

Capítulo VIII

A teoria política das ações coletivas 233

Capítulo IX

As limitações do direito penal para a efetivação dos direitos humanos 250

Capítulo X

Objetividade e interpretação 272

Capítulo XI

Convencionalismo 309

Bibliografia 341

Owen Fiss

 IED 2

*Capítulo I***As formas de justiça***

SUMÁRIO: 1. Adjudicação e valores públicos – 2. Forma e função: A. A transformação; B. O significado da transformação – 3. O problema do remédio judicial: A. O novo formalismo; B. Os dilemas do instrumentalismo.

A Constituição estabelece a estrutura do Estado, posto que cria órgãos e determina suas respectivas funções e seu inter-relacionamento. Identifica também os valores que informarão e limitarão essa estrutura. Os valores presentes na Constituição norte-americana – a liberdade, a igualdade, o devido processo legal, a liberdade de expressão, de religião, o direito à propriedade, o cumprimento integral das obrigações contratuais, a segurança do indivíduo, a proibição de formas cruéis e incomuns de punição – são ambíguos, pois dão margem a um grande número de interpretações diferentes, via de regra conflitantes. Há, portanto, uma necessidade constitucional: dar-lhes um significado específico, definindo seus respectivos conteúdos operacionais, a fim de possibilitar a definição das prioridades a serem consideradas em caso de conflito.

* Originalmente publicado no volume 93 da *Harvard Law Review*, p. 1 (1979).

Todos nós, quer como indivíduos, quer como atores institucionais, temos um papel nesse processo. Na sociedade moderna, caracterizada pela onipresença estatal, esses valores determinam a qualidade da nossa existência social – eles pertencem, verdadeiramente, ao domínio público – e, conseqüentemente, o número de vozes que lhes confere significado é tão vasto quanto o próprio público. Os Poderes Legislativo e Executivo, como também as instituições privadas, têm uma voz; da mesma forma deveriam ter as cortes. Os juízes não possuem o monopólio na tarefa de dar significado aos valores públicos da Constituição, mas não há motivos para que silenciem. Eles também podem contribuir para as discussões e debates públicos.

A adjudicação^{NT1} é o processo social por meio do qual os juízes dão significado aos valores públicos. A chamada reforma estrutural^{NT2} – o assunto desse artigo – é um tipo de adjudicação, distinto pelo caráter constitucional dos valores públicos e, principalmente, pelo fato de envolver um embate entre o Judiciário e as burocracias estatais. O juiz tenta dar significado aos valores constitucionais na operacionalização dessas organizações. A reforma

^{NT1} *Adjudication* é a forma usual na literatura de língua inglesa para designar a atividade realizada pelo Judiciário na solução de conflitos. Não obstante o vocábulo correspondente em português seja mais utilizado nas relações de posse e propriedade (e.g., a “adjudicação compulsória”), é correta na sua extensão para o sentido utilizado na língua inglesa. O juiz, ao julgar um determinado caso, aplica a norma ao caso concreto adjudicando – isto é, atribuindo – uma solução, entre outras possíveis, para a controvérsia em questão.

^{NT2} A partir do caso *Brown vs Board of Education*, o Judiciário norte-americano passou a assumir a tarefa de impor a reforma estrutural de várias instituições sociais, tais como, escolas, hospitais, hospícios, prisões, entre outras. A finalidade da corte era a de fazer valer os valores, principalmente os relativos à igualdade, presentes na Constituição.

estrutural reconhece o caráter verdadeiramente burocrático do Estado moderno, adaptando formas de procedimentos tradicionais para a nova realidade social.

A reforma estrutural é baseada na noção de que a qualidade de nossa vida social é afetada de forma significativa pela operação de organizações de grande porte e não somente por indivíduos, agindo dentro ou fora dessas organizações. É também baseada na crença de que os valores constitucionais norte-americanos não podem ser totalmente assegurados, sem que mudanças básicas sejam efetuadas nas estruturas dessas organizações. O processo judicial de caráter estrutural é aquele no qual um juiz, enfrentando uma burocracia estatal no que tange aos valores de âmbito constitucional, incumbe-se de reestruturar a organização para eliminar a ameaça imposta a tais valores pelos arranjos institucionais existentes. Essa *injunction*^{NT3} é o meio pelo qual essas diretivas de reconstrução são transmitidas.

Como um gênero de litígio constitucional, a reforma estrutural tem suas raízes nos anos 50 e 60 do século passado, quando a Suprema Corte norte-americana estava sob a presidência de Earl Warren e realizou-se um extraordinário esforço para colocar em prática a decisão no caso *Brown vs Board of Education*.¹ Esse esforço exigiu das cortes uma transformação radical do *status quo*, na verdade, uma reconstrução da realidade social. As cortes tiveram de superar a mais intensa resistência e, ainda mais problematicamente, precisaram intervir e reestruturar organizações de grande

^{NT3} O termo não encontra correspondente exato no sistema brasileiro. No sistema norte-americano, a *injunction* consiste em uma ordem judicial que proíbe o réu de praticar, ou determina que ele pratique determinado ato. Geralmente, tal medida judicial possui caráter preventivo, visto que não se destina à reparação de ilícitos passados, mas a evitar danos futuros.

(1) 347 U.S. 483 (1954), 349 U.S. 294 (1955).

porte, os sistemas de educação pública. O imaginário era rural e individualista – a criança negra entrando em uma escola composta inteiramente por crianças brancas –, mas a realidade era claramente burocrática, especialmente em meados dos anos 60, quando o foco, e a nação, de um modo geral, mudou para os centros urbanos.

Brown exigia nada menos que a transformação dos “sistemas duais de escolas”, com escolas separadas para negros e brancos, em “sistemas unitários de escolas, não-raciais”, o que implicava em uma reforma organizacional profunda. Tal transformação exigia novos procedimentos para a escolha de alunos; novos critérios para a construção de escolas; a substituição dos corpos docentes; a revisão do sistema de transportes para acomodar novas rotas e novas distâncias; nova alocação de recursos entre escolas e atividades; a modificação do currículo; o aumento de verbas; a revisão dos programas desportivos das escolas; novos sistemas de informação para monitorar o desempenho da organização; e muito mais.² Entendeu-se, a tempo, que o fim daquela segregação era um processo de transformação total, no qual o juiz encarregava-se da reconstrução de uma instituição social existente. A eliminação da segregação exigia uma revisão das concepções formadas sobre a estrutura de partes, novas normas de controle do comportamento judicial e novas maneiras de observar a relação entre direitos e medidas judiciais.

A princípio, não existia um projeto detalhado. Ninguém tinha uma visão clara de tudo que estaria envolvido na tentativa de erradicar o sistema de castas embutido na burocracia do Estado ou

⁽²⁾ Ver, por exemplo, *Lee vs Macon County Bd. of Educ.*, 267 F. Supp. 458 (M.D. Ala.) (*per curiam*) (corte de três juízes), *aff'd per curiam sub nom. Wallace vs United States*, 389 U.S. 215 (1967), *United States vs Jefferson County Bd. of Educ.*, 372 F.2d 836 (5th Cir. 1966), *aff'd per curiam*, 380 F.2d 385 (5th Cir.) (en banc), *negado o provimento*, 389 U.S. 840 (1967).

de como a tentativa iria transformar o modo de prestação jurisdicional. Após receberem da Suprema Corte seus mandatos para agirem, os juízes federais de instâncias mais baixas descobriram o que a tarefa exigia e ajustaram as formas de procedimento tradicionais para atender às necessidades existentes. A legitimidade foi igualada à necessidade e, nesse sentido, o procedimento tornou-se dependente da substância. Um compromisso primordial com a igualdade racial motivou a inovação procedimental, constituindo a justificativa para os distanciamentos da tradição.

A *Warren Court* envolveu-se nessa conjuntura crítica. Os juízes da Suprema Corte enfatizaram seu comprometimento contínuo com *Brown* e reconheceram a abrangência da reforma exigida: o sistema dual de escolas teria de ser erradicado da “raiz aos galhos”.³ O processo continuou e, em tempo, as lições aprendidas com a eliminação da segregação nas escolas foram transferidas para outros contextos: para proteger as pessoas e seus lares dos abusos da polícia, para concretizar o ideal de tratamento humano nos presídios e hospícios, para assegurar o devido processo procedimental na administração do bem-estar social e para equilibrar os gastos nos sistemas educacionais do Estado. Dessa forma, o fim da segregação racial nas escolas tornou-se uma ocasião de vital importância para as inovações procedimentais que transcendessem a questão substancial, para o surgimento de um conceito completamente novo de adjudicação, algo que particularmente se adaptasse à nova unidade do direito constitucional – a burocracia estatal.

Por volta dos meados e final dos anos 70, contudo, a Suprema Corte tinha uma nova composição, liderada por Warren Burger, o Juiz-Presidente; um forte bloco de juízes, algumas vezes obtendo apoio interno na Corte, procurou reverter os processos que ainda tramitavam em instâncias de grau inferior. Ironicamente, o maior ataque ocorreu em casos de segregação de meados dos anos 70. Em

⁽³⁾ *Green vs County School Board*, 391 U.S. 430, 438 (1968).

outros casos, em áreas de conflito racial, entre outras, a linha das decisões foi variada: em um caso policial a *Burger Court* criticou severamente a reforma estrutural;⁴ em um caso de prisão deu-lhe, todavia, grande apoio;⁵ e assim por diante.⁶ Na maioria das vezes, a Corte ficava bastante dividida; mesmo quando a reforma estrutural sobreviveu, ainda havia divergências marcantes.

O contra-ataque da *Burger Court* – que enfraqueceu os posicionamentos anteriores – não fechou as portas para a reforma estrutural, mas mudou nossa visão. Durante a era da *Warren Court*, as inovações procedimentais implícitas na reforma estrutural eram quase imperceptíveis. Os avanços eram pequenos e incrementais; tudo parecia inquestionavelmente correto. Agora isso é passado e

⁽⁴⁾ *Rizzo vs Goode*, 423 U.S. 362 (1976).

⁽⁵⁾ *Hutto vs Finney*, 437 U.S. 678 (1978). Em outras ocasiões, a Corte foi mais ambivalente no que tange aos recursos versando sobre as condições das prisões. Compare *Bound vs Smith*, 430 U.S. 817 (1977) (obrigação de fornecer bibliotecas de direito ou assistência jurídica); *Wolff vs McDonnell*, 418 U.S. 539 (1974) (padrões mínimos requeridos para procedimentos disciplinares); e *Procunier vs Martinez*, 416 U.S. 396 (1974) (invalidação da regulamentação da censura às correspondências), com *Jones vs North Carolina Prisoners' Labor Union*, 433 U.S. 119 (1977) (regulamentos proibindo os prisioneiros de induzirem outros a associarem-se ao sindicato); *Meachum vs Fano*, 427 U.S. 215 (1976) (sem direito à produção de provas em audiência quando o prisioneiro é transferido); e *Pell vs Procunier*, 417 U.S. 817 (1974) (proibição referente à imprensa escrita e outras formas de reportagem mantidas pela mídia).

