desenvolvida para o propósito inteiramente diferente de garantir a circulação de títulos de crédito. Ver Rosenthal (1971, pp. 377 e ss.). Shuchman (1971, pp. 761-2) menciona como, nas falências dos consumidores:

[...] Os credores ajustaram tanto as suas práticas que provas suficientes estarão convenientemente disponíveis para excluir a maior parte dos empréstimos aos consumidores do perdão sob a seção 17a(2). Eles utilizam amplamente renovações, renegociações e novos empréstimos para saldar antigos, tornando frequentemente a dívida integral do consumidor impossível de ser quitada. A seção 17a(2) institui, com efeito, uma medida permissiva — o esqueleto de um formulário que o credor pode preencher para criar débitos impossíveis de quitação — que operou para destituir o direito do consumidor dos benefícios de um perdão na falência.

No mesmo sentido, Shuchman (1969) mostra que concessionárias e instituições financeiras JHs desenvolveram padrões para revenda de automóveis reempossados que, mesmo atendendo às exigências estatutárias de revenda, permitem uma série de lucrativas revendas e, por consequência, produzem substantivas reclamações de defeito. Normalmente, invocam os conhecidos poderes adaptáveis de atividades reguladas que conseguem, nos termos do capítulo 2 de Hamilton (1957), converter “regulações em liberdade” e “controles em sanções”.

\* No original, doutrina do “*holder in due course*”. De acordo com essa doutrina, uma pessoa que de boa-fé comprou uma nota promissória de terceiros poderia exigir, de qualquer modo, seu pagamento. Esse portador adquire o título de crédito livre de qualquer reclamação, já que foi suprimido o direito que o devedor teria de eventualmente contestar a cobrança (alegando fraude ou pagamento anterior). Com isso, por exemplo, um consumidor que, por meio de um título de crédito, comprou um bem defeituoso perde o direito de reclamar na justiça. (N. T.)



influentes. Além disso, as exigências do devido processo, com suas barreiras ou proteções contra a ação precipitada, tendem naturalmente a proteger o possuidor ou o proprietário contra o demandante<sup>75</sup>. Por fim, as regras são complexas<sup>76</sup> e problemáticas o bastante (ou capazes de assim o serem se recursos suficientes forem gastos para isso), de modo que diferenças na quantidade e na qualidade dos serviços jurídicos afetarão a capacidade de extrair vantagens delas<sup>77</sup>.

Assim, chegamos à Figura 3, que resume por que “quem tem” tende a sair na frente. Ela indica as camadas de vantagens aproveitadas por diferentes (mas em grande medida sobrepostas) classes de “quem tem” — vantagens que se entrelaçam, se reforçando e se protegendo mutuamente.

- 75** Para alguns exemplos de proprietários-réus que exploram a armadura completa de artifícios processuais a fim de aumentar o custo para os demandantes, ver Schrag (1969) e Macaulay (1966, p. 98). Large (1972) demonstra como, nos litígios de meio ambiente, as doutrinas de legitimidade, competência e outras barreiras processuais efetivamente obstruem a aplicação de leis substantivamente favoráveis. Ao enfrentarem sucessivamente essas regras, os ambientalistas vencem muitas escaramuças, mas poucas batalhas.
- 76** Ver a observação de Tullock (1971, pp. 48-9) de que complexidade e detalhe (o “labirinto” das regras jurídicas) em si conferem vantagens às “pessoas com inteligência acima da média, com interesses literários e acadêmicos” — e, por extensão, àqueles que podem desenvolver *expertise* ou empregar assistência profissional.
- 77** Para um exemplo da potência da combinação de complexidade com *expertise* para frustrar a reparação, ver Laufer (1970). É claro que a vantagem pode não derivar do resultado, mas da própria complexidade, custo e incerteza do processo judicial. Borkin (1950) mostra que, em um cenário de competição econômica entre unidades de tamanho e recursos discrepantes, litígios envolvendo patentes podem ser usados como uma tática de batalha econômica. Ver Hamilton (1957, pp. 75-6).

**FIGURA 3**

POR QUE "QUEM TEM" TENDE A SAIR NA FRENTE

|                               | <b>Vantagens</b>                                                                                                                                                                                                                      | <b>Aproveitado por</b>                                                                                                      |
|-------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Partes</b>                 | Capacidade para estruturar transações<br><i>Expertise</i> , especialização, economia de escala<br>Estratégia a longo prazo<br>Capacidade para disputar as regras<br>Reputação de negociador<br>Capacidade para investir em penetração | Jogador habitual (grande, profissional*)                                                                                    |
| <b>Serviços jurídicos</b>     | Prática, especialização, continuidade                                                                                                                                                                                                 | Organizados, profissionais*, ricos                                                                                          |
| <b>Aparatos insitucionais</b> | Passividade<br>Barreiras de custo e atraso<br>Prioridades favoráveis                                                                                                                                                                  | Ricos, experientes, organizados<br>Proprietários, possuidores<br>Beneficiários de regras existentes<br>Organizados, atentos |
| <b>Regras</b>                 | Regras favoráveis<br>Barreiras do devido processo                                                                                                                                                                                     | Mais antigos, culturalmente dominantes<br>Proprietários, possuidores                                                        |

\* No mero sentido de "fazer isso para sobreviver".

5 | **ALTERNATIVAS AO SISTEMA OFICIAL**

Estivemos discutindo a procura pelo sistema oficial para apresentar (ou se defender de) reclamações. De fato, acionar esse sistema é uma entre diversas alternativas. Nossa análise deve considerar a relação das características de todo o sistema de litigância oficial *vis-à-vis* às alternativas. Isso inclui ao menos o seguinte:

1. **Inércia**: “resignar-se”, não iniciar uma causa ou reclamação. Isso é feito o tempo todo por “autores”, seja por carecerem de informação ou de acesso<sup>78</sup>, seja porque intencionalmente concluem que o ganho é muito baixo e o custo muito alto (incluindo o custo psíquico de litigar quando tal atividade é repugnante). Os custos aumentam pela falta de informação ou de habilidade e também incluem risco. A inércia é igualmente comum em se tratando de demandantes públicos (polícia, órgãos, promotores) que detêm informação incompleta sobre violações, recursos limitados, políticas minimalistas, programação de prioridades e assim por diante<sup>79</sup>.
  
2. **“Saída”**: retirada de uma situação ou de um relacionamento por meio de mudança, demissão, rompimento das relações, encontro de novos sócios etc. Este é, obviamente, um expediente muito comum em vários tipos de problemas. Assim como a “resignação”, é uma alternativa à invocação de qualquer tipo de sistema de reparação — embora sua presença como sanção possa ser importante para o funcionamento de outras soluções<sup>80</sup>. O uso das opções de “saída” depende da disponibilidade de oportunidades

<sup>78</sup> Sobre os contornos da “inércia”, ver Levine e Preston (1970), Mayhew e Riess (1969), Ennis (1967), Republican Research (1970) e Hallauer (1972).

<sup>79</sup> Ver Rabin (1972) e Miller (1969) (promotores); Lafave (1965) e Black (1971) (polícia) e, de modo geral, Davis (1969). Os tribunais não são as únicas instituições no sistema legal que estão cronicamente sobrecarregadas. Tipicamente, órgãos com responsabilidades de executar leis têm muito mais compromissos oficiais do que recursos para levá-los adiante. Assim, a “execução seletiva” é típica e difundida: as políticas que fundamentam a seleção encontram-se, em sua maioria, fora do alcance do “direito superior”. Acerca da interação entre execução e desenvolvimento normativo, ver Gifford (1971).

<sup>80</sup> Sobre a saída ou retirada como uma sanção, ver nota 42. Para uma tentativa de explorar as propensões para escolher entre resignação, saída e voz, como resposta a problemas de vizinhança, ver Orbell e Uno (1972). “Saída” provavelmente inclui muito do que é colocado na rubrica de “autotutela”. Algumas formas comuns de autotutela, como tomar posse da propriedade, normalmente representam uma operação de recuperação provocada pela saída da parte, enquanto outras, como a força, estão provavelmente mais próximas dos sistemas de resolução de disputas discutidos a seguir.

ou de sócios alternativos (e informação acerca deles), dos custos de retirada, transferência, realocação e desenvolvimento de novos relacionamentos e da força da lealdade aos arranjos prévios — além da viabilidade e custo de outras soluções<sup>81</sup>.

3. Se dirigir a algum sistema de controle não oficial — temos familiaridade com diversas instâncias nas quais as disputas são resolvidas fora do sistema de litigância oficial. Aqui nós devemos distinguir (a) aqueles sistemas de resolução de disputas que são normativa e institucionalmente anexos ao sistema oficial (tais como negociações que envolvem acidentes de trânsito e o tratamento de cheques sem fundo) de (b) aqueles sistemas de resolução que são relativamente independentes em regras e sanções (tais como empresários resolvendo entre si disputas, grupos religiosos, gangues).

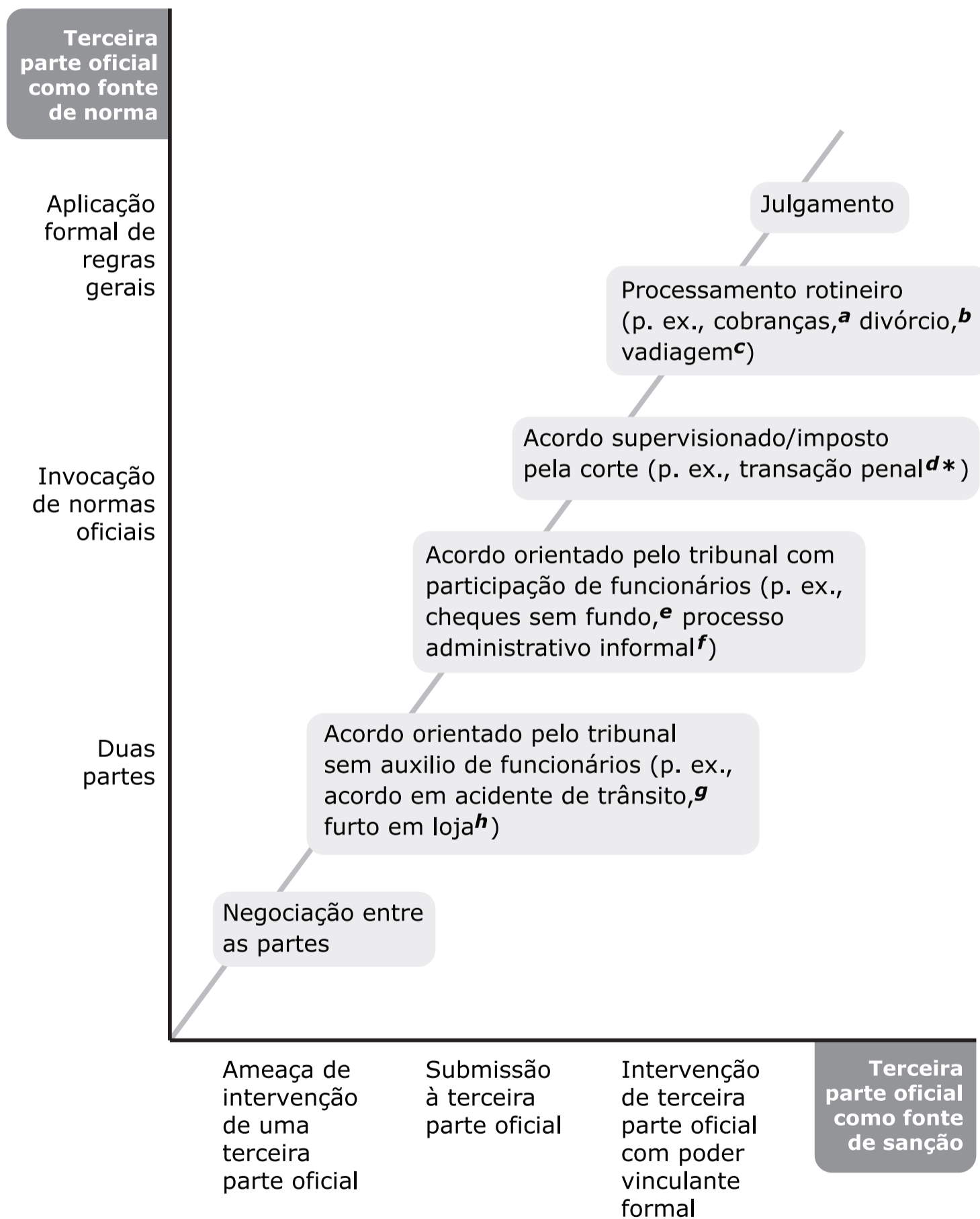
O que poderíamos chamar de sistemas de resolução de disputas “anexos” se funde de forma imperceptível no sistema de litigância oficial. É possível separá-los de acordo com o grau em que a intervenção oficial se aproxima do formato do julgamento. Encontramos um *continuum*: desde situações nas quais as partes negociam entre si com “um olho” nas regras e nas sanções oficiais, passando por situações em que a intervenção oficial é invocada, por aquelas em que o acordo é supervisionado e/ou imposto pelos funcionários, até o julgamento integral (ver Figura 4). Ao longo de toda essa linha, a sanção é proporcionada pelo sistema oficial (embora nem sempre da maneira prescrita no “direito superior”<sup>82</sup>) e as normas ou regras aplicadas são uma versão das oficiais, não obstante elas serem distorcidas pelo uso seletivo segundo os propósitos das partes e o resultado de sua aplicação sofrer descontos em função dos custos de transação.

<sup>81</sup> Há, obviamente, alguns casos (tais como divórcio e falência) nos quais a saída pode ser realizada apenas por meio de certificação ou permissão oficial, isto é, faz-se necessário acionar um sistema de resolução oficial para efetuar-la.

<sup>82</sup> Esse termo é utilizado para se referir ao direito como corpo de conhecimento autorizado (regras, doutrinas, princípios), em oposição às concretizações locais desse direito superior, quando ele se mistura com conhecimentos locais, prioridades e afins.

**FIGURA 4**

SISTEMAS DE RESOLUÇÃO DE DISPUTAS "ANEXOS"



- a** Jacob (1969).
- b** O’Gorman (1963); Virtue (1956).
- c** Foote (1956); Spradley (1970).
- d** Newman (1966: cap. 3); McIntyre e Lippman (1970).
- e** Beutel (1957, pp. 287 e ss.); cf. a operação do Departamento de Fraudes e Reclamações de McIntyre (1968, pp. 470-1).
- f** Woll (1960); cf. o "sistema de resolução formal informal" da divisão de veículos motores, descrita por Macaulay (1966, pp. 153 e ss.).
- g** Ross (1970).
- h** Cameron (1964, pp. 32-6).

\* N.T.: No original "*plea bargaining*". Trata-se de acordo firmado entre promotor e réu no qual este aceita ser declarado culpado pelo cometimento de um certo crime em troca de ser liberado de acusações mais severas. Apesar das diferenças, optou-se por traduzi-lo como "transação penal" devido ao caráter negociado de ambos os institutos. Enquanto no Brasil a transação penal está restrita aos crimes de menor potencial ofensivo (competência do Juizado Especial Criminal) e ocorre antes do início do processo, o *plea bargaining* é válido para todo tipo de crime e pode ser realizado em qualquer momento processual.