⁽⁶⁾ Ver *Hills vs Gautreaux*, 425 U.S. 284 (1976) (alojamento público); *Gerstein vs Pugh*, 420 U.S. 103 (1975) (prisão anterior ao julgamento); *Spomer vs Littleton*, 414 U.S. 514 (1974), (função do promotor); *O'Shea vs Littleton*, 414 U.S. 488 (1974) (sistema judiciário estadual); *Gilligan vs Morgan*, 413 U.S. 1 (1973) (Guarda Nacional).

temos um entendimento bastante claro dos anos 60. O mencionado contra-ataque trouxe à luz as mudanças na adjudicação que ocorreram durante aquela época e, acima de tudo, as questionaram. Temos sido forçados, como talvez devêssemos, a examinar a legitimidade de tais mudanças.

1. ADJUDICAÇÃO E VALORES PÚBLICOS

(SE DISTINGUE POR, SE SINGULARIZA POR)

Como um tipo de adjudicação, a reforma estrutural é em grande parte distinta pelo esforço de dar significado aos valores constitucionais no que tange ao funcionamento de organizações de grande porte. Essa aspiração organizacional tem conseqüências importantes para a forma de adjudicação, levantando problemas de legitimidade novos e distintos. Porém, muitas das críticas à reforma estrutural, com as quais eu gostaria de iniciar este item, têm como foco aquela característica comum a todas as formas de prestação jurisdicional consistentes em uma *injunction*: o fato de que os juízes são investidos de muito poder.

A grande e moderna referência normativa para ordenar a relação entre juízes e outros órgãos do governo é a nota de rodapé de *United States vs Carolene Products Co.*⁷ Tal grandiosidade não decorre da sua coerência interna ou de qualquer introspecção teórica, mas da sua posição histórica. A nota de rodapé codificou a vitória da árdua luta dos Progressistas e pareceu fornecer a estrutura para o ativismo judicial que estava prestes a acontecer. Os progressistas e seus sucessores da década de 1930, os defensores do *New Deal*, travaram suas batalhas no legislativo e a nota de rodapé refletia os termos dessa vitória: ela afirmava a supremacia do Legislativo. O papel das cortes, mesmo em questões constitucionais, era definido em termos de “falha legislativa”: o Judiciário deveria submeter-se ao Legislativo, proclamava a nota de rodapé, a não ser

⁽⁷⁾ 304 U.S. 144, 152 n. 4 (1938).

importante, que deve ser consolidado e implementado – sim, descoberto – o papel das cortes no sistema político tornar-se-á significativo ou até mesmo, com relação a essa questão, inteligível.

2. FORMA E FUNÇÃO

No centro da reforma estrutural está o juiz e seu esforço para conferir significado aos valores públicos. Essa alocação de poder cria dúvidas acerca da legitimidade comum a todos os tipos de adjudicação. Ademais, o modo estrutural levanta questões novas e distintas sobre a legitimidade. Essas questões decorrem do conjunto organizacional do processo judicial estrutural, do fato de o juiz estar respondendo às ameaças impostas por organizações de grande porte a valores constitucionais. Ele procura eliminar tais ameaças por meio da reestruturação da organização e essa atitude tem implicações importantes no que tange à forma da ação judicial.

O modo estrutural é geralmente criticado porque envolve um distanciamento de uma forma ideal. Essa crítica pressupõe, obviamente, um protótipo ou ação judicial “modelo”, uma forma ideal com a qual todas as ações judiciais serão comparadas. O padrão usual de comparação, o modelo de solução de controvérsias, é tríade e altamente individualista: uma ação judicial é visualizada – com a ajuda do ícone da Justiça segurando sua balança – como um conflito entre dois indivíduos, o autor da ação e o réu, e um terceiro situado entre as duas partes, como um árbitro imparcial, para observar e decidir quem está certo e declarar o que deve ser feito. Com relação a essa perspectiva, a reforma estrutural certamente é uma transformação e parece ser totalmente diferente.²² É importante,

⁽²²⁾ Dois dos mais espetaculares casos de transformação são a longa lide do Juiz Henley com o sistema prisional do Arkansas, ver nota 16 supra e a tentativa do Juiz Weinstein de reorganizar a Mark Twain School em Coney Island, ver *Hart vs Community School Bd.*, 383

contudo, ter muito claros os termos específicos da transformação formal antes de especular se o modelo de solução de controvérsias pode ser considerado propriamente um ideal.

A. A transformação

1. O Foco do Processo Judicial: Incidência de Ato Ilícito versus Condição Social – O modelo de solução de controvérsias pressupõe uma sociedade essencialmente harmoniosa; um conjunto de normas que confira direitos e obrigações aos indivíduos. Esses celebram acordos em consonância com tais normas, porém, às vezes, ocorrem incidentes que perturbam a harmonia; por exemplo, um fazendeiro não pode honrar sua promessa de vender uma vaca. Então, o indivíduo prejudicado recorre às cortes para que uma das normas seja implementada ou cumprida ou, possivelmente, para completar seu significado. O foco da investigação probatória será o incidente ou, na linguagem das normas relativas às petições, a “transação” ou “ocorrência”.²³

Contrariamente, o foco da reforma estrutural não é direcionado para transações ou incidentes particulares, mas para as con-

F. Supp. 699, complementado, 383 F. Supp. 769 (E.D.N.Y. 1974) (ordem de reparação), *aff'd*, 512 F.2d 37 (2d Cir. 1975). Ver também Fishman, *The Limits of Remedial Power: Hart vs Community School Board 21*, em *Limits of Justice* 115 (H. Kalodner & Fishman eds. 1978); Berger, *Away from the Court House and Into the Field: The Odyssey of a Special Master*, 78 Colum. L. Rev. 707 (1978); Rosenbaum & Presser, *Voluntary Racial Integration in a Magnet School*, 86 Sch. Rev. 156 (1978); Oelsner, *New York's Best Public Schools Defy Racial Stereotyping*, N.Y. Times, jan. 23, 1978, em B1, col. 1.

⁽²³⁾ Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev., 1281, 1290 (1976).

dições da vida social e para o papel que as organizações de grande porte desempenham na determinação dessas condições. O que é crucial não é o fato da criança negra ser rejeitada em uma escola de brancos ou o ato individual de brutalidade policial. Esses incidentes podem desencadear a ação judicial e, também, ter significado probatório: prova de um “padrão ou prática”²⁴ de racismo ou ilegalidade. Todavia, a questão principal do processo ou o foco da investigação judicial não são esses incidentes, os quais são eventos particularizados e isolados, mas, sobretudo, uma condição social que ameaça importantes valores constitucionais e a dinâmica organizacional que cria e perpetua tal condição.

2. *Estrutura de Partes: O Autor da Ação* – O conceito de autor da ação consiste em três componentes analíticos distintos: a) vítima; b) representante; e c) beneficiário. O indivíduo que alega a violação de um contrato é a vítima do ato ilícito. É também, principalmente ou talvez até exclusivamente, aquele que pode auferir benefícios da ação da corte. Além disso, por diversas razões, pode-se admitir que se trata de alguém altamente competente para postular a reparação do ilícito, da mesma forma que há diversas razões para admitir-se que um indivíduo é o melhor juiz de seu próprio interesse. A ética do mercado é transferida para a corte. Na reforma estrutural, a unidade implícita no conceito de partes desintegra-se, os componentes tornam-se isolados e a perspectiva exclu-

(24) O conceito de “padrão ou prática” desempenha um amplo papel no litígio estrutural. Às vezes é usado como um requisito probatório, como um predicado necessário para a medida estrutural (somente uma série de atos que constituem um “padrão ou prática” justificam uma medida completa); às vezes é utilizado como uma técnica para a disposição dos recursos do Poder Executivo (o Departamento de Justiça deve propor uma ação somente quando existir um “padrão ou prática” de discriminação); às vezes, também é usado como uma base para inferir intenções. Ver, principalmente, *International Bhd. of Teamsters vs Estados Unidos*, 431 U.S. 324 (1977).

sivamente individualista é alterada, passando a incluir grupos sociais e advogados institucionais.

A vítima de um processo judicial estrutural não é um indivíduo, mas um grupo. Em alguns casos o grupo é definido em termos de uma instituição: os presidiários de um estabelecimento prisional ou os beneficiários da previdência social. Ou, ainda, a vítima pode consistir em um grupo que tenha uma identidade que transcenda os limites da instituição: em um caso referente ao fim da segregação escolar, por exemplo, as vítimas não são os alunos, mas provavelmente um grupo maior, a saber: os negros.²⁵ Em cada caso é importante enfatizar dois aspectos dos grupos. Primeiro, eles existem independentemente da ação judicial, não sendo simplesmente construções legais. Totalmente desvinculados da ação judicial, os indivíduos podem definir-se a si próprios em termos de sua pertinência ao grupo e esse pode ter suas próprias políticas, lutas pelo poder e conflitos.²⁶ Em segundo lugar, o grupo não é simplesmente uma agregação ou conjunto de indivíduos identificáveis. Compreendemos a situação dos internos de uma instituição submetidos a condições desumanas, sem sabermos ou, no caso de futuros internos, sem nem mesmo sermos capazes de imaginar quem eles são em qualquer sentido particularizado. O grupo existe, tem uma identidade e pode ser prejudicado, mesmo que todos os indivíduos ainda não o estejam sendo e que cada membro individualmente considerado não esteja ameaçado pela organização.

(25) Ver, principalmente, *Groups*, nota 10 supra; ver também a Nota, *Antidiscrimination Class Actions Under the Federal Rules: The Transformation of Rule 23 (b)(2)*, 88 Yale L. J. 868 (1979).

(26) Ver Bell, *Serving Two Masters: Integration Ideals and Client Interests in School Desegregation Litigation*, 85 Yale L. J. 470 (1976); cf. Yeazell, *Group Litigation and Social Context: Toward a History of the Class Action*, 77 Colum L. Rev. 866 (1977) (descrevendo as origens das ações coletivas em termos de grupos sociais mais coesos).

Uma vez que o grupo é considerado vítima, também se torna claro que quem fala em seu favor não precisa – e certamente não pode – ser a vítima. Um grupo precisa de pessoas para falar em seu interesse. Um membro individual de um grupo vitimado pode ser um representante dos interesses do grupo, porém não há razão para que a qualidade de membro seja exigida ou preferida para que assuma essa condição. Um indivíduo precisa ser um pequeno herói para tomar uma posição desafiadora do *status quo*: imagine a coragem e a firmeza que deve ter o representante do grupo em um processo judicial que tenha por objeto a eliminação da segregação nas escolas ou, pior ainda, em uma ação que desafie a administração de uma instituição total, tal como um presídio. Nesse caso, os indivíduos encontram-se em uma posição tão vulnerável, expõe-se tanto, que é uma crueldade insistir, como alguns juízes fizeram certa feita,²⁷ em que o representante era um membro individual do grupo que foi tratado com brutalidade por carcereiros, por exemplo. Advogados institucionais, alguns estatais (o Departamento de Justiça), outros privados (o National Association for Advancement of Colored People – NAACP ou o American Civil Liberties Union – ACLU), são geralmente necessários para o desempenho do importante papel de representantes do grupo vitimado.²⁸ Tais representantes devem até ter preferência. Eles podem introduzir suas próprias inclinações, mas são, no geral, capacitados para apresentar um quadro mais completo do direito ou dos fatos do que aquele que seria apresentado pela vítima individual.

A relação entre a vítima e o representante no contexto estrutural é inteiramente instrumental; não se trata de um relacionamento

(27) Ver, por exemplo, *Estelle vs Justice*, 426 U.S. 925 (1976) (Juiz-Presidente Rehnquist, voto vencido, contra o não provimento do recurso); *Rizzo vs Goode*, 423 U. S. 362 (1976).

(28) Ver, principalmente, Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 Law & Soc'y Rev. 95 (1974); Stone, *Should Trees Have Standing? – Toward Legal Rights for Natural Objects*, 45 S. Cal. L. Rev. 450 (1972).

de identidade. Como questão imperativa, isso significa que a corte deve determinar se os interesses do grupo vitimado estão adequadamente representados. Essa investigação não é sem paralelo no contexto da solução de controvérsias,^{NT7} não obstante, nesse caso, indivíduos em vez de grupos ou interesses estejam sendo representados. Trata-se, em ambos os contextos, de uma investigação extremamente difícil. Ao mesmo tempo, o caráter instrumental da relação entre representante e grupo vitimado, a separação dos dois, significa que certas qualificações técnicas relativas à vítima – que esteja sujeita a um risco de ofensa futura ou a um dano irreparável – não precisam ser satisfeitas pelo representante. No processo judicial estrutural, é suficiente que esses requisitos sejam satisfeitos pelo grupo vitimado. O que as cortes devem verificar é se o representante é adequado para a função de representação e, tão difícil quanto essa questão, se os requisitos técnicos, tais como a irreparabilidade ou o risco de dano futuro, não têm qualquer implicação importante para a solução desse problema. Eles não tornam a questão mais fácil: não são condições nem necessárias, nem suficientes para a adequação do representante.

A conexão instrumental entre o representante e a vítima também conduz a uma perspectiva que tolera, ou até incentiva, uma multiplicidade de representantes. Em um modelo de solução de controvérsias, no qual a vítima é um indivíduo identificado com o representante, a estrutura de partes típica é bipolar: um autor singular contra um réu singular. Em um processo judicial estrutural o padrão típico consiste em encontrar um grande número de representantes, cada um, talvez, representando diferentes ponderações acerca do interesse do grupo vitimado. Além disso, seria um erro pressupor que a relação entre todos aqueles que estão no pólo ativo

^{NT7} *Dispute-resolution context*, no original. Refere-se, certamente, à influente área do direito norte-americano dedicada ao estudo dos mecanismos de solução de controvérsias.

da ação e todos os que se encontram no pólo passivo é igualmente antagonista: a imagem física do antagonismo não é binária, mas um grande conjunto agrupado em torno de uma questão única. Diversos representantes podem favorecer diferentes medidas judiciais. No entanto, a multiplicidade de representantes não cria essas diferenças, elas existem no mundo real e a corte deve ouvir a todas antes de decidir o que é ideal para a questão apresentada.

Paralelamente a essa separação entre vítima e representante, o modo estrutural de processo judicial contempla também uma distinção entre a vítima e o grupo que se beneficiará da medida judicial. Em um processo judicial versando sobre inadimplemento contratual, a medida judicial é destinada ao atendimento integral da vítima, tanto se consistir em indenização por perdas e danos, quanto em execução específica. Em um contexto estrutural, entretanto, as vítimas e os beneficiários não precisam ser coincidentes. Embora o beneficiário do processo judicial estrutural seja necessariamente um grupo, esse pode ter uma participação e uma postura diferentes com relação ao grupo vitimado. Consideremos, por exemplo, um caso de abuso policial. Suponhamos que o assunto diga respeito à conduta ilegal da polícia para com os membros das minorias raciais da cidade. A corte acredita que um procedimento disciplinar interno deve ser estabelecido dentro do departamento de polícia para reduzir a ameaça aos valores constitucionais e pode disponibilizar a engrenagem do Judiciário apenas para os membros do grupo vitimado, a saber negros e mexicanos, mas não precisa fazê-lo. Contrariamente, ela pode decidir que tal limitação seria ineficiente e improdutiva – certamente criaria problemas no que tange à justiça e à constitucionalidade (discriminação inversa) – e, por essa razão, estender a proteção da decisão judicial para um grupo maior – toda a cidade.²⁹

⁽²⁹⁾ Chegando a essa conclusão, a Corte deve, então, redefinir o grupo vitimado para que seja coextensivo em relação ao beneficiário – a

A idéia de separação entre vítima e beneficiário deriva, em parte, da natureza coletiva da vítima desde que, no mínimo, os limites do grupo possam ser aproximados. Mais fundamentalmente, ela deriva da natureza instrumental da medida judicial. A atividade judicial, como ocorre em qualquer exercício do poder estatal, é limitada por considerações relativas à eficácia e à justiça e, no contexto da reforma estrutural, esses fatores podem levar a corte a estruturar a classe beneficiada de forma não coincidente com o grupo vitimado. Não há razão para que a forma da classe beneficiada seja determinada por um ou outro fator isoladamente, isto é, uma conjectura da forma aproximada do grupo vitimado.

3. Estrutura de Partes: O Réu – Como se pode imaginar, a desagregação dos papéis que discutimos com relação ao pólo ativo da ação é repetida no passivo. Considerando o réu no modelo de solução de controvérsias, espera-se que execute três diferentes funções: a) representante do interesse contraposto; b) autor do ato ilícito; e c) destinatário (ou a pessoa que deve cumprir a medida judicial). Tal modelo pressupõe que as três funções são unificadas ou combinadas no mesmo indivíduo; por exemplo, o fazendeiro que se recusa a cumprir um contrato. No contexto estrutural, as funções são separadas e, mais significativamente, uma função, a de autor do ato ilícito, praticamente desaparece.

O conceito de autor de ato ilícito é altamente individualista, posto que pressupõe qualidades pessoais, a saber a capacidade de ter uma intenção e de escolher. Paradigmaticamente, o réu é aquele que intencionalmente inflige dano, violando uma norma estabelecida. No contexto estrutural, pode haver autores de atos ilícitos individuais, tais como o policial que causa lesão a um cidadão, o diretor que rejeita a criança negra na porta da escola ou o carcerei-

vítima do abuso da polícia é toda a população da cidade, não somente a minoria racial –, mas a definição *post hoc* não parece útil ou necessária.

ro que abusa do presidiário. Contudo, eles não são o alvo do processo judicial. O foco é a condição social e também a dinâmica burocrática que a produz,^{NT8} não a ocorrência de atos ilícitos. Por um lado, o processo judicial estrutural é uma ação *in rem*, na qual a *res* é a burocracia do Estado.³⁰ Os custos e ônus da reforma são suportados pela organização, não pelo fato de ter “agido de forma errada” literal ou simbolicamente, pois não há uma intenção ou uma vontade de fazê-lo, mas porque a reforma é necessária para eliminar a ameaça, imposta pela operação da organização, aos valores constitucionais.

Partindo da perspectiva de certas medidas judiciais, tais como sanções criminais e indenizações, essa conclusão pode causar espanto. Essas medidas são retrospectivas, pelo fato de exigirem como condição necessária um erro passado. Elas requerem um julgamento valorativo sobre a conduta nociva do réu, nos termos das normas preexistentes. Porém, a medida em questão em um caso estrutural é a *injunction* e esta não exige um julgamento sobre o ato ilícito, passado ou futuro. O processo judicial estrutural procura erradicar a ameaça continuada aos valores constitucionais norte-americanos e, nesse contexto, a *injunction* pode servir como o mecanismo formal por meio do qual a corte emite diretivas acerca de como esse

^{NT8} A esse propósito vide o texto A Burocratização do Judiciário, a seguir, Capítulo IV.

⁽³⁰⁾ Ver *Holt vs Sarver*, 309 F. Supp. 362, 365 (E. D. Ark. 1970), *aff'd*. 442 F.2d 304 (8th Cir. 1971) (“Esse caso, diferentemente dos anteriores... que envolveram práticas e abusos específicos supostamente praticados contra presidiários do Arkansas, consistiu em um ataque ao próprio sistema”); *Talley vs Stephens*, 247 F. Supp. 683, 692 (E. D. Ark. 1965) (“A Corte acha que não poderia concluir sem declarar que nada do que foi dito deveria ser interpretado como uma alegação de que o réu, pessoalmente, é um homem mau, cruel ou brutal ou de que ele aprova, pessoalmente, todas as práticas há muito praticadas no sistema penitenciário”).

objetivo deve ser alcançado. Isso tem um sentido futuro. A qualidade prospectiva da *injunction*, aliada ao fato de que confere poder ao juiz, explica a preeminência dessa medida na reforma estrutural.³¹ Somente nos estágios finais da reforma estrutural, depois de muitos ciclos de medidas suplementares, quando as diretivas tornam-se muito específicas, as sanções criminais ou mesmo as indenizações tornam-se disponíveis (em processo independente ou como parte de um processo de aplicação do *contempt of court*).³² Então, o ato ilícito consiste, em grande parte, na desobediência às ordens judiciais.

No curso do processo de reconstrução, o juiz deve penetrar profundamente na fachada institucional, abrir a chamada “caixa-preta”, com o propósito de localizar dentro da instituição os operadores em posições-chave para os quais as diretivas de reconstrução devem ser emitidas. Essas diretivas parecem ter indivíduos como destinatários, mas na verdade são dirigidas aos departamentos burocráticos, não às pessoas que os ocupam em um determinado período. Elas não são emitidas considerando-se a culpa individual dos membros, atuais ou anteriores, do departamento pelo ato ilícito, mas o são em virtude da necessidade da ação prescrita judi-

⁽³¹⁾ Ver, principalmente, O. Fiss, *The Civil Rights Injunction* (1978). Outros fatores tais como a insensibilidade das burocracias do Estado aos incentivos do mercado e o sistema descentralizado de proposição de ações podem, também, ajudar a explicar a preeminência da *injunction* na reforma estrutural. Deve-se observar que outras formas de medidas judiciais (por exemplo, sentenças declaratórias e *habeas corpus* condicionais) têm muitas das qualidades da *injunction*, como, por exemplo, o caráter prospectivo, o qual poderia ser encontrado nos processos judiciais estruturais.