Devemos distinguir esses sistemas “anexos” de justiça oficial privatizada e reduzida dos sistemas informais de “justiça privada” que invocam outras normas e outras sanções. Tais sistemas de resolução de disputas são típicos entre pessoas em interação continuada, tais como em um grupo organizado, um negócio, ou uma universidade<sup>83</sup>. Ao classificar os vários tipos conforme

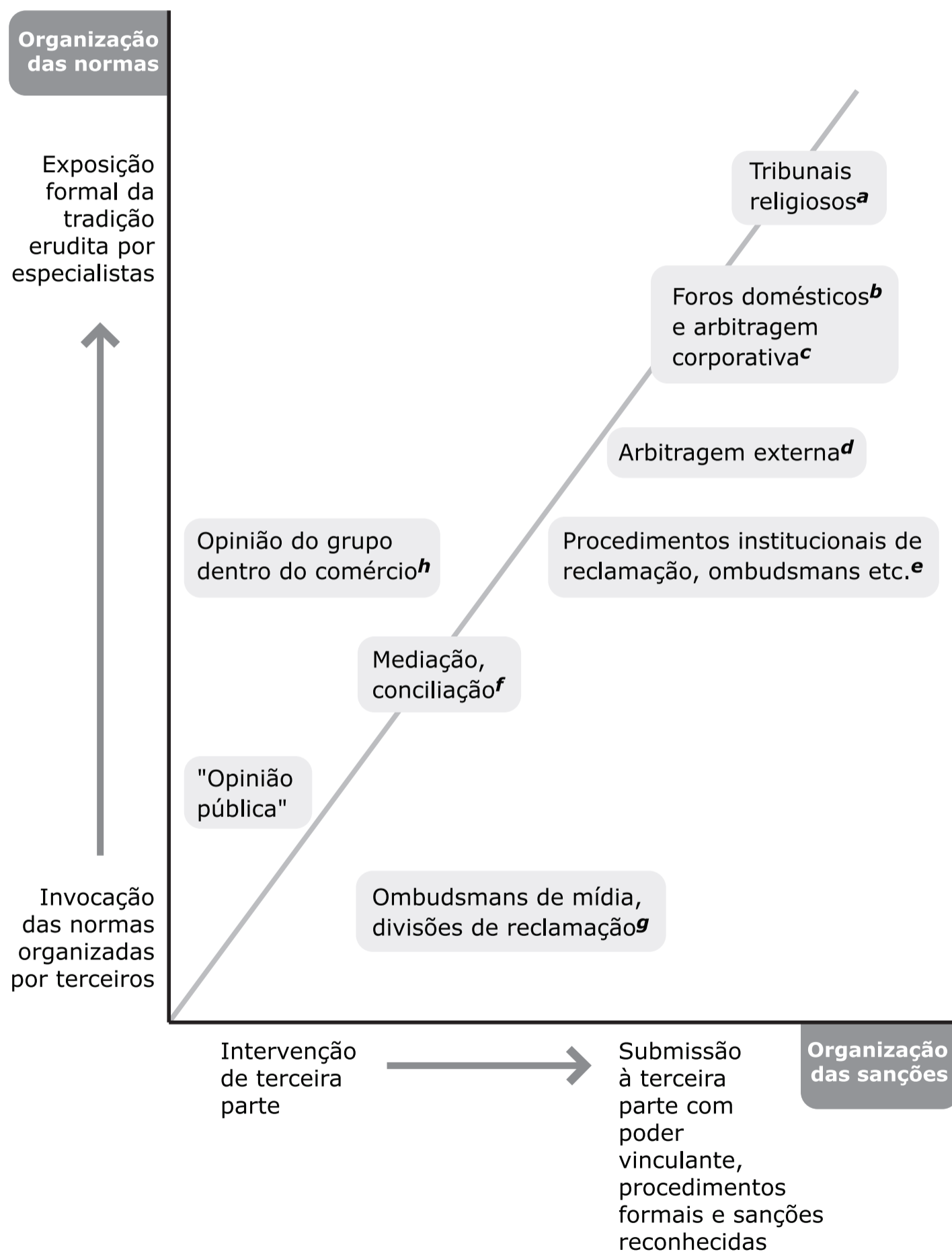
**83** Resolução “privada” de disputas pode vincular principalmente barganhas ou negociações (diádicas) entre as partes ou pode envolver a invocação de uma terceira parte na posição de tomada de decisão. Supõe-se que partes cujos papéis, em uma transação ou relacionamento, são complementares (marido/mulher, comprador/fornecedor, proprietário/inquilino) tenderão a confiar em procedimentos diádicos inscritos nas normas do grupo sem ter que passar por um aparelho especializado em declarar ou impor normas. Justamente por causa da dependência mútua das partes, a capacidade de sanção é construída dentro da relação. Por outro lado, partes que se situam em posições paralelas numa série de transações (tais como companhias aéreas ou corretores de bolsa de valores *inter se*) tendem a desenvolver sistemas de reparação a partir da exposição formal de normas e da aplicação de sanção pela terceira parte. Novamente, isso ocorre porque

alcance e tipo de intervenção de terceiros, podemos distinguir duas dimensões. A primeira é o grau em que normas aplicáveis são formalmente articuladas, elaboradas e expostas, isto é, a natureza crescentemente organizada das normas. A segunda representa a proporção em que são concedidos iniciativa e poder vinculante ao terceiro, ou seja, a natureza crescentemente organizada das sanções. Algumas conjecturas sobre a natureza de alguns dos tipos comuns de sistemas privados são apresentadas na Figura 5.

as partes têm pouca capacidade de impor diretamente ao desviante uma sanção. Essa hipótese pode ser considerada uma reformulação da proposição de Schwartz (1954) de que o controle formal aparece onde os controles informais não são efetivos — constatação que é ilustrada pelo acionamento de controles formais em um *moshav* israelense (assentamento cooperativo), mas não num *kibutz* (assentamento comunitário). Nesse caso, a interdependência daqueles que vivem no *kibutz* tornou os controles informais efetivos, enquanto os membros “independentes” dos *moshav* precisavam de controles formais. Isso ecoa a noção de Durkheim (1964) de que diferentes controles jurídicos correspondem a condições de solidariedade orgânica ou mecânica. Uma consequência disso é sugerida pela reanálise da avaliação de Mentschikoff (1961) sobre a propensão das associações comerciais para se envolver em arbitragem. Seus dados indicam que a probabilidade da arbitragem está fortemente associada com a fungibilidade dos bens (suas categorias são matérias-primas, bens não duráveis e bens duráveis). Presumivelmente, negócios que envolvem bens duráveis mais exclusivos requerem relações duradouras entre comprador e fornecedor, o que os garante com sanções para resoluções de disputas diádicas — o mesmo não acontecendo entre os negociantes de bens fungíveis. Entre esses últimos, sanções assumem a forma de exclusão do círculo de negociantes e uma terceira parte organizada (a associação comercial) é quem pode melhor prover esse tipo de sanção.

**FIGURA 5**

SISTEMAS PRIVADOS DE REPARAÇÃO





- a** *Columbia Journal of Law and Social Problems* (1970, 1971); Shriver (1966); Ford (1970, pp. 457-79).
- b** Por exemplo, a Associação internacional de transporte aéreo (Gollan, 1970); ligas e associações profissionais de esportes (Goldpaper, 1971).
- c** Mentschikoff (1961, p. 859).
- d** Bonn (1972); Mentschikoff (1961, pp. 856-7).
- e** Gellhorn, 1966; capítulos 4 e 5 de Anderson (1969).
- f** Por exemplo, trabalhador-patronato, ver capítulo 3 de (Simkin, 1971); MacCallum (1967).
- g** Por exemplo, colunas de jornal destinadas a reclamações e informações, Better Business Bureaus\*.
- h** Macaulay (1963, pp. 63-4); Leif (1970a, pp. 29 ss.).

\* A Better Business Bureau é uma associação privada de proteção ao consumidor; mantém um sistema privado de resolução de conflitos (por meio da mediação e da arbitragem). (N. T.)

Nossa distinção entre sistemas de reparação “anexos” e “privados” não deve ser entendida como uma dicotomia exata, mas sim como indicação de um *continuum* ao longo do qual poderíamos alinhar os variados sistemas de reparação<sup>84</sup>. Há uma clara distinção entre sistemas anexos, como negociações que envolvem acidentes de trânsito e cheques sem fundo, e sistemas privados, como a regulação interna da máfia (Cressey, 1969; Ianni, 1972) ou da comunidade chinesa<sup>85</sup>. Os aspectos regulatórios internos de universidades, Igrejas e grupos de empresários encontram-se em algum lugar no meio do *continuum*<sup>86</sup>. É como se pudéssemos visualizar

**84** A distinção não pretende ignorar a sobreposição e a conexão que pode existir entre os sistemas “anexos” e “privados”. Ver, por exemplo, a descrição de Macaulay (1966) sobre o intrincado entrelaçamento de sistemas oficiais, anexos e privados na regulação de relações fabricante/revendedor; o relato sobre a relação entre censores oficiais e industriais no capítulo 8 de Randall (1968); e a observação de Aker (1968, p. 470) sobre a interpenetração de associações profissionais e gabinetes estatais reguladores.

**85** Sobre a regulação interna das comunidades chinesas nos EUA, ver Doo (1973), o capítulo 5 de Light (1972, pp. 89-94) e Grace (1970).

**86** Ver a discussão de Mentschikoff (1961, pp. 857-8) sobre várias espécies de arbitragem comercial. A autora distingue arbitragens dentro de “grupos de comércio fechados em

uma escala que se estende desde o sistema de reparação oficial, passando por aqueles voltados a ele, por aqueles relativamente independentes que têm como base valores semelhantes, até os sistemas independentes baseados em valores díspares (ver Figura 6)<sup>87</sup>.

que as normas e padrões do próprio grupo são mobilizados pelos árbitros” (e a sanção final é um procedimento disciplinar interno) daquelas arbitragens ocasionais, conduzidas pela Associação Norte-Americana de Arbitragem, que enfatizam normas e padrões jurídicos formais (e cuja sanção final exige que a sentença arbitral seja homologada por um tribunal).

- 87** O alongamento pontilhado da escala na Figura 6 tem o objetivo de indicar a possibilidade de sistemas privados que não são apenas estruturalmente independentes do sistema oficial, mas também nos quais os valores compartilhados consistem em uma cultura oposta. Presumivelmente, nisso se encaixariam, por exemplo, negociações de disputas internas entre revolucionários e criminosos organizados e comprometidos. Mais perto do sistema oficial poderiam estar as subculturas das gangues de delinquentes. Embora tenham sido caracterizadas como subculturas desviantes, Matza (1964, pp. 59 e ss.) argumenta, no capítulo 2 de seu livro, que, de fato, as normas desses grupos não passam de interpretações variantes da cultura jurídica oficial. Tais interpretações variantes podem estar presentes em outra parte da escala; por exemplo, empresários podem não reconhecer qualquer divergência entre suas noções de conduta comercial compulsória e o direito contratual.

**FIGURA 6**

UMA ESCALA DOS SISTEMAS DE REPARAÇÃO DESDE O OFICIAL ATÉ O PRIVADO

| SISTEMAS DE REPARAÇÃO |                         |                                                              |                                  |                       |                             |                                |
|-----------------------|-------------------------|--------------------------------------------------------------|----------------------------------|-----------------------|-----------------------------|--------------------------------|
| Oficial               | Anexo                   |                                                              | Privado                          |                       |                             |                                |
| Julgamento            | Processamento rotineiro | Estruturalmente intersticial (participação dos funcionários) | Orientado em direção ao oficial  | Articulado ao oficial | Independente                | Oposto                         |
|                       | Cobranças, divórcios    | Transação penal, recuperação de cheque sem fundo             | Acordos em acidentes de trânsito | Empresários           | Igrejas, comunidade chinesa | Gangues Máfia, revolucionários |

**EXEMPLOS**

Presumivelmente, não é acidental que alguns conflitos humanos sejam regulados frequente e influentemente pelo sistema oficial e seus anexos, enquanto outros parecem gerar controles que fazem com que raramente estes sejam acionados. Quais conflitos humanos serão provavelmente encontrados na ponta “oficial” da nossa escala e quais estarão na ponta “privada”? Sugere-se que a localização nessa escala varia conforme fatores que poderíamos resumir ao chamá-los de “densidade” do relacionamento. Ou seja, quanto mais a relação entre as partes está inserida no espaço da vida e na extensão temporal<sup>88</sup>, menos é provável que elas procurem o sistema

<sup>88</sup> Considerando que negociações realizadas por especialistas, tais como advogados de indenização por dano pessoal e de defesa, podem ser mais recorrentes e inclusivas do que negociações entre as próprias partes, poder-se-ia esperar que, toda vez que intermediários especialistas são utilizados, o sistema de reparação tende a se deslocar em direção à ponta privada do espectro. Ver Skolnick (1967, p. 69) sobre o “retorno à cooperação” na “comunidade do tribunal penal”.

oficial<sup>89</sup> e mais provável que esse relacionamento seja regulado por algum sistema “privado” independente<sup>90</sup>. Isso parece plausível porque poderíamos esperar que relacionamentos inclusivos e duradouros criassem a possibilidade de sanções efetivas<sup>91</sup> e que os participantes de tais relações

- 89** O relacionamento passageiro e símplice não é apenas mais propício a ser submetido à regulação oficial, mas aparentemente também é mais sensível ao controle jurídico formal. Ver, por exemplo, o maior sucesso dos estatutos antidiscriminatórios em lugares públicos do que em residências, bem como seu sucesso nas residências em comparação ao emprego (sucesso aqui definido como meramente um resultado satisfatório para o reclamante particular) (cf. Lockard, 1968, pp. 91, 122, 138). Mayhew (1968, pp. 245 e ss., 278 e ss.) apresenta uma demonstração interessante do maior impacto de normas oficiais nas transações que envolvem moradia do que nas relacionadas ao emprego, apesar da maior resistência às medidas de dessegregação encontrada neste último.
- 90** A capacidade de relacionamentos contínuos ou em andamento gerarem controle informal efetivo já foi diversas vezes notada (Macaulay, 1963, pp. 63-4; Yngvesson, 1976). Não é a duração temporal *per se* que proporciona a possibilidade de controle, mas o caráter seriado ou incremental do relacionamento, o que fornece múltiplas oportunidades de escolha nas quais as partes podem buscar e induzir ajustes na relação. O relacionamento entre devedor/credor de hipoteca é duradouro, mas é do tipo que depende fortemente da regulação oficial, precisamente porque a estrutura é fixa e as partes não podem modificá-la nem dela se retirar. Ele contrasta com os relacionamentos proprietário/inquilino, marido/mulher, comprador/fornecedor, nos quais são requisitados estímulos recorrentes de atividade cooperativa e cuja retenção influencia as partes a garantir ajustes. Schelling (1963, p. 41) sugere que a teoria dos jogos proporcionaria uma base para isso: ameaças utilizadas para dissuadir um dado ato podem ser desferidas com mais credibilidade se forem capazes de ser decompostas em um número de pequenas ameaças consecutivas.
- 91** Inversamente, o sistema oficial tenderá a ser utilizado onde tais sanções não estão disponíveis, isto é, quando o demandado não tem esperança de qualquer fluxo de benefícios a partir de relações futuras com o demandante (ou com aqueles cuja relação futura com o demandado será influenciada por sua resposta à demanda). Daí a associação da litigância com as consequências do “divórcio” (marital, comercial ou organizacional) ou com a inexistência de um “casamento” que tenha se iniciado a partir dela (por exemplo, acidentes de trânsito, crimes). Ou seja, o governo funciona como um agente reparador

compartilhassem consensos a respeito de valores<sup>92</sup> que proveriam os parâmetros para conduzir e legitimar tais sanções em caso de desvio.

A prevalência de sistemas privados não necessariamente significa que eles incorporem valores ou normas em competição ou opostos àqueles do sistema oficial. Nossa análise não atribui a pluralidade de sistemas de reparação às diferenças culturais enquanto tais. Ela sugere que a utilização do sistema oficial ocorre quando há uma disparidade entre estrutura social e norma cultural. Ou seja, ele é utilizado quando a interação e a vulnerabilidade criam encontros e relacionamentos que não dão origem a normas compartilhadas (elas podem ser insuficientemente compartilhadas ou não específicas o bastante) e/ou não geram estruturas de grupo que permitam a aprovação de tais normas<sup>93</sup>.

de última instância: será mobilizado em situações nas quais uma parte teve uma perda e a outra parte não tem nenhuma expectativa de qualquer benefício futuro da relação.

- 92** Isso não significa que os valores dos participantes sejam completamente independentes e distintos daqueles autorizados oficialmente. É mais comum a existência daquilo a que nos referimos (na nota 87) como “interpretações variantes”, nas quais elementos da tradição autorizada são reordenados à luz das compreensões e prioridades localizadas. Por exemplo, a compreensão do processo penal pela polícia (Skolnick, 1966, pp. 219 e ss.) ou das leis de poluição do ar por departamentos de saúde (Goldstein e Ford, 1971, pp. 20 e ss.). Assim, as variações das culturas legais de várias comunidades jurídicas podem existir, no nível operacional ou de campo, com pouca consciência das divergências de princípio com relação ao “direito superior”.
- 93** Isso corrobora a noção de Bohannan (1965, pp. 34 e ss.) de que o direito abrange um nível secundário de controle social no qual normas são reinstitucionalizadas em instituições jurídicas especializadas. Mas enquanto Bohannan sugere um relacionamento constante entre a institucionalização primária das normas e sua reinstitucionalização em instituições jurídicas especializadas, a ênfase aqui está na diferença do quanto contextos institucionais podem gerar sistemas de reparação autocorretivos. Assim, sugere-se que o nível das instituições jurídicas especializadas é trazido à baila quando a institucionalização original de normas está incompleta (seja nas normas, seja na institucionalização). Bohannan (1965, pp. 37 e ss.) elabora sua análise ao sugerir que o domínio jurídico pode ser visualizado como contendo várias zonas enquanto “os tipos de sistemas municipais

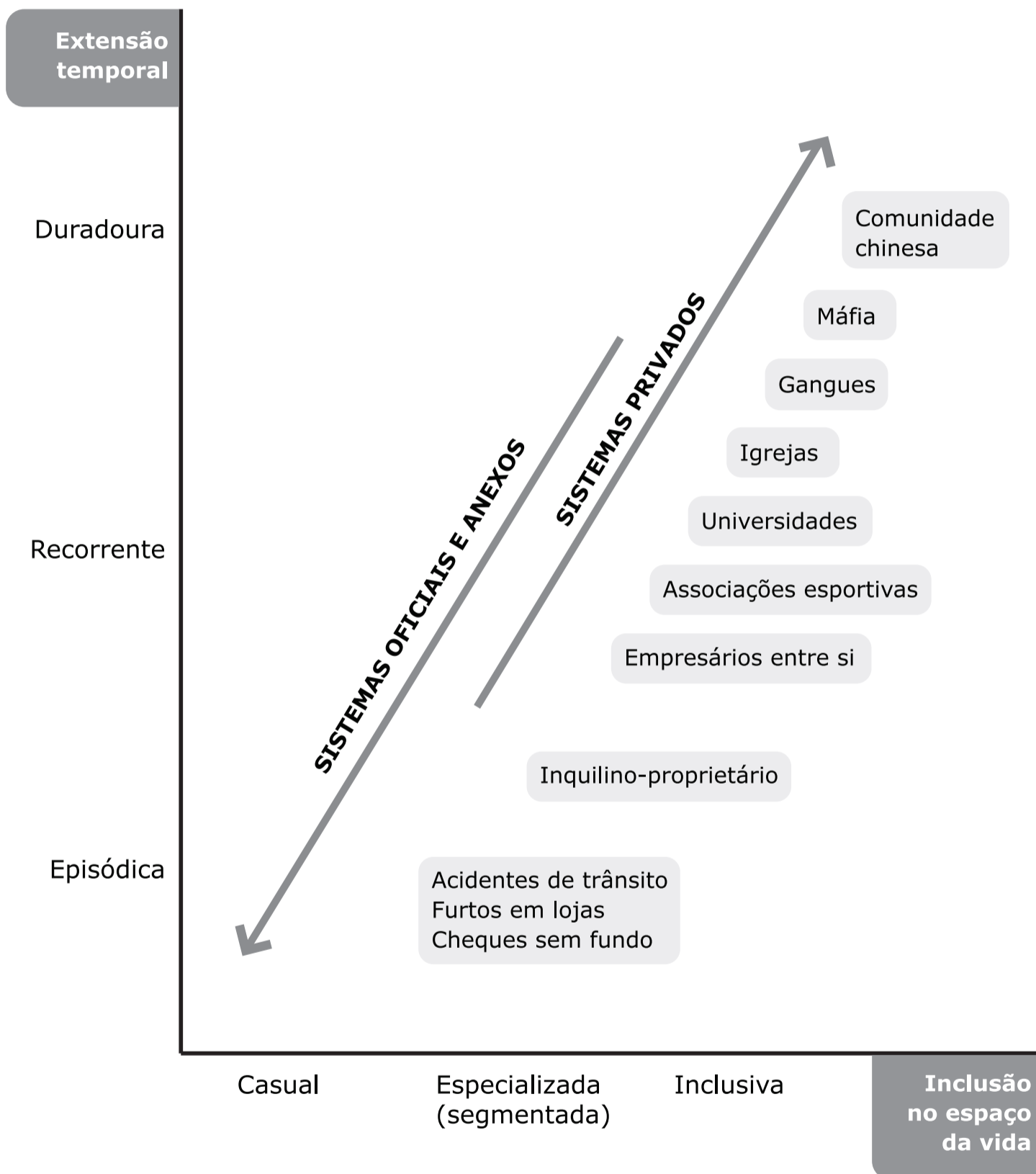
A Figura 7 esboça essas relações de densidade variada e sugere a localização de vários sistemas de reparação oficiais e privados.

estudados pela maioria dos juristas lidam com uma única cultura jurídica dentro de um sistema de poder com um único centro”. (Em tal tipo de sistema, diferenças entre prática institucional e prescrição jurídica são questões de fase ou de defasagem.) Divergências com relação à uniformidade (cultural, política ou ambas) definem outras áreas do domínio jurídico: respectivamente, direito colonial, direito em sociedades sem Estado e direito internacional.