⁽³²⁾ Para uma tentativa de focar os problemas de harmonização do Direito Penal com a realidade burocrática, ver Nota, *Decisionmaking Models and the Control of Corporate Crime*, 85 *Yale L. J.* 1091 (1976). Sobre o sentido da expressão, vide NT19, abaixo.

cialmente – com todos os ônus que dela decorrem, financeiros e outros – para a eliminação da ameaça imposta pela instituição como um todo aos valores constitucionais.

4. *A Postura do Juiz* – O modelo de solução de controvérsias prevê um papel passivo para o juiz. Ele deve permanecer como um árbitro ou observador entre as duas partes, confiando em todas as iniciativas destas para a apresentação dos fatos, do direito e para a articulação das possíveis medidas judiciais. Portanto, a tarefa do juiz é simplesmente declarar qual das partes está certa. A adoção dessa postura passiva é questionada por muitos fatores, entre os quais se inclui a desigualdade na distribuição de recursos, a saber: riquezas e talentos. Tais desigualdades fornecem ao juiz fortes razões para assumir um papel mais ativo no processo, para ter certeza de que está totalmente informado e de que um resultado justo será alcançado, evitando, dessa forma, uma solução nos moldes da distribuição de recursos em uma loteria natural ou pelo mercado. Essa preocupação está presente no processo judicial estrutural e deve, certamente, ser intensificada quando a organização tem uma clientela que vem, predominantemente, de uma classe econômica mais baixa, como geralmente acontece com um estabelecimento prisional ou departamento do bem-estar social. Porém, o processo estrutural introduz outras razões diferentes para o abandono de uma postura judicial puramente passiva. Tais razões originam-se da característica especial das partes e fazem com que a confiança exclusiva em suas iniciativas torne-se insustentável.

Como foi citado anteriormente, o autor da ação, em questão, e seu advogado não falam somente por si próprios, mas também por um grupo, como, por exemplo, os usuários, atuais e futuros, de uma instituição. Não há fundamentos para que os consideremos representantes adequados do grupo, pois eles simplesmente elegem-se a si mesmos para essa posição. De forma similar, não existe razão para pressupormos que o réu e seu advogado sejam representantes adequados dos interesses da organização. Todavia, o pro-

blema aqui não é referente à auto-eleição, mas à eleição por um adversário.

O representante da burocracia estatal geralmente tem uma conexão formal com a organização. O superintendente escolar, por exemplo, deve ser escolhido pelo conselho da escola, o qual foi devidamente eleito. De sua feita, o diretor de um presídio deve ser escolhido pelo governador e seu advogado, o Procurador-Geral^{NT9} deve ser eleito. A existência dessas conexões formais, contudo, não deve obscurecer o fato de que a escolha inicial de quem deve representar a organização no processo é feita pelas forças que se posicionam em uma relação antagônica a ela – o autor da ação e seu advogado, ou seja, os adversários.^{NT10} Há sempre o risco de que eles escolham um funcionário inadequado ou tenham uma concepção muito restrita da estrutura institucional, o que pode influir na escolha. O autor da ação pode considerar, por exemplo, o conselho escolar o único responsável pela segregação escolar, quando, na verdade, as políticas habitacional e escolar estão implicadas.³³

A presença de um representante inadequado em qualquer pólo do processo judicial pode ter conseqüências que transcendam os interesses dos participantes. Isso porque a corte pode ser induzida a erro. Ademais, o autor da ação pode, voluntária ou involuntaria-

^{NT9} *Attorney General*, no original. Nos Estados Unidos, o *Attorney General* corresponde ao nosso Ministério Público, mas responde, também, pelas funções de defesa judicial do Estado.

^{NT10} Note-se que nos Estados Unidos prevalece o princípio da imunidade do Estado, o que leva as ações judiciais a serem propostas em face do agente ou agentes públicos responsáveis pelo órgão público envolvido.

⁽³³⁾ Ver *Hart vs Community School Bd.*, 383 F. Supp. 699, *complementado*, 383 F. Supp. 769 (E. D. N. Y. 1974) (ordem de reparação), *aff'd*, 512 F. 2d 37 (2d Cir. 1975).

mente, comprometer os interesses do grupo vitimado, de forma a tornar difícil sua correção em procedimentos subseqüentes. O réu também deve ser lembrado, visto que não fala somente por si em um sentido particular, mas por todos os integrantes da respectiva repartição, incluindo antigos e futuros, por todos os outros funcionários que compõe a hierarquia da instituição e, ainda, por todos aqueles que permanecem fora da instituição, mas são, apesar disso, afetados diretamente por sua reorganização, incluindo os contribuintes que a financiam e aqueles que dela dependem para a obtenção de serviços essenciais.

A partir dessa perspectiva, parece quase absurdo confiar exclusivamente na iniciativa daqueles indivíduos ou órgãos públicos que vieram a ser denominados autor e réu da ação. O juiz deve assumir uma responsabilidade afirmativa para assegurar a representação adequada, mas que forma deve ter essa iniciativa judicial? Seria um contra-senso o juiz assumir o papel de representante, pois isso certamente comprometeria o ideal de imparcialidade, predicado muito importante para a legitimidade judicial. A resposta mais apropriada e tipicamente empregada no contexto estrutural é aquela que atribui ao juiz – geralmente agindo de ofício – a tarefa de construir uma ampla estrutura representativa. Isso deve ser feito por meios compatíveis com o compromisso com a imparcialidade.

Primeiro, aqueles que estejam expressamente representados na ação judicial podem ser notificados. Tal notificação explicaria a ação judicial, possibilitando a contestação da completude e da adequação da representação. Ressalte-se que, nesse ponto, o juiz também não deve confiar exclusivamente na iniciativa das partes presentes no processo para insistir na notificação ou para formular seu conteúdo. Por um lado, as extensas exigências da notificação podem compor as custas do adversário para a continuidade do litígio, enquanto, por outro lado, as partes não têm estímulos para certificarem-se de que seu adversário é o melhor representante. Em segundo lugar, o juiz pode convidar certas organizações ou órgãos

públicos para participar do processo judicial como *amicus*,^{NT11} como parte, ou como uma figura híbrida – um *amicus* litigante. Decerto, mesmo consciente das condições para sua legitimidade, o juiz não deve limitar o convite àqueles que diriam exatamente o que ele gostaria de ouvir e esse não tem, de fato, sido o costume. O conceito de *amicus* litigante surgiu em casos referentes às escolas, nos quais os juízes das cortes de instrução e julgamento convidaram o governo dos Estados Unidos a participar, com o propósito de obter o compromisso do Poder Executivo com o cumprimento da decisão e também de ampliar a estrutura representativa.³⁴ Mais recentemente, essa prática foi transferida para o contexto de instituições totais, quais sejam prisões e hospícios, onde é mais necessária, dada a relativa ausência de encarregados institucionais do cumprimento das decisões judiciais, distorção essa provavelmente resultante de fiarem-se exclusivamente na ocorrência de demandas de vítimas individuais.³⁵ Em terceiro lugar, as cortes de instru-

NT11 A expressão completa, *amicus curiae*, significa, literalmente, amigo da corte. No sistema judicial norte-americano, uma pessoa, diferente das partes, que possua forte interesse no processo ou opiniões acerca de seu objeto, pode postular uma permissão para formular uma peça processual, aparentemente no interesse de uma parte, mas, na verdade, para sugerir um posicionamento compatível com suas próprias opiniões. Essa peça do *amicus curiae*, normalmente, traz questões de amplo interesse público. Ela pode ser apresentada por particulares ou pelo governo. Dessa forma, a função do *amicus curiae* é chamar a atenção da corte para questões que eventualmente não tenham sido notadas, fornecendo subsídios para uma decisão apropriada. No Brasil, a Lei 9.868/1999, que trata da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade, prevê mecanismo semelhante (art. 7.º, § 2.º).

(34) Ver *Lee vs Macon County Bd. of Educ.*, 221 F. Supp. 297 (M. D. Ala. 1963); O. Fiss, *Injunctions* 618-19, 626-28 (1972); nota 2 supra.

(35) Discordando do improvimento do recurso, três juízes fizeram objeção à participação do governo dos Estados Unidos como parte.

ção e julgamento têm, por vezes, considerado isso necessário – talvez por não poderem mais confiar nos encarregados do cumprimento das decisões judiciais, no âmbito do Poder Executivo ou no domínio das instituições privadas – para a criação de suas próprias estruturas administrativas, tal como o *special master*,^{NT12} para a correção de quaisquer inadequações no que tange às representações. Como veremos, o *special master* é um órgão com muitas funções, entre as quais inclui-se a de representação.³⁶ Ele às vezes age como parte, apresentando ponderações sobre responsabilidades e medidas judiciais que, de outra forma, provavelmente não seriam expressas pelos participantes do processo judicial.

5. *A Fase de Execução*^{NT13} – O foco do modelo de solução de controvérsias é o incidente, a transação ou a ocorrência, sendo a fase de execução, em grande parte, esporádica. A medida judicial é destinada a corrigir ou prevenir um evento isolado e, geralmente,

Estelle vs Justice, 426 U.S. 925 (1976) (Rehnquist, J., com quem Burger, C. J., e Powell, J. juntaram-se, discordando do improvido do recurso) (interveniente). Ver também *United States vs Solomon*, 563 F. 2d 1121 (4th Cir. 1977) (autor da ação). Uma lei foi aprovada para eliminar quaisquer dúvidas sobre a autoridade dos Estados Unidos como litigante. Ver a Lei dos Direitos Civis de Pessoas Institucionalizadas (Civil Rights of Institutionalized Persons Act) de 1980, 42 U.S.C. 1997 (c).

^{NT12} No sistema norte-americano, o *special master* é designado no processo como representante da corte para prática de alguns atos ou transações específicas, cabendo-lhe desempenhar as funções determinadas pelo juízo, algumas vezes com grande autonomia.

⁽³⁶⁾ Ver G. Aronow, *The Special Master in School Desegregation Cases: The Evolution of Roles in the Reformation of Public Institutions Through Litigation*, 7 *Hastings Const. L. Q.* 739, 742 (1980) (1979).

^{NT13} No original, *remedial phase*. Cabe a advertência de que, nos Estados Unidos, a execução não se realiza em processo autônomo, diversamente do que ocorre no Brasil.

a função judicial exaure-se quando a decisão é anunciada e o total de danos calculado ou quando a decisão referente a determinado evento isolado é proferida. Sob essas considerações, o processo judicial tem quase uma dramática unidade aristotélica, um começo, um meio e um fim. Nos casos envolvendo réus que oferecem grande resistência pode haver mais espaço para a fase de execução – por exemplo, seqüestro e venda de bens ou um processo de aplicação do *contempt of court*.³⁷ Porém, essas medidas com relação ao réu que oferece resistência são a exceção, não sendo consideradas parte integrante do procedimento principal. Elas geralmente envolvem um procedimento acessório conduzido por diferentes pessoas, uma autoridade policial ou um *master*, para a implementação da medida judicial concedida no processo inicial.

Por outro lado, a fase de execução no processo judicial estrutural está muito longe de ser esporádica. Ela tem um começo, talvez um meio, porém não tem fim – bem, quase não tem fim. Envolve uma relação longa e contínua entre o juiz e a instituição; não se refere à implementação de uma medida judicial já concedida, mas à concessão ou forma da medida. A tarefa não é declarar quem está certo ou errado, nem calcular o total de danos ou proferir uma decisão destinada a fazer com que um ato isolado deixe de ser praticado. A tarefa consiste na eliminação da condição que ameaça os valores constitucionais. Nos casos em que a extinção da institucionalização é concebível, como ocorre no âmbito da saúde mental, o fechamento da instituição pode ser uma opção viável. No entanto, para a maior parte, nos casos envolvendo escolas, prisões, departamentos do bem-estar social, departamentos da polícia e autoridades do setor de habitação, por exemplo, tal opção não está disponível. Conseqüentemente, a medida judicial envolve a corte em nada menos que a reorganização de uma instituição existente, de

⁽³⁷⁾ Ver Eisenberg & Yeazell, *The Ordinary and the Extraordinary in Institutional Litigation*, 93 *Harv L. Rev.* 465 (1980).

forma a remover a ameaça que ela representa para os valores constitucionais. A jurisdição da corte durará enquanto a ameaça persistir.

As limitações do nosso conhecimento sobre o comportamento organizacional, aliada à capacidade das organizações de adaptarem-se às intervenções por meio do restabelecimento das relações de poder preexistentes, resultam invariavelmente em uma série de intervenções – ciclo após ciclo de medidas suplementares. Uma relação de supervisão duradoura desenvolve-se entre o juiz e a instituição, pois seu desempenho deve ser monitorado e novas estratégias devem ser criadas para se ter certeza de que a operação da organização permanecerá dentro dos limites constitucionais.³⁸ O juiz pode, ainda, criar novas estruturas administrativas – novamente o *special master* – para dar assistência a essas tarefas. Ao fazê-lo, ele demonstra tanto dúvidas sobre a capacidade dos litigantes para o desempenho dessas tarefas quanto consciência acerca da magnitude delas.

B. O significado da transformação

O processo judicial estrutural possui as características formais que descrevi e pode ser sensivelmente diferenciado do modelo de solução de controvérsias no que tange a essas particularidades. Os dois processos judiciais não parecem idênticos. Obsoleta está a idéia de uma estrutura processual tripartite, representada pelo ícone da Justiça segurando a balança. Em seu lugar surge uma completa série de símbolos para descrever o processo judicial estrutural. Alguns, enfatizando a característica estrutural de partes, descrevem o processo como uma convenção municipal,³⁹ outros, enfatizando a

⁽³⁸⁾ O. Fiss, nota 31 supra, p. 31.

⁽³⁹⁾ Para um simpático uso do símbolo referente a reuniões de moradores, utilizando-o como um predicado para expandir as possibilidades de intervenção, ver Yeazell, *Intervention and the Idea of*

postura do juiz, remetem à noção de gerenciamento ou à criação de uma nova estrutura administrativa. Essas metáforas, certamente, não são decisivas, mas apenas expressam uma percepção de que algo está diferente. Remanescem dúvidas acerca do significado da forma característica do processo judicial estrutural. As diferenças não criam dúvidas relativas à legitimidade, a menos que possa ser estabelecida uma prioridade normativa para o modelo de solução de controvérsias. Entretanto, parece ser justamente nesse ponto que a crítica-padrão da reforma estrutural falha.

A questão fundamental é se o modelo de solução de controvérsias, particularmente no sentido individualista já descrito, tem um papel precedente ou exclusivo no que tange ao conceito de adjudicação. Devo começar, entretanto, questionando o fato de possuir tal modelo qualquer papel significativo na principal instituição responsável pela adjudicação, as cortes. Não estou certo de que a solução de controvérsias é uma descrição adequada da função social das cortes. Na minha concepção, as cortes existem para dar significado aos valores públicos, não para solucionar controvérsias. A adjudicação constitucional é a manifestação mais intensa dessa função, mas isso também parece verdade no que se refere à maioria dos casos cíveis e criminais da atualidade e, talvez, da maior parte da história.⁴⁰

Muitos relatos da função judicial partem da mesma história: no contexto do estado de natureza, duas pessoas chegam a um impasse durante uma disputa por um pedaço de terra. Então, em vez de fazer uso da força, voltam-se para um terceiro, estranho à disputa, para uma decisão. As cortes nada mais são do que a institucionalização desse terceiro. Essa história, como a teoria do contra-

Litigation: A Commentary on the Los Angeles School Case, 25 UCLA L. Rev. 244 (1977).

⁽⁴⁰⁾ Ver, por exemplo, Posner, *A Theory of Negligence*, 1 J. Legal Stud. 29 (1972); G. Calabresi, *The Costs of Accidents* (1970).

to social, opera em um espaço mal definido entre o normativo e o descritivo. Apesar de não ser um retrato preciso da história social do surgimento das cortes, tal história, supostamente, captura ou expressa as bases da “lógica social” das cortes, não obstante a ausência de esforços no sentido de reconciliá-la com a realidade social.⁴¹ Parece-me, entretanto, que um relato completo do papel das cortes na sociedade moderna, em casos comuns relativos ao direito penal, constitucional e relativos à legislação especial (antitruste, ambiental ou concernente a valores mobiliários, por exemplo) e também, talvez, nos tradicionais casos da *common law*, deixa claro que essa conhecida história desvirtua-se fundamentalmente. Ela não captura a “lógica social” das cortes e deve ser substituída por outra história: o soberano envia seus oficiais por todo o território para dizer o direito e verificar se ele está sendo observado.

A argumentação tem um papel fundamental no processo judicial. Podem surgir controvérsias acerca do significado de um valor público ou da existência de uma norma e, deste modo, surgirem *oportunidades* para a intervenção judicial. Ademais, as cortes devem confiar na relação antagônica entre vários indivíduos ou órgãos públicos para a apresentação do direito e dos fatos. O juiz espera que o desejo de vencer das partes as motive. Portanto, a argumentação pode ser vista como um *modo de operação judicial*. De sua feita, a decisão do juiz pode eliminar a controvérsia, de modo que tal eliminação pode ser uma *conseqüência* da decisão judicial. No entanto, mencionada a importância do papel da argumentação na ação judicial, é igualmente importante reconhecer que a *função* do juiz – o estabelecimento de um propósito social e a definição de direitos e obrigações – não é solucionar controvérsias, mas dar um significado adequado aos valores públicos. O juiz desempenha tal função, basicamente, fazendo valer as normas públicas existentes

⁽⁴¹⁾ Shapiro, *Courts*, in 5 Handbook of Political Science 321-71 (F. Greenstein & N. Polsby eds. 1975).

e, conseqüentemente, protegendo sua completude, ou formulando novas normas. Essas normas podem: proteger os frutos das negociações ou trabalho de um indivíduo; regular o uso de automóveis ou determinar a responsabilidade por uma indenização; preservar mercados, restringindo fraudes ou monopólios; impor limites ao uso do poder estatal, entre outras medidas. No processo judicial estrutural, o juiz reorganiza instituições como uma forma de desempenhar essa mesma função.

Indubitavelmente, algumas controvérsias podem não ameaçar ou, de outra forma, trazer implicações para um valor público. Todos os litigantes devem reconhecer a existência das normas e restringir seu litígio à interpretação dos termos do contrato ou ao preço de um pára-choque, por exemplo. Tais controvérsias podem enveredar-se para as cortes e os juízes, nesse caso, gastarão seu tempo em questões puramente privadas – privadas porque somente os interesses e comportamento das partes imediatas da lide estão em questão. Todavia, isso implica em um uso extravagante dos recursos públicos e, desse modo, parece apropriado que essas controvérsias não sejam solucionadas pelas cortes, mas por árbitros (embora as cortes devam agir como instituições de suporte, forçando ao cumprimento do direito ou, talvez, criando obrigações para a arbitragem).⁴² Nesse aspecto, a arbitragem funciona como a adjudicação, pois também busca o certo, o justo, um julgamento verdadeiro.⁴³ Há, entretanto, uma significativa diferença entre os dois

⁽⁴²⁾ Ver Landes & Posner, *Adjudication as a Private Good*, 8 J. Legal Stud. 235 (1979). Quando uma corte age como uma instituição de suporte está dando expressão para o valor público em favor de uma solução de controvérsias pacífica, que é bem diferente de solucionar a controvérsia propriamente.

⁽⁴³⁾ A mediação é também um processo de solução de controvérsias, porém se difere da arbitragem ou adjudicação por sua qualidade subjetiva: o resultado correto é definido como aquele que as partes

processos que decorre da natureza do órgão responsável pela decisão – um privado, outro público. Os árbitros são pagos e escolhidos pelas partes, sendo orientados por um conjunto de práticas (tais como a relutância em redigir acórdãos ou gerar precedentes) que restringem a decisão ou lhe conferem um caráter privado.⁴⁴ A função do árbitro é resolver a controvérsia. Por outro lado, a função do juiz deve ser entendida em termos totalmente diferentes: trata-se de um funcionário público; pago pelos cofres públicos; escolhido não pelas partes, mas pelo povo ou por seus representantes;^{NT14} autorizado pelos órgãos políticos a criar e implementar normas sociais amplas e, talvez, até mesmo, a reestruturar instituições, como uma forma, consoante sugeri, de dar um significado aos valores públicos.

Posso ter exagerado ao fazer uma distinção muito bem marcada entre arbitragem e adjudicação. É possível que se trate de uma visão muito grandiosa do que as pessoas esperam dos juízes em oposição aos árbitros. Todavia, deve-se lembrar que totalmente à parte do fato das soluções de controvérsias possuírem ou não algum papel nos recursos judiciais, remanesce, ainda, a questão: com relação às normas, elas têm algum papel precedente na função do juiz? A questão fundamental é se a solução de controvérsias é o ideal com base no qual a reforma estrutural será julgada. Como pode essa prioridade ser estabelecida? Três diferentes so-

aceitam. Ver principalmente M. Golding, *Philosophy of Law* 06-25 (1975); Eisenberg, *Private Ordering Through Negotiation: Dispute-Settlement and Rulemaking*, 89 Harv. L. Rev. 637 (1976).

⁽⁴⁴⁾ Ver Getman, *Labor Arbitration and Dispute Resolution*, 88 Yale L. J. 916, 920-22 (1979) (descrevendo os desvios incipientes dessa prática estabelecida).