A análise aqui sugere que os próprios “sistemas municipais” podem ser retalhos nos quais consenso normativo e uniformidade efetiva de poder convergem apenas imperfeitamente. Assim, podemos esperar que um único sistema jurídico incluísse fenômenos correspondentes a outras regiões de seu esquema de domínio jurídico. O descompasso entre o “direito nos livros” [*law in the books*] e o “direito na prática” [*law in action*] não seria imputável apenas à defasagem ou à “fase”, mas principalmente daria expressão à descontinuidade entre cultura e estrutura social.

**FIGURA 7**

RELAÇÃO ENTRE DENSIDADE DOS RELACIONAMENTOS SOCIAIS E TIPO DE SISTEMA DE REPARAÇÃO



Isso reafirma minha suposição de uma associação íntima entre densidade dos relacionamentos e distanciamento do sistema oficial<sup>94</sup>. Podemos também supor que os sistemas oficiais e anexos como um todo prosperam em conexão com as disputas entre partes de tamanhos desiguais que originam os litígios dos quadros II e III da Figura 1. Sistemas privados de resolução, por outro lado, mais provavelmente lidam com disputas entre partes de tamanho comparável<sup>95</sup>. Os litígios nos quadros I e IV da Figura 1 parecem, assim, representar em larga medida o colapso (ou o desenvolvimento inibido) dos sistemas de reparação privados. Certamente, a distribuição da litigância costuma formar uma imagem especular da presença dos sistemas de resolução privados. Entretanto, pelas várias razões discutidas aqui, esse espelho é distorcido.

A partir da posição favorável do “direito superior”, o que chamamos

**94** A associação postulada aqui parece se sustentar a partir de um número de aspectos distintos do processo jurídico:

*Presença de controles jurídicos:* Schwartz (1954) pode ser lido como se afirmasse que a densidade relacional (e a consequente efetividade de controles informais) está inversamente ligada à presença de controles jurídicos (definidos em termos da presença de especialistas em sanção).

*Invocação (mobilização) de controles oficiais:* Black (1971, p. 1.097) observa que a prontidão dos queixosos para invocar a polícia e sua insistência na prisão estão associadas à “distância relacional” entre as partes. Ver a observação de Kawashima (1963, p. 45) de que, no Japão, onde a litigância era rara entre partes que mantinham relacionamentos duradouros (regulados por ideais compartilhados de harmonia), a procura por funcionários oficiais era comum quando tais laços estavam ausentes, como em casos de disputas entre aldeias ou entre seguradora e devedor.

*Elaboração de doutrina autorizada:* Derrett (1959, p. 54) sugere que o grau de elaboração de conhecimento doutrinário autorizado pela lei hindu clássica se relaciona com a probabilidade de que os fóruns que aplicam tais doutrinas sejam invocados, o que seria dependente, por sua vez, da ausência de controles domésticos.

**95** Existem, obviamente, exceções, como a administração, pelos fabricantes de automóveis, das demandas por fiança, descritas por Whitford (1968), ou dos foros que tratam das relações internas desses mesmos fabricantes, descritos por Macaulay (1966).



de sistema oficial pode ser visualizado como as camadas “de cima” de um maciço *iceberg* “jurídico”<sup>96</sup>, algo como:

- : Julgamento.
- : Litigância.
- : Sistemas de negociação anexos.
- : Sistemas de negociação privados.
- : Soluções de saída/autotutela.
- : Inércia (resignação).

As camadas desiguais e irregulares são distintas, apesar de se misturarem imperceptivelmente umas com as outras<sup>97</sup>. Conforme prosseguirmos discutindo as possíveis reformas do sistema oficial, gostaríamos de considerar o tipo de impacto que elas terão na totalidade do *iceberg*.

Vamos olhar para algumas das conexões e fluxos entre as camadas principalmente a partir do ponto de vista da construção do próprio *iceberg*, mas estamos cientes de que conexões e fluxos são também influenciados por fatores atmosféricos (culturais), como disposição de proteção, custo psíquico da litigância, cultura dos advogados e assim por diante.

<sup>96</sup> O *iceberg* não é propriamente jurídico, por isso as aspas. Isto é, eu não pretendo atribuir quaisquer características que poderiam definir o “jurídico” (funcionários oficiais, sanções coercitivas, especialistas, regras gerais) para todas as instâncias do *iceberg*. Trata-se de um *iceberg* de disputas ou demandas potenciais, e o grau de legalização de qualquer de seus setores é problemático (cf. Abel, 1974).

<sup>97</sup> Isto contrasta com a mais simétrica “grande pirâmide da ordem jurídica” visualizada por Hart e Sacks (1958, p. 312). Enquanto a pirâmide de Hart e Sacks retrata tomadas de decisão privadas e oficiais como momentos sucessivos de uma ordem institucional e normativa integrada, o presente modelo de “*iceberg*” sugere que a existência de sistemas díspares de resolução de disputas é um reflexo de descontinuidades culturais e estruturais.

## 6 | **ESTRATÉGIAS PARA REFORMA**

Nossa categorização de quatro camadas de vantagens (Figura 3) sugere uma tipologia de estratégias para “reforma” (considerada aqui no sentido de equalização — concessão de relativa vantagem para aqueles que não se aproveitavam disso antes). Chegamos assim a quatro tipos de reformas equalizadoras:

- a) mudança de regras;
- b) melhoria dos aparatos institucionais;
- c) melhoria dos serviços jurídicos em quantidade e qualidade;
- d) melhoria da posição estratégica de “quem não tem”.

Tentarei esboçar alguns dos possíveis desdobramentos que mudanças em cada um desses níveis acarretam para as outras partes do sistema de litigância e então discutirei a relação entre mudanças no sistema de litigância e o resto do nosso *iceberg* jurídico. Tais reformas, é claro, não serão necessariamente executadas de modo isolado e podem se combinar de várias maneiras. Para nossos propósitos, no entanto, iremos em primeiro lugar discutir cada tipo individualmente, para depois tomá-los em conjunto.

### 6.1 | **Mudança de regras**

Conseguir mudanças favoráveis de regras é um processo caro. Os vários tipos possíveis de “quem não tem” dispõem de menos recursos para conquistar mudanças por meio da legislação ou da elaboração de políticas administrativas. As vantagens dos organizados, dos profissionais, dos ricos e dos atentos nesses fóruns são bem-conhecidas. O processo judicial, por outro lado, tem um sabor de igualdade. As partes são “iguais perante a lei” e as regras do jogo não permitem que empreguem todos os seus recursos no conflito, exigindo que procedam dentro das formas limitadas do processo. Assim, o litígio é uma arena particularmente atraente para “quem não tem”, inclusive para aqueles em busca de mudança de regras<sup>98</sup>. Aqueles que buscam mudança por

<sup>98</sup> Hazard (1970, pp. 246-7) sugere que, entre os atrativos dos tribunais, se incluem o de que eles são abertos por direito, são receptivos aos argumentos baseados em princípios

meio dos tribunais tendem a representar interesses relativamente isolados, sendo incapazes de vencer uma batalha em outros fóruns políticos<sup>99</sup>.

O processo judicial, no entanto, pode não ser uma fonte imediata de mudança de regras para “quem não tem”. Complexidade, necessidade de elevados investimentos em serviços jurídicos e barreiras de custo (reforçadas por aparatos institucionais sobrecarregados) tornam caro o questionamento das regras. Demandantes PEs, com apostas elevadas no resultado tangível, provavelmente não tentarão obter mudanças de regras. Por definição, um caso-teste — litígio deliberadamente designado para produzir mudança de regras — é uma tarefa impensável para um PE. Há alguns afastamentos com relação a nosso tipo ideal: PEs que valorizam a proteção por meio de regras oficiais ou para os quais uma situação estratégica peculiar faz com que seja de seu interesse perseguir vitórias normativas<sup>100</sup>. Mas geralmente o caso-teste envolve alguma organização que se aproxima do JH<sup>101</sup>.

e oferecem ao advogado um fórum no qual não possui responsabilidade pelas consequências de fazer seu argumento prevalecer.

<sup>99</sup> A esse respeito, ver Dolbeare (1967, p. 63). Owen (1971, pp. 68, 142) relata o achado paralelo de que, em dois condados da Geórgia, “formadores de opinião e pessoas influentes raramente utilizam os tribunais, exceto para compensações econômicas”. Ver a observação de Howard (1969, p. 346) de que

[...] o recurso ao tribunal é preeminentemente um método para indivíduos, grupos menores e minorias que carecem de acesso ou força suficiente na arena política para mobilizar uma mudança favorável nas coalizões legislativas.

<sup>100</sup> Há situações em que nenhuma negociação é aceitável para o PE. O caso mais comum talvez seja o do preso que busca reparações pós-condenação. Ele tem um tempo “infinito”, sem custos, e nada mais a perder. Podem ser imaginadas outras situações nas quais um PE tem apenas a ganhar com um caso-teste e tem os recursos para gastar nisso. Considere-se, por exemplo, o médico acusado em dez processos de aborto ilegal. Mesmo que concordasse em se declarar culpado em um processo (no caso de o Estado desistir dos outros), aceitando a pena de suspensão, ainda assim perderia sua licença. Cada ano de atraso vale dinheiro: qualquer que seja o resultado, os benefícios do atraso são maiores do que os custos do litígio em andamento.

Quando o preço das alternativas se torna inaceitavelmente alto, podemos encontrar PEs nadando contra a corrente diante de uma regra clara ou de uma desvantagem estratégica. (Ver a explosão de casos a respeito de serviço militar obrigatório nos anos de 1960.) Tal processo pode ser facilitado, por exemplo, pela livre entrada proporcionada por taxas contingentes. Ver a descrição de Friedman e Ladinsky (1967) sobre a erosão da regra do colega de trabalho\* devido às sólidas derrotas que ela sofreu em litígios perpetrados por trabalhadores feridos que contavam com a livre entrada [aos tribunais] e não tinham nenhum outro lugar para se dirigir. [\* No original, “*fellow servant rule*”. De acordo com essa regra, o empregador não seria responsável por dano sofrido pelo empregado que se deu em consequência da negligência de um colega de trabalho. (N. T.)]

- 101** Ver Vose (1967) sobre a estratégia da NAACP no caso-teste acerca das áreas com cláusulas restritivas\*. Ao selecionar casos para promover um interesse (e não apenas servir clientes), a NAACP se tornou um JH com as correspondentes vantagens estratégicas sobre as partes adversárias. O grau de suporte organizacional proporcionado por grupos de interesse para a litigância que afeta poderes municipais é descrito em Vose (1966). Dolbeare (1967, p. 40), entretanto, no seu estudo a respeito da litigância em assuntos de política pública num condado suburbano, verificou uma completa ausência de patrocínio e participação de grupos de interesse nos casos que estavam sendo julgados em nível local. Vose (1972, p. 332) conclui um retrospecto histórico observando que:

A maioria dos casos constitucionais perante a Suprema Corte [...] é patrocinado ou sustentado voluntariamente por uma associação identificável [...] [Isso] tem sido marcadamente verdadeiro por décadas.

Na direção contrária, Hakman (1966, 1969) constatou ser relativamente rara a condução dos litígios, junto à Suprema Corte, por grupos organizados com estratégias coerentes e de longo alcance. Casper (1970), no entanto, sustenta que a litigância sobre liberdades e direitos civis na Suprema Corte está, de modo crescente, sendo conduzida por advogados que são “defensores de grupo” (isto é, que têm compromisso de longo prazo com um grupo com cujos objetivos ele se identifica) ou “libertários civis” (ou seja, que têm compromisso impessoal com a proteção de amplos princípios), em detrimento de advogados que representam clientes. Ele sugere que tais tipos de representação levam à proposição de questões mais gerais a serem decididas.

[\* No original, “*restrictive covenant area*”. Trata-se de uma provisão contratual impondo restrições a alguma terra ou propriedade. No caso específico combatido pela NAACP, cláusulas restritivas raciais impediam que pessoas negras pudessem comprar imóveis em determinados bairros (considerados bairros exclusivos de pessoas brancas). (N. T.)]

A arquitetura dos tribunais limita severamente a escala e o alcance das mudanças que eles podem introduzir nas regras. Tradição e ideologia limitam os tipos de matérias que lhes são apresentadas: não práticas em série, mas casos individuais; não “problemas”, mas casos enquadrados pelas partes e peneirados por meio dos requisitos de categoria, caso (ou controvérsia), jurisdição e assim por diante. Tradição e ideologia limitam, ainda, o tipo de decisão que eles podem proferir. Assim, os tribunais da *common law* proferem, por exemplo, decisões tudo-ou-nada<sup>102</sup>, ou decisões “de uma vez por todas”<sup>103</sup>, que precisam ser justificadas nos termos de um *corpus* limitado (embora flexível) de regras e técnicas<sup>104</sup>. Por tradição, os tribunais não podem tratar de problemas por meio da invenção de novas maquinarias reguladoras ou administrativas (e nem têm, para sustentar isso, os poderes de taxar e de gastar) e estão limitados a soluções compatíveis com a estrutura institucional existente<sup>105</sup>. Assim, mesmo o tribunal com maior tendência

<sup>102</sup> Embora decisões judiciais com frequência englobem ou ratifiquem compromissos acordados pelas partes, é precisamente no nível da promulgação da regra que tal divisão equilibrada é vista como ilegítima. Sobre as pressões ideológicas que limitam o papel do acordo na decisão judicial, ver Coons (1964).

<sup>103</sup> Ver a esse respeito Kalven (1958, p. 165). Há obviamente exceções ao aspecto “de uma vez por todas”, como a pensão alimentícia.

<sup>104</sup> Hazard (1970, p. 248-51) aponta que os tribunais não estão bem-equipados para tratar problemas a partir da invenção sistemática de generalizações jurídicas. Eles ficam confinados aos fatos e teorias apresentados pelas partes nos casos específicos, perdem o poder de agir sobre o caso após proferirem a decisão, têm poucas oportunidades de evocar comentários em retrospecto e, geralmente, podem ampliar, mas não criar princípios jurídicos. Como inventores de novas políticas, eles têm legitimidade limitada e reduzida, além de não poderem fazer muito para estimular e manter suporte político para novas regras.

<sup>105</sup> Ver, de modo geral, Friedman (1964, p. 821) e Hazard (1970, pp. 248-50). Os limites da competência judicial não são de modo algum intransponíveis. Tribunais administram rodovias falidas, distritos escolares recalcitrantes, comissões eleitorais desrespeitadas. Mas a quantidade desses reordenamentos administrativos afirmativos que os tribunais

para tornar as mudanças de regras mais úteis a “quem não tem” pode não ser capaz de fazê-lo.

Mudança de regras pode tornar a utilização dos tribunais mais atraente para “quem não tem”. Afora aumentar a possibilidade de resultados favoráveis, ela pode estimular a organização, bem como reunir e encorajar litigantes. Ela pode redistribuir diretamente recompensas simbólicas a “quem não tem” (ou a seus defensores). Mas nem sempre recompensas tangíveis seguem as simbólicas. De fato, a provisão de gratificações simbólicas a “quem não tem” (ou a grupos cruciais de apoiadores) pode reduzir capacidade e direção para assegurar a redistribuição de benefícios tangíveis<sup>106</sup>.

Mudanças de regras asseguradas por tribunais ou por outros órgãos do topo não penetram automática e gratuitamente nos outros níveis do sistema, como atestado pela crescente literatura sobre impacto<sup>107</sup>. Isso parece especialmente válido para mudança de regras assegurada via julgamento, por diversas razões:

1. Os tribunais não são equipados para avaliar sistematicamente o problema do impacto ou da penetração. Eles tipicamente não têm aparatos para fiscalização, monitoramento ou garantia da execução sistemática de seus mandados. A tarefa de monitorá-los é deixada às partes<sup>108</sup>.

podem empreender é claramente limitada tanto aos recursos físicos quanto às restrições de legitimidade.

<sup>106</sup> Ver Lipsky (1970, pp. 176 e ss.) para um exemplo sobre o modo pelo qual a possibilidade de gratificações simbólicas para públicos mais influentes efetivamente substituiu reformas tangíveis demandadas por inquilinos em greve. De modo mais geral, Edelman (1967) argumenta, no capítulo 2 de seu livro, que são justamente os públicos mais desorganizados e dispersos que tendem a receber gratificações simbólicas, enquanto aqueles organizados e profissionais colhem recompensas tangíveis.

<sup>107</sup> Para um resumo útil dessa literatura, ver Wasby (1970). Algumas amplas generalizações sobre as condições que levam à penetração podem ser encontradas em Grossman (1970, pp. 545 e ss.) e em Levine (1970, pp. 599 e ss.).

<sup>108</sup> Ver Howard (1969, pp. 365 e ss.) acerca da discussão sobre a relativa ineficácia de

2. Os limites embutidos na aplicabilidade devido ao caráter fracionado do julgamento. Nesse sentido, um advogado do Mobilization for Youth reflete:

[...] Qual é o valor último de se vencer um caso-teste? De diversos modos, o resultado pode não ser óbvio [...] Se as leis atuais de assistência social forem invalidadas, é bem possível que algum outro tipo de lei de assistência social brote em seu lugar. Não é muito difícil o aparecimento de uma política que seja um pouco diferente, formulada em outras palavras, mas que procure atingir o mesmo objetivo básico. Os resultados dos casos-teste não costumam ser autoexecutáveis [...] Não é suficiente que uma lei seja invalidada ou que uma política seja declarada nula se o órgão em questão surgir com uma variante daquela política, não muito diferente em substância, mas suficientemente diferente para esquivá-la dos efeitos da ordem judicial (Rothwax, 1969, p. 143)<sup>109</sup>.

3. A equalização artificial das partes no julgamento por meio do insulamento em relação ao jogo completo das pressões políticas — a “igualdade” das partes, a exclusão de material “irrelevante”, a “independência” dos juízes — significa que resultados judiciais são provavelmente mais passíveis de

julgamentos sobre registro de eleitores e integração escolar (em oposição à subsequente ação legislativa/administrativa) como decorrentes da confiança judicial na iniciativa da parte.

<sup>109</sup> Uma conclusão análoga na área de proteção ao consumidor foi verificada por Leff (1970b, p. 356): “Ninguém pode pensar num percurso mais caro e frustrante do que a busca da regulação — de bens ou ‘contratos’ de propriedade — a partir de repetidas ações judiciais contra ‘malfeitores’ engenhosos”. A crítica de Leff à crença de Murray (1969) de que boas regras podem assegurar mudanças no mercado de consumo assemelha-se à crítica de Handler (1966) sobre a prescrição feita por Reich (1964a, 1964b) da revisão judicial para garantir mudança na administração da assistência social. Ver a observação de Black (1973, p. 137) de que instituições que são eminentemente reativas, requerendo mobilização dos cidadãos, tendem a lidar com práticas específicas em detrimento de padrões gerais e, como consequência, têm pouca capacidade preventiva.

diferir dessa constelação existente de forças políticas do que decisões tomadas nos fóruns sem tal insulamento. Mas os recursos não empregados no processo judicial podem se reafirmar no estágio da implementação, especialmente quando a sobrecarga institucional exige outra rodada de tomada de decisões (quais recursos serão alocados para implementar quais regras) e/ou gastos privados para garantir a implementação. Mesmo quando “quem não tem” assegura mudanças favoráveis no nível da regra, ele pode não ter os recursos para garantir sua penetração<sup>110</sup>. A impotência da mudança de regras, seja qual for sua origem, é particularmente acentuada quando se confia que serão os PEs não sofisticados que utilizarão novas regras favoráveis<sup>111</sup>.

Não devemos supor qualquer isomorfismo quando uma mudança de regras promulgada no topo do sistema tem impacto em outros níveis. O efeito nos aparatos institucionais e na posição estratégica das partes talvez seja bastante diferente daquele que poderíamos prever. Assim, o estudo de Randall sobre a censura de filmes mostra que a liberalização das regras não tornou

**110** Considere-se, por exemplo, a relativa ausência de litigância sobre práticas escolares religiosas que claramente violam as regras da Suprema Corte, como reportado por Dolbeare e Hammond (1971). Nesse caso, os JHs que conseguiram garantir vitórias normativas não foram capazes ou relutaram em investir recursos que assegurassem a implementação dessas novas regras.

**111** Ver, por exemplo, o estudo de Mosier e Soble (1973, pp. 61-4) sobre o tribunal de locação de Detroit, no qual os proprietários, mesmo depois da promulgação das novas proteções para os inquilinos\*, continuaram obtendo tudo o que exigiram em 97% dos casos. As novas proteções foram mobilizadas em apenas 3% de todos os casos (13% dos 20% que foram contestados), apesar de, como concluíram os autores, “muitos acusados terem, indubitavelmente, defesas válidas, baseadas em quebra de contrato pelo proprietário”.

[\* Referência à Lei de Direitos do Inquilino de Michigan de 1968. Até o advento dessa lei, um inquilino que se recusasse a pagar o aluguel porque o proprietário havia quebrado alguma cláusula contratual era obrigado judicialmente a realizá-lo, sob pena de ter que deixar o imóvel. Outra inovação foi o impedimento do despejo como retaliação à reclamação sobre as más condições de moradia. (N. T.)]



os órgãos de censura mais circunspectos: ao invés disso, muitos fecharam as portas e o velho jogo entre os comitês de censura e os distribuidores foi substituído por um jogo novo e mais bruto envolvendo exibidores e coalizões entre governos locais e grupos privados<sup>112</sup>.

## 6.2 | Incremento nos aparatos institucionais

Imagine um incremento nos aparatos institucionais para o processamento de demandas de modo que houvesse julgamento integral oportuno para cada causa apresentada: nenhuma fila, nenhum atraso, nenhuma estereotipificação. A redução do atraso diminuiria os custos dos autores, retirando essa vantagem dos possuidores-réus. Aqueles, aliviados por não terem mais que abater da reparação o custo do atraso, teriam maiores possibilidades de gastos com serviços jurídicos. Considerando que o acordo costuma ser induzido pelo atraso (e não pela proteção contra o risco de uma perda inaceitável), os autores se inclinariam a litigar mais e negociar menos. Mais litigância sem estereotipificações significaria mais disputas, inclusive por regras e mudanças normativas. Como as deduções diminuiriam, nenhum dos lados poderia utilizar a política do acordo para prevenir perdas normativas. Tais reformas beneficiariam majoritariamente autores PEs, mas também melhorariam a posição dos autores JHs que não estivessem ainda na posição de possuidores, tal como o promotor quando o acusado foi solto por fiança.

Isso não supõe nenhuma mudança na *modalidade* dos aparatos institucionais. Simplesmente presumimos maior disponibilidade quantitativa de tribunais do tipo relativamente passivo — característico (ao menos) dos sistemas da *common law*, em que o caso é “testado pelas partes perante o

<sup>112</sup> A esse respeito, ver o capítulo 7 de Randall (1968). Conferir também a descoberta de Macaulay (1966, p. 156) de que o impacto mais importante das novas regras foi proporcionar um incentivo para o funcionamento de procedimentos informais e privados nos quais distribuidores desfrutavam de maior poder de barganha em suas negociações com fabricantes.

tribunal [...]” (Hombberger, 1970, p. 31). Seria possível imaginar instituições com autoridade ampliada que pudessem solicitar e supervisionar litigâncias, conduzir investigações, proteger, reunir e apresentar provas; que gozassem de maior flexibilidade na invenção de resultados (como acordo ou mediação); e que, por fim, tivessem equipes disponíveis para monitorar o cumprimento de seus mandados<sup>113</sup>. Poderíamos esperar que um maior “ativismo” institucional pudesse reduzir as vantagens da *expertise* das partes, bem como das diferenças na qualidade e na quantidade de serviços jurídicos. A intensificação da capacidade para assegurar obediência poderia levar à redução das vantagens decorrentes das diferenças na habilidade para investir na execução. É desnecessário mencionar que tais reformas provavelmente encontrariam resistência não apenas dos beneficiários do atual estilo institucional passivo, mas também oposição ideológica massiva de profissionais jurídicos para os quais o sentido essencial da propriedade jurídica seria violado<sup>114</sup>.

<sup>113</sup> Alguns órgãos administrativos se aproximam desse tipo de postura “ativista”. Ver a descrição de Nonet (1969, p. 79) da Comissão de Acidentes Industriais da Califórnia:

Quando, em seus primeiros dias, a Comissão de Acidentes Industriais da Califórnia assumiu a responsabilidade de comunicar ao trabalhador ferido seus direitos, de dar entrada em seu pedido, de guiá-lo em todos os passos processuais; quando seu departamento médico checava a acuidade do prontuário e seus árbitros conduziam o caso na audiência, era possível que o trabalhador prejudicado obtivesse seus benefícios por quase nenhum custo e com o mínimo de demanda de sua inteligência e capacidades.

No cenário norte-americano, pelo menos, tal ativismo institucional parece instável e, com o tempo, as instituições tendem a se aproximar do modelo mais passivo de tribunal. Ver capítulos 6 e 7 de Nonet (1969) e, de modo mais geral, o capítulo 7 de Bernstein (1955) acerca da “judicialização” de órgãos administrativos.

<sup>114</sup> Talvez o papel político abrangente do Judiciário e do direito na sociedade norte-americana seja aceitável justamente porque o primeiro é tão passivo e o segundo tão maleável a objetivos privados. Ver a discussão de Selznick (1969, pp. 225 e ss.) sobre “privatização” e “voluntarização” da regulação jurídica nos EUA.

### 6.3 | Incremento nos serviços jurídicos

A reforma conjecturada aqui é um incremento na quantidade e na qualidade dos serviços jurídicos de “quem não tem” (incluindo maior disponibilidade de informação sobre esses serviços)<sup>115</sup>. Presumivelmente, isso diminuiria custos, removeria a vantagem da *expertise*, geraria mais litigância com resultados favoráveis para “quem não tem” e, talvez, originasse — em razão do aumento de apelações e questionamentos normativos — novas regras favoráveis. (Defensoria pública, assistência jurídica, advocacia dativa\* e planos de pagamento prévio se aproximam disso de vários modos.) Dado que os PEs ainda teriam descontos oriundos do atraso e do risco, seus ganhos ainda seriam limitados (e o aumento da litigância poderia até significar mais atraso). Sob certas condições, serviços jurídicos incrementados poderiam utilizar a sobrecarga institucional como uma influência em favor de “quem não tem”. O advogado do Mobilization for Youth observa:

[...] se o Departamento de Assistência Social arremata um caso individual, somos impedidos de alterar um princípio jurídico; mas se nós lhe oferecermos mil casos, aquela lei será efetivamente mudada, quer a lei escrita tenha sido alterada, quer não. A prática é mudada; a administração é mudada; a atitude perante o cliente é mudada. O valor de uma carga pesada de casos é que ela permite a você povoar o processo jurídico. Ela permite que você empregue pressão sobre o órgão com o qual lida, para que ele ceda. Ela cria uma força que deve ser encarada, que tem que ser considerada em termos das decisões que serão tomadas prospectivamente. Isso significa que você não é alguém que terá ido embora no dia seguinte: não um caso isolado, mas uma força na comunidade que irá continuar depois que esse caso particular tiver sido decidido.

<sup>115</sup> Isso iria, é claro, demandar o relaxamento das barreiras sobre o fluxo de informação agora impostas sob a rubrica de “ética profissional”. Ver as notas 46 e 51.

\* No original, “*judicare*”. Trata-se de um sistema no qual o Estado arca com os custos da contratação de advogados particulares para litigantes de baixa renda. (N. T.)

Como resultado [...] fomos capazes, pela primeira vez, de participar, junto com os assistidos, [...] em um processo de mudança normativa [...] (Rothwax, 1969, pp. 140-1).

O incremento na quantidade de serviços jurídicos foi acompanhado, nesse caso, por uma crescente coordenação e organização do lado de “quem não tem”, o que nos remete ao nosso quarto nível de reforma.

#### 6.4 | Reorganização das partes

A reforma conjecturada aqui é a organização das partes constituídas por “quem não tem” (cuja posição as aproxima da dos PEs) em grupos coesos com habilidade para atuar de modo coordenado, jogar com estratégias de longo prazo, se beneficiar de serviços jurídicos de primeira qualidade e assim por diante.

Poderíamos imaginar várias maneiras pelas quais os PEs podem ser agrupados em JHs. Elas incluem (1) o agente negociador de uma associação (sindicatos de trabalhadores, associações de moradores); (2) o procurador-administrador de direitos fragmentários (associações de direitos autorais como a ASCAP\*); (3) o patrocinador de grupos de interesse (NAACP, ACLU\*\*, grupos ambientalistas)<sup>116</sup>. Todas essas formas envolvem aprimorar as capacidades para conduzir causas (reunindo e utilizando informações),

\* American Society of Composers, Authors and Publishers [Sociedade Norte-Americana de Compositores, Autores e Editores], organização civil fundada em 1914 que atua na proteção dos direitos autorais das obras de seus mais de 400 mil membros. (N. T.)

\*\* American Civil Liberties Union [União Norte-Americana pelas Liberdades Civis], organização não governamental fundada em 1920 que atua perante tribunais, legislaturas e comunidades na defesa de direitos e liberdades individuais. (N. T.)

<sup>116</sup> Para alguns exemplos de PEs que organizam e administram causas coletivamente, ver Davis e Schwartz (1967), bem como trechos de Burghardt (1972) (sobre associações de moradores), McPherson (1972) (Contract Buyers League), Shover (1966) (hipotecários da Farmers Holiday Association), Finklestein (1954) (ASCAP e direitos autorais), Macaulay (1966) (revendedores de automóveis) e Vose (1967) (NAACP).

obter continuidade e persistência, empregar *expertise*, exercer habilidades de negociação e assim por diante. Essas vantagens são combinadas com o realce da posição estratégica das partes PEs, seja porque permitem agregar causas demasiado reduzidas em relação ao custo da reparação (consumidores, pessoas que respiram ar poluído, detentores de direitos autorais), seja porque reduzem as causas a tamanhos manejáveis em ações coletivas que dispersam ou dividem riscos intoleráveis (inquilinos, trabalhadores migrantes)<sup>117</sup>. Uma forma mais frágil de organização seria (4) uma câmara de compensação que estabelecesse uma rede de comunicação entre os PEs. Isso diminuiria os custos de informação e daria aos JHs um interesse no efeito que os PEs poderiam ter em sua reputação. Uma ocorrência mínima disso é representada pelo “*ombudsman* da mídia” — uma coluna jornalística do tipo “linha de ação”. Por fim, há a governamentalização: utilização da lei penal ou do processo administrativo para atribuir a um funcionário público a responsabilidade de propor ações que não seriam administráveis pelas mãos de reclamantes privados<sup>118</sup>.

**117** Um aprimoramento similar na habilidade para o tratamento das demandas pode, às vezes, ser providenciado comercialmente, como em agências de cobrança de dívidas. Nonet (1969, p. 71) observa que a cobertura das seguradoras pode servir como uma forma de organização:

Quando o empregador adquire um seguro [contra causas de trabalhadores lesionados], ele não apenas assegura cobertura financeira para suas perdas, mas também adquire um serviço de ajustamento das demandas e de defesa jurídica caso ele venha a precisar. Apenas os maiores empregadores podem adequadamente desenvolver esses serviços por conta própria [...] Outros encontram em suas seguradoras uma administração especializada de causas, o que eles não teriam tido proveito de outro modo [...] Para um empregador, o seguro constitui muito mais do que uma forma de dissipar os riscos individuais sobre um grupo maior: uma de suas maiores funções é unir os recursos daqueles empregadores possivelmente fracos e isolados de modo a lhes oferecer os meios efetivos de ajuda e defesa jurídica.

**118** Sobre a criminalização como um modo de agregar demandas, ver Friedman (1973, p. 258). Por diversos motivos, trata-se tipicamente de uma forma frágil de organização. Primeiro, há tantas leis que os funcionários geralmente têm mais afazeres do que recursos, de modo que eles tendem a esperar pelas denúncias e a tratá-las como queixas individuais. Esse é

Um grupo organizado não apenas tem melhores condições para assegurar mudanças favoráveis de regras — nos tribunais e em outros lugares —, mas também para cuidar que as boas regras sejam implementadas<sup>119</sup>. Ele pode gastar na fiscalização, no monitoramento, nas ameaças ou na litigância um dinheiro que seria um desperdício para um PE. Essas novas unidades seriam de fato JHs<sup>120</sup>. Seus conflitos com os JHs adversários seriam

o caso, por exemplo, do Departamento de Fraudes e Denúncias, descrito por McIntyre (1968), ou da comissão antidiscriminação, abordada por Mayhew (1968). Conferir as observações de Selznick a respeito de uma “tendência geral de se transformar órgãos de execução em receptores passivos de queixas de origem privada [...]. O foco recai mais em resolver disputas do que na ação afirmativa almejada na realização desses objetivos públicos”. Em segundo lugar, os executantes têm uma tendência acentuada para não litigar contra instituições estabelecidas e respeitáveis. Considere-se, por exemplo, os padrões de execuções em casos de poluição do ar descritos por Goldstein e Ford (1971) ou a posição do Departamento de Justiça dos EUA de que as provisões penais da Lei de Resíduos deveriam ser trazidas à tona apenas para poluidores eventuais ou acidentais, enquanto os crônicos deveriam ser tratados por meio de procedimentos mais conciliatórios e prolongados (Bureau of National Affairs, 1970, p. 288). Compare-se a reação do procurador-geral do Arizona a respeito do litígio iniciado pelo superzeloso chefe da Divisão de Proteção ao Consumidor, o qual recentemente começara uma investigação sobre as políticas de fixação de preços em hospitais:

Percebi, para meu choque e desgosto, que qualquer pessoa importante está a serviço do comitê de diretores do hospital e que a reação deste último com relação ao prejuízo do hospital foi uma do tipo de defesa e proteção.