^{NT14} Caber recordar que no sistema norte-americano os juízes estaduais, normalmente, são eleitos pelo povo e os juízes federais indicados pelo Presidente da República.

luções foram apresentadas – uma instrumental, outra histórica e a terceira axiomática.

A crítica instrumental, mais intensamente sugerida por Donald Horowitz em *The Courts and Social Policy*, enfatiza o grande risco de erros na reforma estrutural como oposição à solução de controvérsias. O argumento apresentado é o seguinte: o juiz deve limitar-se ao que faz melhor – solução de controvérsias. Assim, de acordo com a crítica instrumental, a solução de controvérsias torna-se o ideal simplesmente porque é o que as cortes podem fazer melhor.

Algumas das premissas empíricas implícitas nessa posição parecem suficientemente plausíveis. A tarefa da reforma estrutural é repleta de perigo, não somente na definição dos direitos, mas também na sua implementação dentro da operação da burocracia do Estado. Também pode ser verdade – ressalte-se que se trata somente de uma possibilidade – que o risco de erro judicial na solução de controvérsias não seja tão grande quanto o é na reforma estrutural: em muitos casos, praticamente não há fase de execução na solução de controvérsias, na qual simplesmente se declara a quem assiste razão, se considerarmos as dificuldades inerentes à reorganização de uma instituição social existente, tal como um sistema escolar público, um departamento do bem-estar social ou, ainda pior, uma instituição acerca da qual sabemos muito pouco, uma prisão. Decerto, tudo isso pode ser seguramente reconhecido sem a aceitação da conclusão normativa que idealiza a solução de controvérsias.

Em primeiro lugar, não estão suficientemente claras as razões pelas quais qualquer instituição social deve dedicar-se a uma única tarefa, mesmo que seja aquela que melhor execute. Cada uma das repartições do Estado pode ter várias funções diferentes. A execução de uma função pode interferir em outra, as falhas em um domínio podem prejudicar sua capacidade de execução de tarefas em outros, mas não há razões para acreditarmos que a relação exis-

tente entre os modos de desempenho da função judicial, quais sejam o de resolução de disputa e o estrutural, seja de interferência, ou que o envolvimento no processo judicial estrutural comprometerá a capacidade do Judiciário de solucionar controvérsias. As funções podem ser independentes ou talvez até complementares.

Ademais, ainda que fosse necessária uma escolha entre as duas funções, a crítica instrumental assume um critério de escolha bastante restrito, insistindo na preservação da função que a instituição desempenha com maior êxito. O grau de êxito é importante na avaliação de instituições, mas dois outros fatores devem ser introduzidos na análise: o valor de uma performance bem-sucedida e o grau de êxito de instituições alternativas desempenhando tarefas semelhantes. Em ambos os critérios, a reforma estrutural apresenta um bom desempenho.

O hipotético baixo grau de êxito da reforma estrutural é amplamente compensado pela promessa de grandes retornos sociais. Se a escolha for entre solucionar uma controvérsia envolvendo dois indivíduos como, por exemplo, um cidadão e um policial que discordam sobre a ocorrência de um ato ilícito, ou, por outro lado, tentar erradicar as condições de ilegalidade pela reorganização do departamento de polícia, o argumento de que a primeira tem maiores chances de obter êxito certamente não a torna a atividade socialmente mais vantajosa no que tange à extensão da ação corretiva ou a sua durabilidade. O êxito pode ser mais raro ou obtido com menor perfeição em um processo judicial estrutural, porém o sucesso estrutural, ainda que parcial, pode superar todos os êxitos da solução individual de controvérsias. Pode, outrossim, reduzir consideravelmente a necessidade da solução de controvérsias por meio da eliminação das condições que favorecem atos ilícitos e podem até mesmo compensar todas as suas falhas.

A crítica instrumental certamente teria maior apelo se existissem instituições alternativas que pudessem executar essa ativida-

de de grande mérito, porém perigosa, de uma forma melhor. No entanto, ocorre exatamente o oposto. A solução de controvérsias pode passar a ser realizada pela arbitragem, porém tal transferência de função não está disponível para a reforma estrutural. Ela está entre as mais públicas de todas as formas de adjudicação, envolvendo valores constitucionais e as burocracias estatais. Os órgãos administrativos foram sugeridos como uma alternativa, sob o argumento de que eles teriam uma especial capacitação técnica na reorganização de organizações sociais, a qual não estaria disponível para as cortes. Porém, essa afirmação também parece não ter fundamento.

Tal argumento é utilizado, em grande parte, em razão do conhecimento específico que os órgãos administrativos possuem. Ainda assim, não consigo visualizar o fundamento dessa posição. A crítica instrumental utiliza, essencialmente, um argumento comparativo, afirmando a superioridade dos órgãos administrativos, no entanto tenta provar somente metade desse argumento. Tipicamente, tal crítica aponta as falhas das cortes, mas em momento algum leva em consideração as falhas dos órgãos administrativos, nos quais há inúmeras. A literatura é repleta de provas de falhas administrativas e ensina que devemos ser cautelosos com relação à afirmação da capacitação técnica da Administração, a qual já fora questionada pelos progressistas. Evidentemente, a reforma estrutural é uma atividade arriscada e árdua, mas o problema é referente, em grande parte, ao conhecimento do funcionamento das organizações de grande porte e não à distribuição desse conhecimento entre vários órgãos. É duvidosa a existência de um corpo de conhecimentos especiais relevante para um empreendimento de reforma institucional como esse, mas mesmo se houvesse, remanesceria a indagação: por que não o disponibilizar para o juiz, por meio de peritos ou de órgãos auxiliares, tais como *special masters*? O processo probatório dos órgãos administrativos há muito promete ser mais transparente, amplo e informal do que o judicial. Todavia, não es-

tou certo de que essa promessa tenha sido alguma vez cumprida, nem de que tal processo seja compatível com noções rudimentares do devido processo legal, ou mesmo de que ele seja necessário para a reforma estrutural. O foco de um processo judicial estrutural é necessariamente amplo, referente não a atos ilícitos isolados e particularizados, mas às condições sociais e às dinâmicas organizacionais envolvidas. Por outro lado, é possível que alguns enfatizem mais as soluções resultantes da experiência acumulada do que o corpo de conhecimentos que poderia ser transmitido a quem toma decisões. Contudo, mesmo com essa reformulação do argumento relativo ao conhecimento técnico, é difícil visualizar fundamentos para a crítica instrumental. Alguns juízes vêm empenhando-se na atividade de reconstrução há aproximadamente uma década e esse envolvimento, não obstante crie seus próprios problemas, como veremos, provavelmente diminui a importância de toda a experiência dos órgãos administrativos acerca de como reconstruir instituições sociais.

O argumento relativo à transferência da implementação da reforma estrutural para os órgãos administrativos, portanto, parece basear-se em uma necessidade exagerada de conhecimento técnico (repetição do mito progressista), porém, mais fundamentalmente, reflete uma falsa compreensão do porquê das cortes estarem envolvidas. Às cortes não é confiada a tarefa de reconstrução considerando-se que possuam alguma capacitação técnica (na forma de conhecimento ou experiência) na sua realização. No âmbito do instrumentalismo, da racionalidade meio-fim, as cortes não têm propriamente uma idoneidade especial. A idoneidade especial que possuem reside em outra parte, na esfera dos valores constitucionais, consistindo em um tipo especial de racionalidade substantiva. Essa capacitação especial das cortes decorre de qualidades especiais do processo judicial – diálogo processual e independência. O esforço de reconstrução, o qual requer julgamentos instrumentais, deve ser visto (por razões a serem analisadas mais adiante)

como um incidente necessário na atividade de interpretação, como uma tentativa do juiz no sentido de dar um significado aos valores constitucionais na realidade prática. Portanto, mesmo que assumíssemos, como querem os adeptos da crítica instrumental, que os órgãos administrativos possuem certa capacitação técnica no domínio da racionalidade instrumental, a defesa da transferência da realização da reforma estrutural ainda seria bastante problemática, pois falta aos órgãos administrativos uma idoneidade especial no domínio particular da racionalidade substantiva. Falta-lhes a independência, essencial para dar expressão aos valores constitucionais.

As atribuições especializadas dos órgãos administrativos podem fundamentar o argumento relativo à capacitação técnica, mas também representam uma ameaça à independência dos órgãos: os reguladores aproximam-se demasiadamente dos regulados.⁴⁵ Mais fundamentalmente, os órgãos administrativos são mais atrelados às políticas majoritárias do que as cortes, em razão da ideologia (podem fazer seus julgamentos com base nas preferências do corpo político) e de arranjos institucionais (indicações de curto prazo, sujeitas à remoção quando há mudança nas administrações). As chamadas agências reguladoras independentes do sistema federal podem situar-se entre as cortes, por um lado, e o Congresso e Executivo, pelo outro. Contudo, o vínculo dessas agências com os poderes majoritários é certamente intenso o suficiente para que fiquemos atentos a argumentos como aquele, segundo o qual os órgãos administrativos seriam fundamentais ou, ainda, os únicos capacitados para dar significado aos valores constitucionais, argumento esse incorporado pela crítica instrumental. A verdade é que

⁽⁴⁵⁾ As dinâmicas de cooptação no âmbito administrativo devem estar especialmente atreladas à jurisdição especializada e a indicações de curto prazo (o administrador desenvolve uma capacitação técnica que tem um mercado limitado). Assim, a falta de independência do regulador com relação ao regulado pode ser mais intensa no domínio administrativo do que no judicial, e menos sanável.

essa afirmação seria, arrisco-me a dizer, admitida na maioria dos contextos. Isso não é menos verdade – talvez seja até mais – quando a ameaça àqueles valores é proveniente das burocracias do Estado moderno e quando a reforma estrutural é necessária para eliminar tal ameaça.

Um segundo método para estabelecer a prioridade do modelo de solução de controvérsias é histórico; a solução de controvérsias é “tradicional”, a reforma estrutural é “novidade”. Essa posição foi fundamentada por Abram Chayes,⁴⁶ que identificou um modo de adjudicação muito similar ao estrutural (embora ele atribua as características formais do referido modo de adjudicação ao caráter “público” dos direitos, enquanto as considero mais atreladas ao conjunto organizacional – todos os direitos aos quais as cortes conferem eficácia são públicos). Abram enaltece esse “novo” modelo, porém, enfatiza suas dimensões descritivas ou normativas, em vez de lidar diretamente com as questões concernentes à legitimidade. Ele apresenta-se como um “biólogo” descrevendo a “evolução” de uma “nova” forma de adjudicação que, acrescenta, legitimar-se-á ao obter a aceitação da população, desde que tenha a chance de ser implementada.