Minha política a respeito de ações judiciais [...] é a de que não processemos ninguém, exceto no tipo de situação urgente que envolvesse [uma empresa] deixando a cidade ou sequestrando dinheiro ou registros [...]. Não posso conceber qualquer razão pela qual os hospitais desse estado me façam processá-los. (Fonte: *New York Times*, 1973).

<sup>119</sup> Sobre o maior impulso estratégico de autores patrocinados por grupos na área da discriminação, ver Mayhew (1968, pp. 168-73).

<sup>120</sup> Paradoxalmente, talvez, a organização de PEs em uma unidade que pode funcionar como um JH acarrete a possibilidade de disputas internas com o reaparecimento de distinções

deslocados para o Quadro IV da Figura 1. Nenhum dos dois usufruiria da vantagem estratégica dos JHs sobre os PEs. Como havíamos notado em nossa discussão sobre a situação do JH *versus* JH, um resultado possível é a desjudicialização, isto é, o afastamento com relação ao sistema oficial, em direção a um sistema privado de resolução de disputas. Outro resultado possível seria a utilização mais intensa do sistema oficial.

Muitos aspectos da “advocacia de interesse público” podem ser percebidos como aproximações dessa reforma.

1. A ação coletiva é um artifício para aumentar os riscos de um JH, tornando-os maiores do que ele teria condições de suportar<sup>121</sup> e, com isso, rebaixando sua posição para a de um PE, ao mesmo tempo que os autores são movidos para uma posição na qual podem desfrutar das vantagens dos JHs sem ter que arcar com os gastos de organização.

entre PEs e JHs. Sobre a reemergência dessas disparidades na posição estratégica, por exemplo, no interior de sindicatos, ver Atleson (1967, pp. 485 e ss.) — que levanta dúvidas se o Título 1 da lei trabalhista que trata da relação entre sindicatos e trabalhadores prevê proteção significativa para “pessoas individuais”. Ver também Summers (1960) e Atleson (1971) sobre a frágil posição de trabalhadores individuais *vis-à-vis* sindicatos em procedimentos de arbitragem.

<sup>121</sup> Como afirma um conhecido opositor das ações coletivas:

Quando uma empresa com, digamos, um bilhão de dólares em ativos é processada numa ação coletiva de diversos milhões e um encargo potencial de, digamos, 2 bilhões, ela enfrenta a possibilidade de destruição [...] A exposição potencial em grandes ações coletivas frequentemente excede o rendimento líquido dos acusados e a administração da empresa naturalmente tende a buscar seguro contra qualquer pequena chance que os autores possam ter de sucesso (Simon, 1972, pp. 289-90).

Ele então cita “conselhos de demandantes notáveis” no sentido de que:

Eu nunca vi nada tão conducente à negociação de litigâncias complexas quanto o estabelecimento pelo tribunal de que a causa é coletiva [...] ao passo que se não houvesse o caráter coletivo, não haveria propensão para o acordo.

2. De modo semelhante, o traço de advocacia de interesse público presente na “organização comunitária” pode ser visto como um esforço para criar uma unidade (inquilinos, consumidores) que pode participar do jogo do JH.
3. Tal mudança na posição estratégica cria a possibilidade do recurso ao caso-teste para se alcançar mudança de regras<sup>122</sup>. Assim, a “advocacia de interesse público” pode ser pensada como uma combinação de organização comunitária, ação coletiva e estratégias de casos-teste, juntamente com incrementos nos serviços jurídicos<sup>123</sup>.

## 7 | REFORMAS E O RESTO DO *ICEBERG*

As reformas imaginadas para o sistema oficial de litigância produziriam, se tomadas conjuntamente, regras mais favoráveis a “quem não tem”. A reparação a partir de regras oficiais — sem mais a existência das deduções resultantes de atraso, inabilidade estratégica, disparidades de serviços jurídicos

<sup>122</sup> O conjunto de dispositivos para garantir a determinação judicial de amplos padrões de comportamento também inclui a “ação de interesse público”, na qual um demandante é autorizado a defender direitos conferidos ao público geral (tipicamente para contestar exercícios do poder governamental) (Hoberger, 1974). Diferentemente da ação coletiva, o autor não tem o objetivo de representar um grupo específico de indivíduos (com todas as dificuldades procedimentais dessa atuação) e, em contraste com o caso-teste tradicional, ele não está limitado à sua própria queixa, mas é considerado qualificado para representar os interesses do público geral em virtude de seu próprio prejuízo.

<sup>123</sup> Todavia, há tensões entre esses compromissos. Ao sustentar o primado da “organização” (o que inclui o treinamento da advocacia leiga) na prática jurídica que visa ajudar os pobres, Wexler (1970) menciona a influência sedutora das noções profissionais a respeito de papéis e de preocupações típicas do advogado. Ver o retrato de Brill (1973) acerca de como compromissos profissionais e pessoais dos advogados em casos de “ação coletiva” (nos quais o autor aparentemente inclui todos os “casos-teste”) enfraquecem seus compromissos declarados em prol da organização comunitária. Para os limites inerentes às estratégias de “organização”, ver a nota 127.



e assim por diante — poderia ser obtida sempre que alguma das partes encontrasse tais regras em sua vantagem. Como esse aprimoramento utópico da maquinaria oficial afetaria o resto de nosso *iceberg* jurídico?

Poderíamos esperar que o sistema oficial seria mais utilizado. Aqueles que optavam pela inércia devido às barreiras de informação ou de custo, bem como aqueles que firmavam “acordos” com valores reduzidos em um dos sistemas “anexos”, passariam a achar, em diversas ocasiões, que lhes seria vantajoso utilizar o sistema oficial. Os sistemas anexos — à medida que se construía sobre os custos de se acionar o sistema oficial — seriam abandonados ou viriam a produzir resultados mais próximos àqueles do julgamento<sup>124</sup>.

Por outro lado, ao organizar os PEs, nossas reformas criariam muitas situações nas quais *ambas* as partes estariam organizadas para buscar seus interesses de longo prazo na arena do litígio. Com efeito, diversas das situações que ocupam os quadros II e III da Figura 1 (JH *versus* PE, PE *versus* JH) — as principais fontes de litígios — seriam agora deslocadas para o Quadro IV (JH *versus* JH). Como observamos anteriormente, JHs que antecipam transações duradouras entre si tendem a contar com controles bilaterais informais. Então poderíamos esperar que o sistema oficial seria abandonado em favor de um sistema privado de resolução de conflitos<sup>125</sup>.

Desse modo, tais reformas produziriam um duplo movimento: o sistema oficial e seus anexos seriam “judicializados”<sup>126</sup>, ao mesmo tempo que

<sup>124</sup> Isto é, as “imunidades recíprocas” (Friedman, 1967, p. 806) desenvolvidas a partir dos custos transacionais de reparação seriam reduzidas e seriam da mesma magnitude para cada parte.

<sup>125</sup> Isso vale para os quadros II e III da Figura 1, em que as duas partes são agora JHs. Presumivelmente, no entanto, em algumas litigâncias que outrora estavam no Quadro I, um lado é capaz de organização, enquanto o outro não o é, de modo que novas instâncias de desigualdade estratégica poderiam emergir. Poderíamos esperar que estas continuassem no sistema oficial.

<sup>126</sup> Isto é, quando a aplicação de regras oficiais no nível de campo houver se deslocado para mais perto do “direito superior” autorizado (ver nota 82).

a proliferação de sistemas privados iria “desjudicializar” muitas relações. Quais relações esperaríamos que se movessem? E em qual direção? Como uma primeira aproximação, podemos esperar que as relações menos “inclusivas” — atualmente tratadas pela litigância ou por sistemas anexos — sofreriam judicialização, enquanto relacionamentos que estivessem na ponta mais inclusiva das escalas (Figura 7) seriam privatizados. Relacionamentos entre estranhos (casuais, episódicos e não recorrentes) seriam judicializados, enquanto os mais densos (recorrentes, inclusivos) seriam candidatos ao desenvolvimento de sistemas privados.

A análise anterior sugere que o modelo pode ser mais complexo. Antes de tudo, uma classe de PEs pode, por várias razões, ser relativamente incapaz de se organizar. Seu tamanho, em relação à extensão e distribuição de benefícios potenciais, pode demandar estímulos desproporcionalmente grandes de coordenação e organização<sup>127</sup>. Seu interesse compartilhado pode não ser suficientemente respeitável para ser publicamente reconhecido (por exemplo, ladrões de loja e, até muito recentemente, homossexuais). Ou os papéis recorrentes de PEs podem ser desempenhados pela população móvel

<sup>127</sup> Olson (1965) defende que a capacidade de ação coordenada para promover interesses comuns diminui com o tamanho do grupo: “[...] grupos relativamente pequenos com frequência serão capazes de se organizar e agir voluntariamente em suporte de seus interesses comuns, e alguns grupos maiores normalmente não serão capazes de fazê-lo” (1965, p. 127). Enquanto os grupos menores podem agir em prol de seus interesses comuns, os maiores provavelmente são capazes de fazer isso apenas quando podem obter algum poder coercitivo sobre seus membros ou quando são dotados com alguns incentivos seletivos adicionais para induzir a contribuição dos estímulos necessários à atividade organizacional. Sobre a dependência das organizações desses incentivos seletivos, ver Salisbury (1969), bem como Clark e Wilson (1961). Tais incentivos seletivos podem estar presentes na forma de serviços proporcionados por um grupo já organizado em função de algum outro propósito. Assim, muitos interesses apenas podem obter os benefícios da organização na medida em que quem os compartilha se sobrepõe àqueles com um outro interesse mais organizável (considere-se, por exemplo, a proeminência de sindicatos de trabalhadores como lobistas de interesses dos consumidores).

que assume um lado ou outro da transação de modo intercambiável<sup>128</sup> (por exemplo, vendedores e compradores de imóveis; motoristas negligentes e vítimas de acidentes)<sup>129</sup>. Mesmo quando os PEs são organizáveis, lembramos que nem todo conflito de JH *versus* JH leva ao desenvolvimento de sistemas privados de reparação. Há JHs envolvidos em conflito de valor e aqueles para os quais os confrontos não são recorrentes, assim como existem relações, com aspectos governamentais ou monopolistas, em que controles informais podem vacilar. Em todos esses exemplos podemos esperar judicialização em detrimento de privatização.

Seja qual for o caminho trilhado em uma dada instância, nossas reformas iriam impor mudanças na distribuição do poder. Os JHs não conseguiriam mais utilizar suas vantagens estratégicas para invocar seletivamente o cumprimento de regras que lhes favorecem e, ao mesmo tempo, assegurar amplos abatimentos (ou a completa proteção via custo e sobrecarga) quando as regras beneficiam seus adversários PEs.

<sup>128</sup> Ver a observação de Fuller (1969, p. 23) de que a noção de dever é mais compreensível e aceitável em uma sociedade na qual os relacionamentos são tão fluidos e simétricos que as obrigações “devam, na teoria e na prática, ser reversíveis”.

<sup>129</sup> Curiosamente, essas relações têm o caráter que Rawls (1958, p. 98) postula como uma condição sob a qual as partes concordarão em estar atadas a regras “justas”, isto é, ninguém sabe previamente qual posição irá ocupar na “prática” proposta. Nossa análise supõe aqui que, enquanto a alta rotatividade e a mudança imprevisível de papéis pode, em alguns casos, aproximar essa condição, uma das características difundidas e importantes de muitos arranjos humanos é a de que os participantes têm uma boa ideia de qual papel vão desempenhar. Rawls (1971, pp. 136 e ss.) sugere que uma das consequências desse “véu de ignorância” (“[...] ninguém sabe seu lugar na sociedade, sua posição de classe ou *status* social; também não sabe sua fortuna na distribuição de vantagens naturais e habilidades, sua inteligência, força e assim por diante”) é a de que “as partes não têm nenhuma base para negociar no sentido usual” e conclui que, sem tal restrição, “não seríamos capazes de construir nenhuma teoria definitiva da justiça” [:] “Se o conhecimento de particulares é permitido, então o resultado está enviesado por contingências arbitrárias”. Se estabelecermos o conhecimento de particulares como endêmico, podemos supor que uma “teoria definitiva da justiça” irá, no máximo, desempenhar um papel secundário na explicação do processo judicial.

A desjudicialização (por meio da proliferação de sistemas privados de reparação e negociação) permitiria que muitos relacionamentos fossem regulados por normas e entendimentos apartados das regras oficiais. Tais sistemas localizados de reparação estariam insulados da influência de regras oficiais pelo compromisso das partes com o relacionamento duradouro. Assim, a desjudicialização acarretaria um tipo de pluralismo e de descentralização. Por outro lado, a “judicialização” dos sistemas oficiais e anexos significaria o colapso das espécies de pluralismo e de descentralização que são endêmicos no tipo de sistema jurídico (não reformado) que estipulamos. A atual prevalência de sistemas de reparação anexos e privados reflete a ineficiência, incomodidade e onerosidade de se usar o sistema oficial. Esse caráter ineficiente, incômodo e oneroso é a fonte e o escudo de um tipo de descentralização e de pluralismo. Ele permite uma aplicação seletiva do “direito superior” de modo a dar efeito, no nível operacional, a normas e a preocupações localizadas que não estão completamente reconhecidas nele (como o direito de exclusão de vizinhos de baixo *status*<sup>130</sup> ou o predomínio policial em conflitos com os cidadãos<sup>131</sup>). Se o insulamento proporcionado pelos custos de se fazer o “direito superior” prevalecer fosse erodido, muitos relacionamentos seriam repentinamente expostos a ele, ao invés de às contrapartes localizadas. Poderíamos esperar que isso geraria novas pressões para o reconhecimento explícito desses valores “subterrâneos” ou para a descentralização explícita.

<sup>130</sup> Sobre a exclusão de vizinhos não desejáveis, ver Babcock (1969). Acerca de hóspedes indesejáveis, ver a política de banimento descrita por Foote (1956).

<sup>131</sup> Ver a descoberta angustiada disso (Seymour, 1974, p. 9) por um ex-promotor norte-americano em sua batalha com a justiça local:

Quando o policial havia terminado seu depoimento e deixado a sala do juiz, solicitei que o caso fosse rejeitado como questão de direito, apontando que os fatos eram exatamente os mesmos que no caso citado nos comentários ao estatuto. Pedi ao juiz que, por favor, olhasse o estatuto e lesse o caso. Ao invés disso, ele me olhou diretamente no olho e anunciou: “Requerimento recusado”.

Essas conjecturas com relação ao formato que um sistema jurídico “reformado” poderia assumir sugerem que devemos dar outra olhada em nosso sistema não reformado, com sua disparidade difusa entre normas autorizadas e operações cotidianas. Um sistema jurídico moderno do tipo que postulamos é caracterizado estruturalmente pela unidade institucional e culturalmente pelo universalismo normativo. O poder para elaborar, aplicar e mudar o direito é reservado a organismos públicos — organizados em relações hierárquicas unificadas e comprometidos com a aplicação uniforme de normas universalistas.

Há, no direito norte-americano (isto é, nos pontos mais elevados do sistema, onde a tradição erudita é proposta), por exemplo, uma ênfase incessante nas virtudes da uniformidade e da universalidade, bem como um repúdio difuso ao particularismo, à conciliação e ao arbítrio<sup>132</sup>. Não obstante, a conexão cultural com o universalismo é casada com diversidade e particularismo no nível operacional, talvez até intensificando-os<sup>133</sup>.

Os aspectos não reformados do sistema jurídico podem então aparecer como artifícios para manter a dissociação parcial entre prática cotidiana, por um lado, e esses compromissos normativos e institucionalmente autorizados, por outro. De modo estrutural (pelo custo e sobrecarga institucional) e cultural (pela ambiguidade e sobrecarga normativa), o sistema não reformado efetua uma delegação massiva e dissimulada, que vai dos mais autorizados formuladores até os funcionários do nível de campo (e sua clientela)

<sup>132</sup> Parece quase desnecessário citar exemplos dessa aversão difundida ao particularismo. No entanto, considere-se a admoestação do juiz Frankfurter: “Não devemos nos sentar como um cádi sob uma árvore dispensando justiça conforme as condições de conveniência individuais”. (*Terminiello v. Chicago*, 337 U.S. 1, 11 [1948]). Ou a repreensão de Wechsler (1959) à Suprema Corte por se distanciar dos princípios mais meticulosamente neutros.

<sup>133</sup> Como observou Thurman Arnold (1962, p. 162), nosso direito “obriga os acordos imprescindíveis a serem conduzidos *sub rosa* [confidencialmente], ao mesmo tempo que seu processo está abertamente condenado [...] Nosso processo almeja proscrever o ‘direito não escrito’”. Sobre a coexistência de ênfase em uniformidade e abundância de regras com arbítrio e irregularidade, ver Davis (1969).

responsivos a normas e prioridades outras que não aquelas contidas no “direito superior”<sup>134</sup>. Através da aplicação seletiva de regras em um contexto de entendimentos e prioridades localizados, essas comunidades jurídicas do nível de campo produzem resultados regulatórios que não poderiam ter sido previstos por meio do exame do “direito superior” autorizado<sup>135</sup>.

Assim, seu caráter não reformado articula o sistema jurídico às descontinuidades da cultura e estrutura social: ele proporciona um modo de acomodar heterogeneidade cultural e diversidade social enquanto propõe universalismo e unidade; de acomodar vastas concentrações de poder privado enquanto sustenta a supremacia da autoridade pública; de acomodar desigualdade de fato enquanto estabelece igualdade no direito; de facilitar ações de grandes conluios enquanto celebra o individualismo. Assim, a “não reforma” — isto é, ambiguidade e sobrecarga de regras, aparatos institucionais ineficientes e sobrecarregados, desigualdade na oferta de serviços jurídicos e disparidades nas posições estratégicas das partes — é o fundamento do “dualismo”<sup>136</sup> do sistema jurídico. Isso permite

<sup>134</sup> Ver a observação de Black (1973, pp. 142-3) sobre os sistemas de mobilização “reativos” como uma forma de delegação que perpetua diversas subculturas morais, bem como reforça sistemas de estratificação social.

<sup>135</sup> Algumas tentativas de delinear e comparar tais “culturas jurídicas locais” foram encontradas em Jacob (1969), Wilson (1968) e Goldstein e Ford (1971). Deve ser enfatizado que essa variação não é originalmente uma função das diferenças no nível das regras. Todos esses estudos mostram variação considerável entre localidades e órgãos governados pelo mesmo corpo de regras.

<sup>136</sup> Utilizo esse termo para me referir a uma maneira de acomodar diversidade social e pluralismo normativo que se caracteriza pela combinação de direito universalista com aplicação variável, iniciativa local e evasão tolerada. Ver o emprego análogo desse termo nos capítulos 4 e 10 de Rheinstein (1972) para descrever o “descompasso entre o direito nos livros e o direito na prática” no regime de divórcio em nações ocidentais contemporâneas e em tenBroek (1964a, 1964b, 1965) para se referir à coexistência não reconhecida de corpos de lei diversos conforme a classe. O estilo dualista pode ser contrastado, entre outros, com (a) um sistema “granular” no qual é explicitamente delegado amplo poder a vários grupos para regularem suas próprias negociações internas por

unificação e universalismo no nível simbólico e diversidade e particularismo no nível operacional<sup>137</sup>.

## 8 | **IMPLICAÇÕES PARA A REFORMA: O PAPEL DOS ADVOGADOS**

Discutimos o modo pelo qual a arquitetura do sistema jurídico tende a conferir vantagens entrelaçadas em grupos sobrepostos, aqui chamados de “quem tem”. Em que medida as reformas do sistema jurídico poderiam dissipar essas vantagens? Reformas serão sempre menos completas do que aquelas utópicas previstas aqui. Os reformadores terão recursos limitados para alocar e sempre se depararão com a necessidade de escolher quais desses recursos são mais produtivos à mudança equalizadora. O que nossa análise sugere sobre estratégias e prioridades?

Ela sugere que mudanças no nível das regras substantivas provavelmente não serão, por si mesmas, decisivas para resultados redistributivos. Mudanças de regras, em si, provavelmente terão pouco efeito porque o sistema está construído de modo que tais mudanças possam ser removidas, a não ser que estejam acompanhadas de transformações em outros

meio de seus próprios órgãos (Repetto, 1970); (b) uma administração oficial de diferentes corpos de “direitos especiais” criados por vários grupos — por exemplo, a aplicação de seus respectivos “direitos pessoais” a adeptos de várias religiões nos países do sul asiático (cf. Galanter, 1968). Embora o sistema jurídico do tipo que postulamos seja o mais próximo do dualismo, ele não é um caso puro, mas combina todos os três. Para algumas observações sobre mudanças na relação entre direito governamental e outros ordenamentos jurídicos, ver Weber (1954, pp. 16-20, 140-9).

<sup>137</sup> A estabilidade do “dualismo” enquanto adaptação não apenas é reforçada pelo fato de ele ser “funcional” para a sociedade de modo amplo, mas também porque cada um de seus “quinhões” dá suporte ao outro: o “direito superior” mascara e legitima o “nível operacional”; a acomodação de interesses particulares blinda o “direito superior” de demandas e pressões que ele não poderia acomodar sem sacrificar seu universalismo e aparência de autonomia. Não estou sugerindo que isso explique por que algumas sociedades geram essa estrutura “dual”.

níveis. Em um cenário de sobrecarga dos aparatos institucionais, de serviços jurídicos inadequados e caros, bem como de partes desorganizadas, os beneficiários podem não ter os recursos para assegurar a implementação ou um JH pode reestruturar a operação para escapar do impacto da nova regra (Leff, 1970b; Rothwax, 1969, p. 143; Grossman, 1970). O estoque de regras favoráveis a “quem não tem” não é necessariamente (e talvez nem tipicamente) pequeno. Ele é certamente menor do que qualquer um dos outros recursos necessários para participar do jogo da litigância<sup>138</sup>. Programas de reformas equalizadoras que focam a mudança de regras podem ser prontamente absorvidos sem nenhuma mudança nas relações de poder. O sistema tem a capacidade de mudar consideravelmente no nível das regras sem mudanças correspondentes nos padrões cotidianos da prática<sup>139</sup> ou na distribuição de vantagens tangíveis. (Ver, por exemplo, os capítulos 4 e 5 de Lipsky [1970].) De fato, mudança de regras pode se tornar um substituto simbólico para a redistribuição das vantagens (cf. Edelman, 1967, p. 40).

A baixa potência da mudança substantiva de regras existe especialmente no caso daquelas mudanças obtidas por meio dos tribunais. Que os tribunais possam, às vezes, ser levados a propor mudanças de regras que as legislaturas não fariam aponta tanto para as limitações quanto para as possibilidades dessas mudanças. Com seu relativo insulamento no que concerne à retaliação de interesses antagonistas, os tribunais podem mais facilmente propor novas regras que se afastam das relações de poder preponderantes. Mas tais regras

<sup>138</sup> Com efeito, a alegação de que reformas devem esperar por mudança de regras é uma manobra padrão realizada pelos alvos das demandas por reformas. Ver, por exemplo, a alegação das autoridades de habitação, narrada por Lipsky (1970, pp. 94-6), de que a execução das reivindicações dos inquilinos em boicote exigia nova legislação, mesmo quando elas já tinham o poder necessário.

<sup>139</sup> Compare-se com a observação de Dolbeare e Hammond (1971, p. 151), baseada em sua pesquisa sobre a implementação de decisões relacionadas à oração em escolas, de que “imagens de mudanças são abundantes, enquanto o *status quo*, em termos da realidade das vidas das pessoas, resiste”.



requerem ainda mais o estímulo de outros expedientes para assegurar seu efetivo cumprimento. E os tribunais têm menos capacidade do que outros formuladores de regras para criar aparatos institucionais e realocar recursos que garantam a implementação das novas regras. Assim, é improvável que a litigância venha a conformar de maneira decisiva a distribuição de poder na sociedade. Ela pode servir para assegurar ou solidificar compromissos simbólicos. Isso é taticamente vital para assegurar vantagem temporária ou proteção; para impulsionar a organização e a articulação de interesses; para conferir (ou negar) o manto da legitimidade<sup>140</sup>. Quanto mais divididos estiverem os outros detentores do poder, maior o potencial redistributivo desse papel tático/simbólico (Dahl, 1958, p. 294).

Esta análise sugere que quebrar as vantagens entrelaçadas em “quem tem” requer atenção não apenas com relação ao nível das regras, mas também no que concerne aos aparatos institucionais, aos serviços jurídicos e à organização das partes. Ela sugere que a litigância e a realização de *lobbies* devem ser complementadas pela organização de interesses, pela provisão de serviços e pela invenção de novas formas de aparatos institucionais<sup>141</sup>.

O ímpeto desta análise é que mudanças no nível das partes são as mais propensas a gerar mudanças em outros níveis. Se regras são o recurso mais abundante para reformadores, partes capazes de perseguir estratégias de longo prazo são o recurso mais raro. A presença de tais partes pode gerar uma demanda efetiva para serviços jurídicos de alto padrão — contínuos, especializados e orientados para o longo prazo — e pressionar por reformas institucionais e regras favoráveis. Isso sugere, *grosso modo*, que poderíamos

<sup>140</sup> Sobre a litigância como uma ferramenta organizacional, ver os exemplos fornecidos por Gary Bellow no *Yale Law Journal* (1970, pp. 1.087-8).

<sup>141</sup> Conferir o delineamento de Cahn e Cahn (1970, pp. 1.016 e ss.) das “quatro principais áreas nas quais o investimento de [...] recursos iria permitir mudanças criticamente necessárias: a criação (e legitimação) de novas instituições difusoras de justiça, a expansão da oferta de força de trabalho jurídica [...] o desenvolvimento de um novo corpo de direitos processuais e materiais, o desenvolvimento de modos de representação de grupo como um meio de emancipação”, bem como o rico catálogo de exemplos abaixo de cada tópico.

suspeitar da prioridade estratégica relativa das várias mudanças de regras. Mudanças de regras que se refiram diretamente às posições estratégicas das partes por meio da facilitação da organização; do aumento da oferta de serviços jurídicos (em que esses, por sua vez, providenciem um ponto de convergência para a articulação e organização de interesses comuns) e do aumento dos custos dos oponentes (como é o caso da autorização de ações coletivas, da fixação de custos e honorários advocatícios, e da concessão de liminares): estes são os mais poderosos fulcros para a transformação<sup>142</sup>. A intensidade da oposição à legislação das ações coletivas e aos serviços jurídicos autônomos e orientados pela reforma<sup>143</sup>, tal como o Programa de Assistência Jurídica Rural da Califórnia, indica que “quem tem” pode dimensionar o impacto estratégico relativo dos diversos níveis<sup>144</sup>.

A contribuição do advogado para a transformação social redistributiva, assim, depende da organização e da cultura da profissão jurídica. Suspeitamos que a mudança substantiva de regras, produzida por tribunais, provavelmente

<sup>142</sup> O reformador que antecipou a “judicialização” (ver o texto da nota 126) percebe a organização como um fulcro da expansão de serviços jurídicos, do aprimoramento dos aparatos institucionais e da indução de regras favoráveis. Por outro lado, o reformador que antecipou a “desjudicialização” e o desenvolvimento de relações de negociação vantajosas (sistemas de reparação privados) pode ser indiferente ou se opor às reformas do sistema oficial de solução que afetariam os relacionamentos JH *versus* JH.

<sup>143</sup> Está claro, por exemplo, que o que Agnew (1972, p. 930) considera repreensível é o impacto redistributivo do programa de serviços jurídicos:

[...] o programa de serviços jurídicos foi muito além da ideia de um programa financiado pelo governo para tornar a solução judicial disponível ao indigente [...] Estamos lidando, em grande parte, com um esforço sistemático para redistribuir vantagens e desvantagens sociais, penalidades e recompensas, direitos e recursos.

<sup>144</sup> Ao defender o veto do governador Reagan ao Programa de Assistência Jurídica Rural da Califórnia, o chefe dos programas do estado assim resumiu limpidamente:

O que criamos no Programa Assistência Jurídica Rural da Califórnia foi um poder econômico igual ao de uma grande empresa. Certamente, isso não poderia acontecer (apud Stumpf et al., 1971, p. 65).

não será, em si, um elemento determinante na produção de benefícios tangíveis dessa redistribuição. A vantagem oferecida pela litigância depende de sua combinação estratégica com estímulos em outros níveis. A questão é, assim, em que medida a organização da profissão permite que os advogados desenvolvam e utilizem suas habilidades nesses outros níveis. Quanto mais os advogados se vejam exclusivamente como advogados de tribunais, menor será sua disposição para assumir novas tarefas, para construir alianças duradouras com clientes e para operar em fóruns diferentes: será menos provável que sirvam como agentes da transformação redistributiva. Paradoxalmente, aquelas profissões jurídicas mais abertas a acentuar as vantagens de “quem tem” (por se permitirem ser “capturadas” por clientes recorrentes) podem ser as mais aptas a se tornar — ou a ter espaço para (o que é mais provável) — agentes de mudança, precisamente porque dispõem de mais liberdade para se identificar com os clientes e suas “causas” e porque têm uma definição menos restrita do que são propriamente atividades profissionais<sup>145</sup>.

<sup>145</sup> Conferir nota 48. Alega-se que as profissões jurídicas que se aproximam do “Tipo B” não irão apenas reforçar as vantagens de “quem tem”, mas também serão as mais capazes de produzir transformações redistributivas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- : ABEL, Richard L. (1974). "A Comparative Theory of Dispute Institutions in Society". *Law & Society Review*, v. 8, n. 2, pp. 217-347.
- : ABEL-SMITH, Brian; STEVENS, Robert (1967). *Lawyers and the Courts: A Sociological Study of the English Legal System, 1750-1965*. Cambridge: Harvard University Press.
- : AGNEW, Spiro (1972). "What's Wrong with the Legal Services Program". *A.B.A. Journal*, v. 58, n. 9, pp. 930-2.
- : AKERS, Ronald L. (1968). "The Professional Association and the Legal Regulation of Practice". *Law & Society Review*, v. 2, n. 3, pp. 463-82.
- : ANDERSON, Stanley (1969). *Ombudsman Papers: American Experience and Proposals, With a Comparative Analysis of Ombudsmen Offices by Kent M. Weeks*. Berkeley: Institute of Governmental Studies/ University of California.
- : ARNOLD, Thurman (1962). *The Symbols of Government*. New York: Harcourt Brace and World.
- : ASPIN, Leslie (1966). *A Study of Reinstatement Under the National Labor Relations Act*. Massachusetts, 118p. Tese de doutoramento. Departamento de Economia do Instituto de Tecnologia de Massachusetts – MIT.
- : ATLESON, James B. (1971). "Disciplinary Discharges, Arbitration and NLRB Deference". *Buffalo Law Review*, v. 20, pp. 355-84.
- : \_\_\_\_\_. (1967). "A Union Member's Right of Free Speech and Assembly: Institutional Interests and Individual Rights". *Minnesota Law Review*, v. 51, pp. 403-9.
- : AUBERT, Wilhelm (1967). "Courts and Conflict Resolution". *Journal of Conflict Resolution*, v. 11, n. 1, pp. 40-51.
- : \_\_\_\_\_. (1963). "Competition and Dissensus: Two Types of Conflict and of Conflict Resolution". *Journal of Conflict Resolution*, v. 7, n. 1, pp. 26-42.

- : BABCOCK, Richard S. (1969). *The Zoning Game: Municipal Practices and Policies*. Madison: University of Wisconsin Press.
- : BATTLE, Jackson B. (1971). "In Search of the Adversary System: The Cooperative Practices of Private Criminal Defense Attorneys". *Texas Law Review*, v. 51, n. 1, pp. 60-118.
- : BERMAN, Harold J. (1963). *Justice in the U.S.S.R.: An Interpretation of Soviet Law*. New York: Vintage Books.
- : BERNSTEIN, Marver H. (1955). *Regulating Business by Independent Commission*. Princeton: Princeton University Press.
- : BEUTEL, Frederick K. (1957). *Some Potentialities of Experimental Jurisprudence as a New Branch of Social Science*. Lincoln: The University of Nebraska Press.
- : BLACK, Donald J. (1973). "The Mobilization of Law". *Journal of Legal Studies*, v. 2, pp. 125-49.
- : \_\_\_\_\_. (1971). "The Social Organization of Arrest". *Stanford Law Review*, v. 23, pp. 1087-111.
- : \_\_\_\_\_. (1970). "Production of Crime Rates". *American Sociological Review*, v. 35, n. 4, pp. 733-48.
- : BLANKENBURG, Erhard; BLANKENBURG, Viola; MORASON, Hellmut (1972). "Der lange Weg in die Berufung". In: BENDER, Rolf (ed.). *Tatsachen Forschung in der Justiz*. Tübingen: C.B. Mohr.
- : BLUMBERG, Abraham S. (1967a). *Criminal Justice*. Chicago: Quadrangle Books.
- : \_\_\_\_\_. (1967b). "The Practice of Law as a Confidence Game". *Law & Society Review*, v. 1, n. 2, pp. 15-39.
- : BOHANNAN, Paul (1965). "The Differing Realms of the Law in The Ethnography of Law". *American Anthropologist*, v. 67, n. 6, pp. 33-42.
- : BONN, Robert L. (1972a). "Arbitration: An Alternative System for Handling Contract

- Related Disputes”. *Administrative Sciences Quarterly*, v. 17, n. 2, pp. 254-64.
- : \_\_\_\_\_. (1972b). “The Predictability of Nonlegalistic Adjudication”. *Law & Society Review*, v. 6, n. 4, pp. 563-78.
- : BORKIN, Joseph (1950). “The Patent Infringement Suit: Ordeal by Trial”. *University of Chicago Law Review*, v. 17, n. 4, pp. 634-52.
- : BRILL, Harry (1973). “The Uses and Abuses of Legal Assistance”. *The Public Interest*, n. 31, pp. 38-55.
- : BRUFF, Harold H. (1973). “Arizona’s Inferior Courts”. *Law and the Social Order*, v. 1973, n. 1, pp. 1-118.
- : BUREAU OF NATIONAL AFFAIRS (1970). *Environment Reporter: Current Development*, v. 1, n. 12. Washington, DC: Bureau of National Affairs.
- : BURGER, Warren (1970). “The State of the Judiciary – 1970”. *A.B.A. Journal*, v. 56, n. 10, pp. 929-34.
- : BURGHARDT, Stephen (ed.) (1972). *Tenants and the Urban Housing Crisis*. Dexter, MI: The New Press.
- : BURNLEY IV, James H. (1973). “Comment, Solicitation by the Second Oldest Profession: Attorneys and Advertising”. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 8, pp. 77-103.
- : CAHN, Edgar S.; CAHN, Jean Camper (1970). “Power to the People or the Profession? The Public Interest in Public Interest Law”. *Yale Law Journal*, v. 79, n. 5, pp. 1.005-48.
- : CAMERON, Mary Owen (1964). *The Booster and the Snitch: Department Shoplifting*. New York: Free Press of Glencoe.
- : CARLIN, Jerome E. (1966). *Lawyers’ Ethics: A Survey of the New York City Bar*. New York: Russell Sage Foundation.
- : \_\_\_\_\_. (1962). *Lawyers on Their Own: A Study of Individual Practitioners in Chicago*. New Brunswick: Rutgers University Press.