Tenho minhas dúvidas quanto ao fato de o argumento histórico ser completamente preciso como uma questão puramente descritiva. A meu ver, o que evoluiu foi a *forma* de adjudicação, não a *função*. A função da adjudicação nunca foi solucionar controvérsias entre indivíduos, mas dar significado aos valores públicos. O que mudou foi a estrutura social, como resultado do surgimento de uma sociedade dominada pela operação das organizações de grande porte e é essa mudança que influencia as alterações nas formas

⁽⁴⁶⁾ Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 Harv. L. Rev. 1281 (1976). Para um importante e imparcial relato da litigância civil contemporânea, ver Scott, *Two Models of the Civil Process*, 27 Stan. L. Rev. 937 (1975).

de adjudicação no decorrer do tempo. Tais mudanças não deveriam ser motivo de preocupação. O que deveria, de fato, provocar uma genuína crise de legitimidade é a insistência em formas processuais criadas para um cenário social diferente, a qual se baseia na suposição de que as formas de adjudicação criadas séculos atrás podem ser compatíveis com a atualidade.

Contudo, mesmo assumindo, por um momento, que o modelo de solução de controvérsias tenha uma prioridade histórica, resta analisarmos qual a sua relação com a legitimidade, o que constitui, essencialmente, um julgamento normativo. ~~Não há nenhuma disposição na Constituição norte-americana que limite as cortes federais à solução de controvérsias. Mesmo no fim do século XVIII, auge da *common law*, a função das cortes não era propriamente a solução de controvérsias, mas a conferência de significado aos valores públicos por meio da criação e implementação de normas públicas, tais como as que constituem o direito penal, as referentes à propriedade, aos contratos e à responsabilidade por perdas e danos decorrentes de atos ilícitos. As cortes foram instituições fundamentais para a elaboração do direito norte-americano. Portanto, a função judicial no litígio constitucional contemporâneo, do qual a reforma estrutural é parte, é contígua e talvez até mesmo idêntica àquela desempenhada no ápice da *common law*. A modificação dessas questões e do cenário social tornou necessária uma mudança na forma de adjudicação, não na sua função.~~

Alternativamente, pode-se imaginar que o fundamento normativo da crítica histórica não é decorrência da Constituição dos Estados Unidos da América, mas da aplicação de uma teoria que considera o “consentimento” público a base da legitimidade. Esse argumento equipara o “consentimento presumido” ao “consentimento real”, interpretando a aceitação pela população de *status quo* como um consentimento para os arranjos institucionais existentes e, então, situa o modelo de solução de controvérsias – mas não o estrutural – no *status quo*. Tal argumento pode parecer capaz de

é certamente a situação em que a inércia não é equivalente à ação) e, principalmente, desnecessário. A possibilidade de a população expressar seu descontentamento deve ser entendida como o meio pelo qual instituições como as cortes podem ser integradas em um sistema fundamentalmente baseado no consentimento público. Algumas instituições – a assembléia legislativa, o conselho escolar, a chefia da polícia – podem ter uma conexão mais firme e direta com o consentimento: os titulares dos cargos buscam a satisfação do povo. Insistir em uma conexão consensual similar no caso do Judiciário, entretanto, prejudicaria sua independência e, por via de consequência, destruiria sua capacidade de desempenhar a função constitucional que lhe é conferida dentro do nosso sistema político.

Por todo o exposto, parece impossível encontrar fundamentos para a crítica histórica na Constituição norte-americana ou na teoria do consentimento e, portanto, tanto essa crítica como a instrumental falham ao conferir à solução de controvérsias uma prioridade normativa.

Há, ainda, outra estratégia a ser considerada, a qual chamo axiomática. Ela pressupõe a necessidade moral de um atributo formal no processo social para a avaliação dos modos estrutural e de solução de controvérsias. Como se vê, esse atributo – a participação individual, presente na solução de controvérsias e ausente no modo estrutural – também envolve a teoria do consentimento e assume muitas das suas dificuldades. Ele coloca a adjudicação em um plano moral juntamente com duas outras atividades de destaque na teoria do consentimento, a votação e a negociação. Tenta, então, construir uma forma de adjudicação ideal que preserve essa conexão com a atividade consensual, agora de uma forma altamente individualizada, embora ainda falhe em explicar porque o consentimento é a pedra de toque para a verificação da legitimidade de todas as instituições.

O mais bem fundamentado esforço a favor da solução de controvérsias, com base em axiomas morais, é o ensaio de Lon Fuller

– *The Forms and Limits of Adjudication*.⁴⁸ Esse ensaio foi escrito no final dos anos 50, pouco antes do auge da reforma estrutural. Foi publicado em 1978, logo após a morte do Professor Fuller, mas, por razões de ordem descritiva e normativa, não foi atualizado para considerar os vinte anos supervenientes, a era dos direitos civis.⁴⁹ É como se tal período nunca tivesse ocorrido – como se uma parte da história do processo tivesse sido apagada. No entanto, referido ensaio é importante para os nossos propósitos, pois parece ser motivado, em grande parte, pelo desejo de estabelecer os limites da adjudicação. Ademais, o limite que Fuller de fato desenvolveu está claramente em desacordo com a noção da reforma estrutural. Considerando uma idéia de Michael Polanyi, também introduzida nos anos 50,⁵⁰ Fuller insiste em afirmar que as cortes não podem executar tarefas “policêntricas”.

O Professor Fuller não fornece qualquer definição exata de “policentrismo”. Parece referir-se a um tipo de controvérsia ou problema com muitas facetas, tal como, consoante afirma, uma teia de aranha, no sentido de que a solução de uma controvérsia “policêntrica” teria, necessariamente, repercussões amplas e intermináveis. Essas controvérsias não são, para Fuller, apropriadas para a adjudicação. Ele explica o porquê, pela análise de uma série de exemplos. Um desses exemplos, que aparece quase ao final do ensaio, parece, notadamente, tratar do problema da reforma estrutural:

(48) 92 Harv. L. Rev. 353 (1978).

(49) Durante esse período de vinte anos, o artigo não ficou sem utilização: foi utilizado nos cursos do Professor Fuller em Harvard, circulou amplamente em meios não oficiais, na forma mimeografada, foi bastante citado, e algumas partes apareceram em dois artigos de Fuller: *Adjudication and the Rule of Law*, 54 Proc. Am. Soc’y Int’l L. 1 (1960) e *Collective Bargaining and the Arbitrator*, 1963 Wis L. Rev. 3.

(50) M. Polanyi, *The Logic of Liberty* (1951).

“A sugestão de que os problemas policêntricos são geralmente resolvidos por um tipo de ‘intuição gerencial’ não significa que a resistência a soluções racionais seja uma característica invariável desses problemas. Há princípios racionais para a construção de pontes com estruturas de aço. Porém, não existe um princípio racional que afirme, por exemplo, que o ângulo entre a viga A e a viga B deve ser sempre de 45°. Isso depende da ponte como um todo. Não é possível construir uma ponte pela condução sucessiva de argumentos isolados sobre o ângulo adequado para cada par interseccional de vigas. A estrutura deve ser vista como um todo”.⁵¹

É possível imaginar porque a adjudicação deve proceder com base nas sugestões de Fuller – ângulo por ângulo. Isso, certamente, não é exigido pela racionalidade. Como a razão, ainda que seja a do juiz, não é binária, não necessita proceder ângulo por ângulo, mas pode vislumbrar estruturas inteiras. A explicação parece muito mais concreta e relaciona-se ao enorme número de pessoas que são afetadas por estruturas inteiras – pela construção da ponte. É simplesmente impossível, explica Fuller, uma participação significativa de todos os afetados no processo judicial.⁵²

⁽⁵¹⁾ Fuller, nota 48 supra, p. 403.

⁽⁵²⁾ Discutindo um outro exemplo, salários e controle de preços em um regime socialista, Fuller dá uma explicação mais completa sobre a fonte do problema:

“É simplesmente impossível dar a cada parte afetada uma participação significativa através de provas e argumentos. É uma questão de extrema relevância observar que não se trata somente de um problema consistente no grande número de partes possivelmente afetadas, significante de como tal aspecto da coisa pode ser. Um ponto mais fundamental é que (cada solução possível) teria um conjunto diferente de conseqüências e exigiria em cada caso uma redefinição das ‘partes afetadas’” (The Form and Limits of *Adjudication*, cit. p. 394-395).

Portanto, no centro da concepção dos limites da adjudicação de Fuller e da sua objeção à solução dos problemas policêntricos pelas cortes está o direito individual à participação em processos que afetem o indivíduo desfavoravelmente. Esse direito pode ser preservado em uma ação mediante representação que esteja em conformidade com o direito tradicional, no qual há uma ligação consensual verdadeira entre o representante (agente) e o representado. No entanto, deve-se reconhecer que esse direito, considerado em sua forma altamente individualista, é negado, ou resta seriamente comprometido, pelo tipo de representação que constitui o núcleo de um processo judicial estrutural – a representação de interesses não por indivíduos identificáveis, mas por representantes de grupos e classes.⁵³ Imaginemos o tipo de representação implícita no famoso litígio relativo à prisão do Arkansas, no qual a conclusão da corte – considerando, por exemplo, que o sistema da conferência de privilégios aos presos conforme seu comportamento, em Cummins Farm, era uma forma de punição cruel e contrária aos costumes – deve, necessariamente, afetar um infinito espiral de pessoas, funcionários e interesses: presidiários, guardas, administradores, legisladores, contribuintes, enfim, todos os cidadãos do Estado – atual e futuramente.⁵⁴ A reconstrução de uma penitenciária, de um sistema escolar, de um departamento do bem-estar social, de um hospital, ou de qualquer outra entidade burocrática, é tão policêntrica quanto a construção de uma ponte. A corte, nesses casos, lida com estruturas inteiras. O juiz deve estar certo de que a vasta gama de interesses envolvidos está devidamente representada, mas não precisa ignorar a reivindicação constitucional ou negar uma medida judicial efetiva tendo em vista o fato de que cada indivíduo afetado não poderá participar de forma significativa no processo judicial.

⁽⁵³⁾ Cf. Eisenberg, *Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller*, 92 Harv. L. Rev., 410, 427 (1978).

⁽⁵⁴⁾ *Holt vs Sarver*, 309 F. Supp. 362, 373-76 (E. D. Ark. 1970), *aff'd*, 442 F.2d 304 (8th Cir. 1971). Ver também nota 16 supra.