- : CARLIN, Jerome E.; HOWARD, Jan (1965). "Legal Representation and Class Justice". *U.C.L.A. Law Review*, v. 12, pp. 381-437.
- : CASPER, Jonathan D. (1970). "Lawyers before the Supreme Court: Civil Liberties and Civil Rights, 1957-66". *Stanford Law Review*, v. 22, n. 3, pp. 487-509.
- : CHRISTIANSON, Barlow F. (1970). *Lawyers for People of Moderate Means: Some Problems of Availability of Legal Services*. Chicago: American Bar Foundation.
- : CLARK, Peter B.; WILSON, James Q. (1961). "Incentive Systems: A Theory of Organizations". *Administrative Services Quarterly*, v. 6, n. 2, pp. 129-66.
- : COHEN, Julius; ROBSON, Reginald A. H.; BATES, Alan (1958). *Parental Authority: The Community and the Law*. New Brunswick: Rutgers University Press.
- : COHN, Bernard S. (1959). "Some Notes on Law and Change in North India". *Economic Development and Cultural Change*, v. 8, n. 1, pp. 79-93.
- : COLUMBIA JOURNAL OF LAW AND SOCIAL PROBLEMS (1970). "Rabbinical Courts: Modern Day Solomons". *Columbia Journal of Law and Social Problems*, v. 6, pp. 49-75.
- : \_\_\_\_\_. (1971). "Roman Catholic Ecclesiastical Courts and the Law of Marriage". *Columbia Journal of Law and Social Problems*, v. 7, pp. 204-39.
- : COMMUNITY SERVICE SOCIETY, Department of Public Affairs, Special Committee on Consumer Protection (1974). *Large Grievances about Small Causes: New York City's Small Claims Court: Proposals for Improving the Collection of Judgments*. New York: New York City Community Service Society.
- : CONARD, Alfred F.; MORGAN, James N.; PRATT JR., Robert W.; VOLTZ, Charles F.; BOMBAUGH, Robert L. (1964). *Automobile Accident Costs and Payments: Studies in the Economics of Injury Reparation*. Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- : CONSUMER COUNCIL (1970). *Justice Out of Reach: A Case for Small Claims Courts*. London: Her Majesty's Stationery Office.

- : COONS, John E. (1964). "Approaches to Court-Imposed Compromise: The Uses of Doubt and Reason". *Northwestern University Law Review*, v. 58, pp. 750-94.
- : CRESSEY, Donald R. (1969). *Theft of the Nation: The Structure and Operations of Organized Crime in America*. New York: Harper and Row.
- : DAHL, Robert A. (1958). "Decision-making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-maker". *Journal of Public Law*, n. 6, pp. 279-95.
- : DAVIS, Gordon J.; SCHWARTZ, Michael W. (1967). "Tenant Unions: An Experiment in Private Law Making". *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 2, n. 2, pp. 237-58.
- : DAVIS, Kenneth Culp (1969). *Discretionary Justice: A Preliminary Inquiry*. Baton Rouge: Louisiana State University Press.
- : DERRETT, J. Duncan M. (1959). "Sir Henry Maine and Law in India". *Juridical Review*, v. 4, pp. 40-55.
- : DIBBLE, Vernon K. (1973). "What Is and What Ought to Be: A Comparison of Certain Formal Characteristics of the Ideological and Legal Styles of Thought". *American Journal of Sociology*, v. 79, n. 3, pp. 511-49.
- : DOLBEARE, Kenneth M. (1969). "The Federal District Courts and Urban Public Policy: An Exploratory Study (1960-1967)". In: GROSSMAN, J.; TANENHAUS, J. (eds.). *Frontiers of Judicial Research*. New York: John Wiley.
- : \_\_\_\_\_. (1967). *Trial Courts in Urban Politics: State Court Policy Impact and Function in a Local Political System*. New York: John Wiley.
- : DOLBEARE, Kenneth M.; HAMMOND Phillip E. (1971). *The School Prayer Decisions: From Court Policy to Local Practice*. Chicago: The University of Chicago Press.
- : DOO, Leigh-Wei (1973). "Dispute Settlement in Chinese-American Communities". *American Journal of Comparative Law*, v. 21, n. 4, pp. 627-63.
- : DURKHEIM, Émile (1964). *The Division of Labor in Society*. New York: Free Press.



- : EDELMAN, Murray (1967). *The Symbolic Uses of Politics*. Urbana: The University of Illinois Press.
- : EHRLICH, Eugen (1936). *Fundamental Principles of the Sociology of Law*. New York: Russell and Russell Publishers.
- : ENGLE, C. Donald (1971). *Criminal Justice in the City: A Study of Sentence Severity and Variation in the Philadelphia Criminal Court System*. Pennsylvania, 320p. Departamento de Ciência Política da Universidade Temple.
- : ENNIS, Phillip H. (1967). *Criminal Victimization in the United States: A Report of a National Survey*. (President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, Field Survey II). Washington: Government Printing Office.
- : FELSTINER, William L. F. (1974). “Influences of Social Organization on Dispute Processing”. *Law & Society Review*, v. 9, n. 1, pp. 63-94.
- : FINKLESTEIN, Herman (1954). “The Composer and the Public Interest—Regulation of Performing Rights Societies”. *Law and Contemporary Problems*, v. 19, pp. 275-93.
- : FOOTE, Caleb (1956). “Vagrancy-type Law and Its Administration”. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 104, n. 5, pp. 603-50.
- : FORD, Stephen D. (1970). *The American Legal System*. Minneapolis: West Publishing Company.
- : FRANK, Jerome (1930). *Law and the Modern Mind*. New York: Coward-McCann.
- : FRANKLIN, Marc; CHANIN, Robert H.; MARK, Irving (1961). “Accidents, Money and the Law: A Study of the Economics of Personal Injury Litigation”. *Columbia Law Review*, v. 61, n.1, pp. 1-39.
- : FRIEDMAN, Lawrence M. (1973). *A History of American Law*. New York: Simon and Shuster.
- : \_\_\_\_\_. (1969). “Legal Culture and Social Development”. *Law & Society Review*, v. 4, pp. 29-44.

- : FRIEDMAN, Lawrence M. (1967). "Legal Rules and the Process of Social Change". *Stanford Law Review*, v. 19, n. 4, pp. 786-840.
- : FRIEDMAN, Lawrence M.; LADINSKY, Jack (1967). "Social Change and the Law of Industrial Accidents". *Columbia Law Review*, v. 67, pp. 50-82.
- : FRIEDMAN, Lawrence M.; MACAULAY, Stewart (1967). "Contract Law and Contract Teaching: Past, Present, and Future". *Wisconsin Law Review*, outono, pp. 805-21.
- : FULLER, Lon L. (1969). *The Morality of Law*. New Haven: Yale University Press.
- : GALANTER, Marc (1968-1969). "Introduction: The Study of the Indian Legal Profession". *Law & Society Review*, v. 3, n. 2-3, pp. 201-18.
- : \_\_\_\_\_. (1968). "The Displacement of Traditional Law in Modern India". *Journal of Social Issues*, v. 24, n.4, pp. 65-90.
- : GELLHORN, Walter (1966). *When Americans Complain: Governmental Grievance Procedures*. Cambridge: Harvard University Press.
- : GIFFORD, Daniel J. (1971). "Communication of Legal Standards, Policy Development and Effective Conduct Regulation". *Cornell Law Review*, v. 56, pp. 409-68.
- : GOLDING, Martin P. (1969). "Preliminaries to the Study of Procedural Justice". In: HUGHES, G. (ed.). *Law, Reason and Justice*. New York: New York University Press.
- : GOLDSTEIN, Paul; FORD, Robert (1971). "The Management of Air Quality: Legal Structures and Official Behavior". *Buffalo Law Review*, v. 21, pp. 1-48.
- : GOLDPAPER, Sam (1971). "Judge Rules Caldwell Belongs to ABA Club". *New York Times*, 15 jan., p. 69.
- : GOLLAN, David (1970). "Airline Agency Levies Big Fines". *New York Times*, 8 nov., p. 88.
- : GRACE, Roger (1970). "Justice, Chinese Style". *Case and Comment*, v. 75, pp. 50-1.

- : GROSSMAN, Joel (1970). "The Supreme Court and Social Change: A Preliminary Inquiry". *American Behavioral Sciences*, v. 13, pp. 535-51.
- : HAHM, Pyong-Choon (1969). "The Decision Process in Korea". In: SCHUBERT, G.; DANIELSKI, D. (eds.). *Comparative Judicial Behavior: Cross-Cultural Studies of Political Decision-Making in the East and West*. New York: Oxford University Press.
- : HALLAUER, Robert Paul (1972). "Low Income Laborers as Legal Clients: Use Patterns and Attitudes toward Lawyers". *Denver Law Journal*, v. 49, pp. 169-232.
- : HAKMAN, Nathan (1969). "The Supreme Court's Political Environment: The Processing of Noncommercial Litigation". In: GROSSMAN, J.; TANENHAUS, J. (eds.). *Frontiers of Judicial Research*. New York: John Wiley and Sons.
- : HAMILTON, Walter (1957). *The Politics of Industry*. New York: Alfred A. Knopf.
- : \_\_\_\_\_. (1966). "Lobbying the Supreme Court: An Appraisal of Political Science Folklore". *Fordham Law Review*, v. 35, pp. 15-50.
- : HANDLER, Joel (1967). *The Lawyer and his Community: The Practicing Bar in a Middle-Sized City*. Madison: The University of Wisconsin Press.
- : \_\_\_\_\_. (1966). "Controlling Official Behavior in Welfare Administration". In: tenBROEK, Jacobus et al. (eds.). *The Law of the Poor*. San Francisco: Chandler Publishing Co.
- : HANDLER, Milton (1971). "The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits". *Columbia Law Review*, v. 71, n. 1, pp. 1-36.
- : \_\_\_\_\_. (1972). "Twenty-Fourth Annual Antitrust Review". *Columbia Law Review*, v. 72, n. 1, pp. 1-63.
- : HART JR., Henry M.; SACKS, Albert M. (1958). *The Legal Process: Basic Problems in the Making and Application of Law*. Cambridge, Mass.: Harvard Law School [Mimeo].
- : HAZARD JR., Geoffrey C. (1970). "Law Reforming in the Anti-Poverty Effort". *The University of Chicago Law Review*, v. 37, n. 2, pp. 242-55.

- : HAZARD JR., Geoffrey C. (1965). “After the Trial Court: The Realities of Appellate Review”. In: JONES, Harry. (ed.). *The Courts, the Public and the Law Explosion*. Englewood Cliffs: Prentice Hall.
- : HENDERSON, Dan Fenno (1968). “Law and Political Modernization in Japan”. In: WARD, Robert E. (ed.). *Political Development in Modern Japan*. Princeton: Princeton University Press.
- : HIRSCHMAN, Albert O. (1970). *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations and States*. Cambridge: Harvard University Press.
- : HOLLINGSWORTH, Robert J.; FELDMAN, William B.; CLARK, David C. (1973). “The Ohio Small Claims Court: An Empirical Study”. *University of Cincinnati Law Review*, v. 42, n. 3, pp. 469-527.
- : HOMBERGER, Adolf (1974). “Private Suits in the Public Interest in the United States of America”. *Buffalo Law Review*, v. 23, pp. 343-410.
- : \_\_\_\_\_. (1971). “State Class Actions and the Federal Rule”. *Columbia Law Review*, v. 71, n. 4, pp. 609-59.
- : \_\_\_\_\_. (1970). “Functions of Orality in Austrian and American Civil Procedure”. *Buffalo Law Review*, v. 20, pp. 9-39.
- : HORSKY, Charles (1952). *The Washington Lawyer*. Boston: Little, Brown and Co.
- : HOWARD JR., J. Woodford (1969). “Adjudication Considered as a Process of Conflict Resolution: A Variation on Separation of Powers”. *Journal of Public Law*, v. 18, pp. 339-70.
- : HUNTING, Roger Bryand; NEUWIRTH, Gloria S. (1962). *Who Sues in New York City? A Study of Automobile Accident Claims*. New York: Columbia University Press.
- : HURST, James Willard (1950). *The Growth of American Law: The Law Makers*. Boston: Little, Brown and Co.
- : LANNI, Francis A. J. (1972). *A Family Business: Kinship and Control in Organized Crime*. New York: Russell Sage Foundation/ Basic Books.

- : INTERNATIONAL LEGAL CENTER (1973). *Newsletter*, n. 9, jul., New York.
- : JACOB, Herbert (1969). *Debtors in Court: The Consumption of Government Services*. Chicago: Rand McNally.
- : JOHNSTONE, Quintin; HOPSON JR., Dan (1967). *Lawyers and Their Work: An Analysis of the Legal Profession in the United States and England*. Indianapolis: Bobbs Merrill Co.
- : KALVEN JR., Harry (1958). "The Jury, the Law and the Personal Injury Damage Award". *Ohio State Law Journal*, v. 19, pp. 158-78.
- : KAPLAN, Benjamin; MEHREN, Arthur T. von; SCHAEFER, Rudolf (1958). "Phases of German Civil Procedure". *Harvard Law Review*, v. 71, pp. 1.193-268, 1.443-72.
- : KATZ, Marvin (1969). "Mr. Lin's Accident Case: A Working Hypothesis on the Oriental Meaning of Face in International Relations on the Grand Scheme". *Yale Law Journal*, v. 78, n. 8, pp. 1.491-4
- : KAWASHIMA, Takeyoshi (1963). "Dispute Resolution in Contemporary Japan". In: MEHREN, A. T. von (ed.). *Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society*. Cambridge: Harvard University Press.
- : KENNEDY, Duncan (1973). "Legal Formality". *Journal of Legal Studies*, v. 2, n. 2, p. 351-98.
- : KIDDER, Robert L. (1974). "Formal Litigation and Professional Insecurity: Legal Entrepreneurship in South India". *Law & Society Review*, v. 9, n. 1, pp. 11-38.
- : \_\_\_\_\_. (1973). "Courts and Conflict in an Indian City: A Study in Legal Impact". *Journal of Commonwealth Political Studies*, v. 11, n. 2, pp. 121-39.
- : \_\_\_\_\_. (1971). *The Dynamics of Litigation: A Study of Civil Litigation in South Indian Courts*. Evanston. Tese de doutoramento. Departamento de Sociologia da Universidade Northwestern.
- : LADINSKY, Jack (1963). "Careers of Lawyers, Law Practice and Legal Institutions". *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, pp. 47-54.

- : LAFAVE, Wayne R. (1965). *Arrest: The Decision to Take a Suspect into Custody*. Boston: Little, Brown and Co.
- : LARGE, Donald W. (1972). "Is Anybody Listening? The Problem of Access in Environmental Litigation". *Wisconsin Law Review*, v. 1.972, n. 1, pp. 62-113.
- : LAUFER, Joseph (1970). "Embattled Victims of the Uninsured: In Court with New York's MVAIC, 1959-69". *Buffalo Law Review*, v. 19, pp. 471-513.
- : LE VAR, C. Jeddy (1973). "The Small Claims Court: A Case Study of Process, Politics, Outputs and Factors Associated with Businessmen Usage". [Artigo inédito].
- : LEFF, Arthur A. (1970a). "Injury, Ignorance, and Spite: The Dynamics of Coercive Collection". *Yale Law Journal*, v. 80, pp. 1-46.
- : \_\_\_\_\_. (1970b). "Unconscionability and the Crowd Consumers and the Common-Law Tradition". *University of Pittsburgh Law Review*, v. 31, pp. 349-58.
- : LEPAULLE, Pierre George (1950). "Law Practice in France". *Columbia Law Review*, v. 50, n. 7, pp. 945-58.
- : LEVINE, Felice J.; PRESTON, Elizabeth (1970). "Community Resource Orientation among Low Income Groups". *Wisconsin Law Review*, v. 1970, n. 1, pp. 80-113.
- : LEVINE, James P. (1970). "Methodological Concerns in Studying Supreme Court Efficacy". *Law & Society Review* v. 4, n. 4, pp. 583-612.
- : LIGHT, Ivan H. (1972). *Ethnic Enterprise in America: Business and Welfare among Chinese, Japanese and Blacks*. Berkeley: University of California Press.
- : LIPSKY, Michael (1970). *Protest in City Politics: Rent Strikes, Housing, and the Power of the Poor*. Chicago: Rand McNally and Co.
- : LOBENTHAL JR., Joseph S. (1970). *Power and Put-On: The Law in America*. New York: Outerbridge/ Dienstfrey.
- : LOCKARD, Duane (1968). *Toward Equal Opportunity: A Study of State and Local Antidiscrimination Laws*. New York: Macmillan Co.

- : LOEBER, Dietrich A. (1965). “Plan and Contract Performance in Soviet Law”. In: LAFAVE, W. (ed.). *Law in the Soviet Society*. Urbana: The University of Illinois Press.
- : LORTIE, Dan C. (1959). “Laymen to Lawmen: Law School, Careers, and Professional Socialization”. *Harvard Educational Review*, v. 29, n. 4, pp. 352-69.
- : LOWRY, S. Todd (1973). “Lord Mansfield and the Law Merchant”. *Journal of Economic Issues*, v. 7, n. 4, pp. 605-22.
- : LOWY, Michael J. (s.d.). “A Good Name is Worth More than Money: Strategies of Court Use in Urban Ghana”. [Artigo inédito].
- : MACAULAY, Stewart (1966). *Law and the Balance of Power: The Automobile Manufacturers and Their Dealers*. New York: Russell Sage Foundation.
- : \_\_\_\_\_. (1963). “Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study”. *American Sociological Review*, v. 28, n. 1, pp. 67-9.
- : MacCALLUM, Spencer (1967). “Dispute Settlement in an American Supermarket”. In: BOHANNAN, Paul (ed.). *Law and Warfare*. Garden City, NY: Natural History Press for American Museum of Natural History.
- : MARSHALL, Leon C.; MAY, Geoffrey (1932). *The Divorce Court: Maryland*. Baltimore: The Johns Hopkins Press.
- : MATZA, David (1964). *Delinquency and Drift*. New York: John Wiley.
- : MAYHEW, Leon H. (1973). “Institutions of Representation.” Artigo preparado para apresentação na Conference on the Delivery and Distribution of Legal Services, State University of New York at Buffalo, 12 out.
- : \_\_\_\_\_. (1971). “Stability and Change in Legal Systems”. In: INKELES, Alex; BARBER, Bernard (eds.). *Stability and Social Change*. Boston: Little, Brown and Co.
- : \_\_\_\_\_. (1968). *Law and Equal Opportunity: A Study of the Massachusetts Commission against Discrimination*. Cambridge: Harvard University Press.

- : MAYHEW, Leon; REISS JR., Albert J. (1969). "The Social Organization of Legal Contacts". *American Sociological Review*, v. 34, n. 3, pp. 309-18.
- : McINTYRE, Donald M. (1968). "A Study of Judicial Dominance of the Charging Process". *Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, v. 59, pp. 463-90.
- : McINTYRE, Donald M.; LIPPMAN, David. (1970). "Prosecutors and Early Disposition of Felony Cases". *A.B.A. Journal*, v. 56, n. 12, pp. 1.154-9.
- : McPHERSON, James Alan (1972). "In My Father's House There are Many Mansions, and I'm Going to Get Me Some of Them, Too! The Story of the Contract Buyers League". *Atlantic Monthly*, v. 229, n. 4, pp. 51-82.
- : MENTSCHIKOFF, Soia (1961). "Commercial Arbitration". *Columbia Law Review*, v. 61, pp. 846-69.
- : MERRYMAN, John Henry (1969). *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal Systems of Western Europe and Latin America*. Stanford, CA: Stanford University Press.
- : MILLER, Frank W. (1969). *Prosecution: The Decision to Charge a Suspect with a Crime*. Boston: Little, Brown and Co.
- : MORGAN, Richard S. (1968). *The Politics of Religious Conflict: Church and State in America*. New York: Pegasus.
- : MORRISON, Charles (1974). "Clerks and Clients: Paraprofessional Roles and Cultural Identities in Indian Litigation". *Law & Society Review*, v. 9, n. 1, p. 39-62.
- : MOSIER, Marilyn Miller; SOBLE, Richard A. (1973). "Modern Legislation, Metropolitan Court, Miniscule Results: A Study of Detroit's Landlord-Tenant Court". *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 7, pp. 9-70.
- : MOULTON, Beatrice A. (1969). "The Persecution and Intimidation of the Low-Income Litigant as Performed by the Small Claims Court in California". *Stanford Law Review*, v. 21, n. 6, pp. 1.657-84.



- : MURPHY, Walter (1959). "Lower Court Checks on Supreme Court Power". *American Political Science Review*, v. 53, pp. 1.017-31.
- : MURRAY JR., John E. (1969). "Unconscionability: Unconscionability". *University of Pittsburgh Law Review*, v. 31, pp. 1-80.
- : NADER, Laura (1965). "The Anthropological Study of Law". *American Anthropologist*, v. 67, n. 6, pp. 3-32.
- : NAGEL, Stuart S. (1973). "Effects of Alternative Types of Counsel on Criminal Procedure Treatment". *Indiana Law Journal*, v. 48, n. 3, pp. 404-26.
- : NEW YORK TIMES (1973). "Arizona Losing Consumer Chief", 22 abr., p. 39.
- : NEWMAN, Donald J. (1966). *Conviction: The Determination of Guilt or Innocence without Trial*. Boston: Little, Brown and Co.
- : NONET, Philippe (1969). *Administrative Justice: Advocacy and Change in a Government Agency*. New York: Russell Sage Foundation.
- : NORTHWESTERN UNIVERSITY LAW REVIEW (1953). "Settlement of Personal Injury Cases in the Chicago Area". *Northwestern University Law Review*, v. 47, pp. 895-914.
- : O'CONNELL, Jeffrey (1971). *The Injury Industry and the Remedy of No-Fault Insurance*. Chicago: Commerce Clearing House.
- : O'GORMAN, Hubert (1963). *Lawyers and Matrimonial Cases: A Study of Informal Pressures in Private Professional Practice*. New York: Free Press.
- : OHLHAUSEN, George C. (1947). "Rich and Poor in Civil Procedure". *Science and Society*, v. 11, n. 1, pp. 11-37.
- : OLSON JR., Mancur. (1965). *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups*. Cambridge: Harvard University Press.
- : ORBELL, John M.; UNO, Toro (1972). "A Theory of Neighborhood Problem Solving: Political Action vs. Residential Mobility". *American Political Science Review*, v. 66, n. 2, pp. 471-89.

- : OWEN JR., Harold J. (1971). *The Role of Trial Courts in the Local Political System: A Comparison of Two Georgia Counties*. Athens, 160p. Tese de doutoramento. Departamento de Ciência Política da Universidade da Geórgia.
- : PAGTER, Carl. R.; McCLOSKEY, Robert; REINIS, Mitchel (1964). "The California Small Claims Court". *California Law Review*, v. 52, n. 4, pp. 876-98.
- : PARSONS, Talcott (1954). "A Sociologist Looks at The Legal Profession". In: \_\_\_\_\_. *Essays in Sociological Theory*. New York: Free Press.
- : POWELL, Richard R.; ROHAN, Patrick J. (1968). *Powell on Real Property*. New York: Mathew Bender.
- : RABIN, Robert L. (1972). "Agency Criminal Referrals in the Federal System: An Empirical Study of Prosecutorial Discretion". *Stanford Law Review*, v. 24, n. 6, pp. 1.036-91.
- : RABINOWITZ, Richard W. (1968). "Law and the Social Process in Japan". In: \_\_\_\_\_. *Transactions of the Asiatic Society of Japan*. Tokyo: Asiatic Society of Japan.
- : RANDALL, Richard S. (1968). *Censorship of the Movies: Social and Political Control of a Mass Medium*. Madison: University of Wisconsin Press.
- : RANKIN, Anne (1964). "The Effect of Pretrial Detention". *New York University Law Review*, v. 39, pp. 641-55.
- : RAWLS, John (1971). *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press.
- : \_\_\_\_\_. (1958). "Justice as Fairness". *The Philosophical Review*, v. 68, n. 2, pp. 164-94.
- : REICH, Charles (1964a). "The New Property". *Yale Law Journal*, v. 73, n. 5, pp. 733-87.
- : \_\_\_\_\_. (1964b). "Individual Rights and Social Welfare: The Emerging Legal Issues". *Yale Law Journal*, v. 74, n. 6, pp. 1.245-57.
- : REICHSTEIN, Kenneth J. (1965). "Ambulance Chasing: A Case Study of Deviation and Control Within the Legal Profession". *Social Problems*, v. 13, n. 1, pp. 3-13.

- : REPPETTO, Thomas (1970). "The Millet System in the Ottoman and American Empires". *Public Policy*, v. 5.
- : REPUBLIC RESEARCH, INC. (1970). "Claims and Recovery for Product Injury under the Common Law". In: NATIONAL COMMISSION ON PRODUCT SAFETY. *Product Safety Law and Administration: Federal, State, Local and Common Law* (Supplemental Studies: v. 3). Washington: U.S. Government Printing Office, 237.
- : ROSENTHAL, Albert J. (1971). "Negotiability: Who Needs It?". *Columbia Law Review*, v. 71, n. 3, pp. 375-402.
- : ROSENTHAL, Douglas E. (1970). *Client Participation in Professional Decision: The Lawyer-Client Relationship in Personal Injury Cases*. New Haven. Tese de doutoramento. Departamento de Ciência Política da Universidade de Yale.
- : ROSS, H. Laurence (1970). *Settled Out of Court: The Social Process of Insurance Claims Adjustment*. Chicago: Aldine.
- : ROTHSTEIN, Lawrence E. (1974). "The Myth of Sisyphus: Legal Services Efforts on Behalf of the Poor". *University of Michigan Journal of Law Reform*, v. 7, pp. 493-515.
- : ROTHWAX, Harold J. (1969). "The Law as an Instrument of Social Change". In: WEISSMAN, Harold H. (ed.). *Justice and the Law in the Mobilization for Youth Experience*. New York: New York Association Press.
- : SAARI, David J. (1967). "Open Doors to Justice: An Overview of Financing Justice in America". *Journal of the American Judicature Society*, v. 50, pp. 296-302.
- : SALISBURY, Robert H. (1969). "An Exchange Theory of Interest Groups". *Midwest Journal of Political Science*, v. 13, n. 1, pp. 1-32.
- : SCHELLING, Thomas C. (1963). *The Strategy of Conflict*. New York: Oxford University Press.
- : SCHRAG, Philip G. (1969). "Bleak House 1968: A Report on Consumer Test Litigation". *N.Y.U. Law Review*, v. 44, pp. 115-58.

- : SCHWARTZ, Richard D. (1954). "Social Factors in the Development of Legal Control: A Case Study of Two Israeli Settlements". *Yale Law Journal*, v. 63, n.4, pp. 471-91.
- : SCIGLIANO, Robert (1971). *The Supreme Court and the Presidency*. New York: Free Press.
- : SCOTT, William G. (1965). *The Management of Conflict: Appeal Systems in Organizations*. Homewood, IL: Irwin/Dorsey.
- : SELZNICK, Philip; NONET, Philippe; VOLLMER, Howard M. (1969). *Law, Society and Industrial Justice*. New York: Russell Sage Foundation.
- : SEYMOUR, Whitney North, JR. (1974). "Frontier Justice: A Run-In with the Law". *The New York Times*, 21 jul., p. 1.
- : SHKLAR, Judith N. (1964). *Legalism*. Cambridge: Harvard University Press.
- : SHOVER, John L. (1966). *Cornbelt Rebellion: The Farmers' Holiday Association*. Urbana: The University of Illinois Press.
- : SHRIVER, George H. (ed.) (1966). *America's Religious Heretics: Formal and Informal Trials in American Protestantism*. Nashville: Abdingdon Press.
- : SHUCHMAN, Philip (1971). "The Fraud Exception in Consumer Bankruptcy". *Stanford Law Review*, n. 23, pp. 735-73.
- : \_\_\_\_\_. (1969). "Profit on Default: An Archival Study of Automobile Repossession and Resale". *Stanford Law Review*, v. 22, n. 1, pp. 20-66.
- : \_\_\_\_\_. (1968). "Ethics and Legal Ethics: The Propriety of the Canons as a Group Moral Code". *George Washington Law Review*, v. 37, pp. 244-69.
- : SIMKIN, William E. (1971). *Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining*. Washington: Bureau of National Affairs.
- : SIMON, William (1972). "Class Actions: Useful Tool or Engine of Destruction". *Federal Rules Decisions*, v. 55.

- : SKOLNICK, Jerome (1967). "Social Control in the Adversary Process". *Journal of Conflict Resolution*, v. 11, pp. 52-70.
- : \_\_\_\_\_. (1966). *Justice without Trial: Law Enforcement in a Democratic Society*. New York: John Wiley.
- : SMALL CLAIMS STUDY GROUP (1972). "Little Injustices: Small Claims Courts and the American Consumer". *A Preliminary Report to the Center for Auto Safety*. Cambridge, MA.
- : SMIGEL, Erwin O. (1969). *The Wall Street Lawyer: Professional Organization Man?* Bloomington: Indiana University Press.
- : SMITH, Regan G. (1970). *The Small Claims Court: A Sociological Interpretation*. Urbana, 165p. Tese de doutoramento. Departamento de Sociologia da Universidade de Illinois.
- : SPRADLEY, James P. (1970). *You Owe Yourself a Drunk: An Ethnography of Urban Nomads*. Boston: Little, Brown and Co.
- : STUMPF, Harry P.; SCHROERLUKE, Henry P.; DILL, Forrest D. (1971). "The Legal Profession and Legal Services: Explorations in Local Bar Politics". *Law & Society Review*, v. 6, n. 1, pp. 47-68.
- : SUDNOW, David (1965). "Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office". *Social Problems*, v. 12, n. 3, pp. 255-76.
- : SUMMERS, Clyde (1960). "Individual Rights in Collective Agreements: A Preliminary Analysis". *Buffalo Law Review*, v. 9, pp. 239-54.
- : TANNER, Nancy (1970). "Disputing and the Genesis of Legal Principles: Examples from Minangkabau". *Southwestern Journal of Anthropology*, v. 26, n. 4, pp. 375-401.
- : tenBROEK, Jacobus. (1964a). "California's Dual System of Family Law: Its Origin, Development and Present Status (Part I)". *Stanford Law Review*, v. 16, n. 2, pp. 257-317.
- : \_\_\_\_\_. (1964b). "California's Dual System of Family Law: Its Origin, Development and Present Status (Part II)". *Stanford Law Review*, v. 16, n. 4, pp. 900-81.

- : tenBROEK, Jacobus. (1965). “California’s Dual System of Family Law: Its Origin, Development and Present Status (Part III)”. *Stanford Law Review*, v. 17, n. 4, pp. 614-82.
- : TRUBEK, David M. (1972). “Toward a Social Theory of Law: An Essay on the Study of Law and Development”. *Yale Law Journal*, v. 82, n. 1, pp. 1-50.
- : TULLOCK, Gordon (1971). *Logic of the Law*. New York: Basic Books.
- : VAUGHAN, Ted R. (1968). “The Landlord-Tenant Relation in a Low-Income Area”. *Social Problems*, v. 16, n. 2, pp. 208-18.
- : VIRTUE, Maxine Boord (1956). *Family Cases in Court: A Group of Four Court Studies Dealing with Judicial Administration*. Durham: Duke University Press.
- : VOSE, Clement E. (1966). “Interest Groups, Judicial Review, and Local Government”. *Western Political Quarterly*, v. 19, n. 1, pp. 85-100.
- : \_\_\_\_\_. (1967). *Caucasians Only: The Supreme Court, the NAACP, and the Restrictive Covenant Cases*. Berkeley: The University of California Press.
- : \_\_\_\_\_. (1972). *Constitutional Change: Amendment Politics and Supreme Court Litigation since 1900*. Lexington, Mass.: D.C. Heath.
- : WALD, Patricia (1964). “Pretrial Detention and Ultimate Freedom”. *N.Y.U. Law Review*, v. 39, pp. 631-40.
- : WANNER, Craig (1973). “A Harvest of Profits: Exploring the Symbiotic Relationship between Urban Civil Trial Courts and the Business Community”. Artigo apresentado no Encontro Anual da American Political Science Association.
- : \_\_\_\_\_. (1974a). “The Public Ordering of Private Relations: Part One: Initiating Civil Cases in Urban Trial Courts”. *Law & Society Review*, v. 8, n. 3, pp. 421-40.
- : \_\_\_\_\_. (1974b). “The Public Ordering of Private Relations: Part Two: Winning Civil Cases in Urban Trial Courts”. *Law & Society Review*, v. 9, n. 2, pp. 293-306.
- : WASBY, Stephen L. (1970). *The Impact of the United States Supreme Court: Some Perspectives*. Homewood, IL : The Dorsey Press.

- : WEBER, Max (1954). *Max Weber on Law in Economy and Society*. Cambridge: Harvard University Press.
- : WECHSLER, Herbert (1959). "Toward Neutral Principles of Constitutional Law". *Harvard Law Review*, v. 73, n. 1, pp. 1-35.
- : WEXLER, Stephen (1970). "Practicing Law for Poor People". *Yale Law Journal*, v. 79, n. 5, pp. 1049-67.
- : WHITFORD, William C. (1968). "Law and the Consumer Transaction: A Case Study of the Automobile Warranty". *Wisconsin Law Review*, v. 1968, pp. 1.006-98.
- : WILSON, James Q. (1968). *Varieties of Police Behavior: The Management of Law and Order in Eight Communities*. Cambridge: Harvard University Press.
- : WOLL, Peter (1960). "Informal Administrative Adjudication: Summary of Findings". *U.C.L.A. Law Review*, v. 7, pp. 436-62.
- : YALE LAW JOURNAL (1970). "The New Public Interest Lawyers". *Yale Law Journal*, v. 79, pp. 1.069-1.152.
- : YNGVESSON, Barbara (1976). "Responses to Grievance Behavior: Extended Cases in a Fishing Community". *American Anthropologist*, v. 3, n. 2, pp. 353-73.
- : \_\_\_\_\_. (1965). "The Berkeley-Albany and Oakland-Piedmont Small Claims Court: A Comparison of Role of the Judge and Social Function of the Courts" [Artigo inédito].
- : ZEISEL, Hans, KALVEN JR., Harry; BUCHHOLZ, Bernard (1959). *Delay in the Court*. Boston: Little, Brown and Co.

ISBN 978-85-64678-34-7



**LIVRE** *para*

**LER PARTILHAR COPIAR PENSAR**