A minha concepção de adjudicação parte de cima – a função do juiz – para baixo. Posiciono a adjudicação em um plano moral com ação legislativa e executiva. Dessa forma, começo com a concepção do poder estatal personificado no juiz, trato as cortes como uma fonte coordenada do poder do Estado e considero que a forma de adjudicação é moldada pela sua função e pelo cenário social. Fuller rejeita tal proposição, pois possui uma concepção inversa – parte da base e segue para o topo (começa com o indivíduo, em vez do juiz). Ele posiciona a adjudicação em um plano moral com eleições e contratos, analisa esses dois processos sociais no que tange à participação do indivíduo por meio, respectivamente, da votação e da negociação e busca distinguir a adjudicação desses processos sociais. Naturalmente, a característica peculiar da adjudicação também é considerada em termos individualistas, mais precisamente, é tomada em conta a partir do modo pelo qual o indivíduo participa desse processo, em oposição ao que ocorre nas eleições e contratos – por meio de provas e argumentos convincentes. Fuller, então, trata esse direito de participação do indivíduo no processo – o equivalente moral do direito ao voto e do direito à negociação – como a idéia central da adjudicação. Para ele, isso explica e justifica certas características formais da adjudicação como, por exemplo, a estrutura de partes e a passividade do juiz, além de estabelecer os limites da adjudicação. O direito de participação do indivíduo é violado apenas no que tange a um risco moral característico; o processo não é considerado uma forma de adjudicação ou, no máximo, é visto como uma forma de adjudicação híbrida ou mista, “parasitária” com relação ao ideal.

Em vários pontos, Fuller fala como se estivesse sendo meramente descritivo. O que distingue a adjudicação de outros processos sociais, afirma, é o “compromisso institucional” da adjudicação com um modo particular de participação individual. Entretanto, no âmbito puramente descritivo, não há fundamentos consistentes para sua posição. Ela não é sustentada pela apresentação de

provas e é posta em questão por inúmeros casos reais e experiências que consideraríamos adjudicações. Além disso, um relato puramente descritivo jamais produziria os julgamentos normativos, implícitos em sua conclusão acerca do que pode constituir a adjudicação “parasitária”. O ensaio de Fuller deve ser reconhecido pelo que realmente é: uma pressuposição de que a restrição do direito de participação individual é o parâmetro para a aferição da legitimidade de um processo que pretende ser uma adjudicação. Uso aqui o termo “pressuposição”, pois não obstante a maior parte do ensaio enalteça o papel da razão nas relações humanas e vislumbra uma importante conexão entre razão e adjudicação, não há em seu conteúdo explicação alguma dos motivos que fariam a razão exigir o tipo de participação individual apontado por Fuller. Na reforma estrutural, a razão ingressa no processo, não por meio dos argumentos de cada um dos indivíduos afetados, mas dos argumentos dos representantes, os quais se referem a todos os interesses representados, e da decisão do juiz. A razão é utilizada para dar significado aos valores constitucionais.

Como pode um axioma como o de Fuller, proclamando o direito de participação individual como algo sagrado, ser julgado? Compreendo que a busca por uma justificação para um axioma é inadequada, pois se trata de um ponto de partida, uma proposição que não se pode questionar. Ainda assim, deve haver algo mais a ser dito a esse respeito. A aceitação de um axioma deve envolver mais do que uma intuição momentânea. A meu ver, o axioma pode ser avaliado a partir de suas conseqüências e de sua visão social implícita. A princípio, um determinado axioma pode parecer suficientemente atrativo, no entanto, esse apelo deve diminuir radicalmente quando todas as suas implicações forem compreendidas.

Quando do acesso às conseqüências do axioma de participação individual, deve-se entender, primeiramente, que a questão não é saber se devem existir processos sociais que possam promover o direito de participação – se a solução de controvérsias deve existir

– mas se uma forma de adjudicação que viole tal direito – a reforma estrutural – é legítima (ou admissível). Fuller trata o axioma de participação como uma condição necessária, e essa é a fonte do problema. De fato, como condição necessária, o axioma poderia tornar a reforma estrutural ilegítima e, o que é ainda mais importante, poderia fazê-lo com quase toda a adjudicação – tanto a *common law* quanto a variedade constitucional – na qual as cortes estivessem criando normas públicas. Isso reduziria as cortes à função de implementação de normas e a adjudicação a uma forma de arbitragem elitista (porém subsidiada). Não é mero acaso o fato de Fuller ter dedicado grande parte da sua vida profissional à arbitragem. Observe-se que ao longo do ensaio ele refere-se ao juiz como um “árbitro”.

Praticamente toda criação de norma pública é policêntrica. Atinge tantas pessoas quanto o faz a reforma estrutural e prejudica de igual maneira a capacidade de participação de cada um dos indivíduos afetados no processo. Em muitos casos, há uma grande variedade de regras e soluções passíveis de serem formuladas. Considere-se a norma *fellow-servant*,^{NT15} a doutrina *stop-look-and-listen*,^{NT16} as regras de responsabilidade objetiva, exigência de *consideration*,^{NT17} as regras referentes à oferta e aceitação, as nor-

^{NT15} Trata-se de uma norma da *common law* que permite ao empregador, quando for réu em ação de reparação de danos sofridos por empregado lesionado, possa alegar que o acidente do qual resultou a lesão foi, parcial ou totalmente, causado pela negligência de outro empregado, o que pode reduzir ou extinguir sua própria responsabilidade. Atualmente, as leis de compensação dos empregados e a Lei Federal de Responsabilidade dos Empregadores vêm sendo aplicadas em detrimento da norma em questão.

^{NT16} Pare-olhe-e-escute, literalmente. Diz respeito a um conjunto de precedentes relativo a acidentes de trânsito.

^{NT17} Consistentes nas razões ou causas materiais dos contratos. São elementos que levam a parte contratante a firmar o contrato, tais como o motivo e o preço.

mas formuladas pela Suprema Corte acerca da *Commerce Clause*, quando da presidência de Marshall, e da liberdade de expressão, da igualdade racial e dos processos civil e criminal, no período da presidência de Warren. A lista poderia continuar e provavelmente incluiria todo o direito elaborado pelos juizes e a própria doutrina dos precedentes judiciais. Incluiria, certamente, muitos “erros” ou “decisões erradas”, porém essa não é a questão: o que importa saber é se todos esses atos de criação normativa representam um abuso do poder judicial ou uma apropriação incorreta do conceito de “adjudicação”. Essa é a conclusão que a maioria – ou talvez todos – rejeitaria e ainda assim é a conclusão que parece decorrer do axioma de Fuller.

Ademais, deve-se também reconhecer que esse axioma seria apenas um triunfo formal do individualismo. O axioma parece enaltecer o indivíduo, porém o deixaria à mercê de grandes agregações de poder. Privado da oportunidade de contar com a proteção das cortes, de aproveitar-se totalmente da utilidade desses centros de poder estatal que permanecem separados em relação às burocracias do Estado, o indivíduo é compelido a recorrer àqueles processos sociais que supostamente respeitarão seu direito de participação, solução de controvérsias, votação e negociação. Cada um desses processos tem papéis importantes a desempenhar em nossa vida social, no entanto é difícil acreditar que qualquer um deles intensifique o poder real ou efetivo – em oposição ao formal – dos indivíduos que sofreram abusos decorrentes da operação das organizações de grande porte do Estado moderno, tais como o sistema escolar, os hospitais, o departamento do bem-estar social ou, ainda pior, os presídios.

Na verdade, o axioma da participação individual é baseado em uma realidade que já não existe, qual seja a que comportava uma sociedade horizontalizada, em que as pessoas relacionavam-se umas com as outras em termos individuais e aproximadamente igualitários. É baseado em uma sociedade que via as normas con-

tratuais como O direito – não por acaso, a especialidade jurídica de Fuller. Nossa realidade, entretanto, é vertical; o mercado foi substituído pela hierarquia e o empreendedor individual por departamentos públicos.⁵⁵ Nesse cenário social, o que é necessário para proteger o indivíduo é o estabelecimento de centros de poder com força e recursos iguais aos dos agentes sociais dominantes, ou seja, um poder equivalente. A concepção de adjudicação que honra estritamente o direito de cada indivíduo afetado participar do processo parece proclamar a importância do indivíduo, mas, na verdade, o deixa sem o suporte institucional necessário para a concretização da sua verdade. De fato, o axioma da participação individual faria um pouco mais do que eliminar uma barreira intransponível – o polícentrismo – para o processo social que surgiu como promessa de preservação dos valores constitucionais e do ideal de individualismo em face do Estado burocrático moderno – a reforma estrutural.⁵⁶

3. O PROBLEMA DO REMÉDIO JUDICIAL ^{NT18}

A solução de controvérsias, como afirmação da forma ou função, não representa o ideal de adjudicação e, desse modo, as dife-

(55) Ver principalmente M. Weber, *The Theory of Social and Economic Organization* 329-41 (T. Parsons ed. 1947); O. Williamson, nota 13 supra.

(56) Esse modelo de adjudicação não é relevante somente no que tange à burocracia do Estado; deve ser usado para salvaguardar os valores públicos das ameaças impostas pelas chamadas burocracias privadas, tais como corporações ou sindicatos. Ver, por exemplo, Stone, *Controlling Corporate Misconduct*, 49 *Pub. Interest* 55 (1977); Note, *Monitors: A New Equitable Remedy?*, 70 *Yale L. J.* 103 (1960).

^{NT18} Os cursos jurídicos norte-americanos possuem uma disciplina exclusiva, chamada *Remedy*, destinada ao estudo das medidas ou remédios adequados para atender às várias situações jurídicas passíveis de serem levadas a juízo.

renças entre esse modelo de adjudicação e a reforma estrutural, por si, não a privam de sua legitimidade. A função da adjudicação não é simplesmente solucionar controvérsias, mas dar significado aos valores públicos. A reforma estrutural é fiel a essa função e adapta a forma tradicional do processo judicial à realidade social em transformação – o domínio da nossa vida social pelas organizações burocráticas. A questão da legitimidade, contudo, ainda pode persistir porque, totalmente à parte de qualquer comparação com o modelo de solução de controvérsias, o poder das cortes de dizer o direito – para dar significado aos valores constitucionais – é limitado. É limitado, como sugeri inicialmente, pela vontade e habilidade do juiz para aderir a um processo que tipifica o Poder Judiciário e constitui a base da sua idoneidade especial – diálogo processual e independência.

A reforma estrutural não impõe qualquer ameaça distinta à qualidade dialogal desse processo, a qual é representada por uma série de obrigações do juiz, tais como combater injustiças que preferiria ignorar, ouvir a mais ampla gama de pessoas e interesses, assumir responsabilidade individual por sua decisão e justificá-la de acordo com as normas do sistema constitucional. A transformação da estrutura de partes, inerente ao processo judicial estrutural, intensifica a noção de diálogo, de modo que assumir que a reforma estrutural falha nesse ponto seria o mesmo que sobrecarregar o significado de uma metáfora, pensar que o diálogo refere-se somente a uma conversação entre duas pessoas. O termo “diálogo” sugere, simplesmente, um processo comunicativo ou racionalista no qual os juízes ouvem e pronunciam-se. Tal processo não é menos possível em um contexto multiparte, embora a imagem visual mude de uma tríade para um grande grupo. Isso exige somente um pouco de habilidade e imaginação.

Evidentemente, a capacidade ou até mesmo a vontade dos juízes de engajarem-se nesse processo comunicativo, ouvir todas as alegações e justificar meticulosamente suas decisões, está lon-