

Jordão Violin

PROCESSOS ESTRUTURAIS EM PERSPECTIVA COMPARADA

**A experiência norte-americana na
resolução de litígios policêntricos**

2023

O POLICENTRISMO NO PROCESSO

2.1. PROBLEMAS POLICÊNTRICOS

The Logic of Liberty é uma contundente defesa da liberdade. Na obra, publicada originalmente em 1951, Michael Polanyi argumenta que o conhecimento só pode se desenvolver num ambiente livre. A ingerência estatal, em vez de canalizar recursos e encurtar caminhos, substitui a autoridade da ciência pela autoridade do Estado. Argumentos científicos dão lugar a argumentos ideológicos.¹

O dirigismo, segundo o autor, contamina a ciência. No regime nazista, isso aconteceu pela substituição desonesta de premissas científicas por valores partidários. No governo soviético, pela adoção ingênua de linhas de pesquisa oficiais que calaram o dissenso.² Bem-intencionada ou não, a intervenção estatal suprime a auto-organização e interdependência essenciais à construção do conhecimento. Para atingir seus objetivos, a comunidade científica deve manter-se livre, autônoma, policêntrica.³

Sem um centro de comando, cada cientista dispõe de liberdade para definir seu objetivo, eleger seu método e publicar suas conclusões. O conhecimento é formado por incontáveis contribuições individuais, frequentemente em sentidos opostos. Mas o caos é apenas aparente. Os esforços pessoais não se dissipam numa miríade de direções. Eles convergem para um mesmo objetivo: a construção da verdade científica. O crédito atribuído a quem primeiro divulga uma descoberta incentiva a publicação de resultados tão logo eles sejam comprovados. Em contrapartida, a perda de credibilidade decorrente de conclusões apressadas freia o ímpeto de publicar descobertas

-
1. POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 39.
 2. POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 37-38.
 3. POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 52.

prematuras. Assim, num ambiente ao mesmo tempo competitivo, consultivo e persuasivo, a ciência se organiza numa ordem espontânea.⁴

Polanyi aplica a mesma análise à economia. Assim como a ciência, o mercado é um sistema policêntrico. Trata-se de uma ordem formada por inúmeros atores autônomos, cuja interação provoca mudanças de comportamento recíprocas. Cada agente constantemente ajusta seu comportamento às decisões dos demais. A decisão de consumir ou não determinado bem, por exemplo, é afetada pelo seu preço, ao mesmo tempo em que o afeta. A variação no preço do bem, por sua vez, impacta margens de lucro, planos de expansão, a entrada de novos concorrentes no mercado, a viabilidade de pesquisas para tornarem aquele produto mais eficiente, o estoque de matéria-prima, empregos indiretos e assim por diante, numa enumeração que tende ao infinito.⁵

Um sistema socialista tenta atingir o ponto ótimo mais rapidamente que o mercado por meio da planificação da economia. Para tanto, substitui o método de tentativa-e-erro pelo de comando-e-controle. Seria de se esperar que, devido à maior eficiência, economias planejadas apresentassem crescimento maior e mais rápido que livres mercados. Não é isso o que se tem verificado na história. A demanda não pode ser definida por um agente externo. Preferências são subjetivas. Além disso, uma autoridade central é incapaz de gerenciar a quantidade de informação necessária para governar um sistema tão complexo como mercado.⁶

Assim como o progresso científico não pode ser guiado por uma autoridade, tampouco o crescimento econômico pode ser obtido por meio de

4. POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 88-89.

5. POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 66.

6. ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 238-239.

uma estratégia centralizadora.⁷ Ciência e mercado são ordens espontâneas, baseadas num sistema de ajustes mútuos constantes.⁸

Embora Polanyi não ofereça um conceito de policentrismo, suas descrições matemáticas e exemplos concretos deixam pouco espaço para dúvida. Trata-se, em essência, de uma ordem social composta por múltiplos centros de decisão autônomos e interdependentes, operando sob um mesmo conjunto de normas e com repercussões de difícil previsão.⁹ As decisões tomadas por um centro repercutem sobre os demais, que, por sua vez, se ajustam e geram novas complexidades.¹⁰

O conceito não varia significativamente entre os diversos autores que, posteriormente, o adotaram. Vincent Ostrom, Charles Tiebout e Robert Warren, em 1961, definiram policentrismo como “muitos centros de decisão formalmente independentes uns dos outros”, cujas interações podem ser competitivas ou cooperativas.¹¹ Robert Bone, por sua vez, define tarefas policêntricas como aquelas que requerem a coordenação de variáveis interativas. Mais precisamente, afirma o autor, “o que torna policêntrica uma tarefa é que nenhuma das variáveis críticas pode ser determinada exogenamente”. A escolha de um valor para uma variável afeta o valor das demais. É impossível fixar um valor para uma variável (X) e, então, buscar os valores

-
7. O autor não defende, todavia, o *laissez-faire*. Para ele, o absenteísmo estatal seria o erro oposto à planificação. Embora advogue a liberdade científica e econômica, Polanyi defende a possibilidade de o Estado regular a economia para corrigir distorções como o comportamento abusivo e anticompetitivo. Sua posição intermediária fica evidente quando afirma que o Estado deve “canalizar, corrigir e suplementar as forças do mercado”, não tomar seu lugar. POLANYI, Michael. *The Logic of Liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 99.
 8. POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 66, 87-91.
 9. POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 94.
 10. ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 237.
 11. OSTROM, Vincent; TIEBOUT, Charles; WARREN, Robert. The organization of government in metropolitan areas: a theoretical inquiry. *American Political Science Review*, v. 55, n. 4, p. 831-842, dez. 1961, p. 831-832. Anos mais tarde, o mesmo Vincent Ostrom definiu ordem policêntrica como “aquela em que muitos elementos são capazes de fazer ajustes mútuos para ordenar suas relações dentro de um sistema geral de regras, em que cada elemento age independentemente dos demais”. OSTROM, Vincent. Polycentricity—Part 1. In MCGINNIS, Michael (ed.) *Polycentricity and Local Public Economies*. Ann Arbor: University of Michigan Press, p. 52-74, 1999, p. 57.

ótimos para (Y) e (Z), pois a escolha de valores para (Y) e (Z) pode alterar o valor inicial de (X); que, por sua vez, modificará os valores de (Y) e (Z), e assim sucessivamente.¹²

Nos dez ensaios que compõem seu livro, Polanyi demonstra que ciência e economia pressupõem liberdade para funcionar adequadamente. Mas sugere que outras áreas compartilham as mesmas características: as artes, a religião e o direito. Em comum a todas elas, a convergência a um ideal abstrato (a beleza, a verdade transcendental ou a justiça) e a auto-organização policêntrica.¹³

O autor não desenvolve essas ideias com profundidade. Limita-se a ilustrá-las com exemplos. O direito, especificamente, seria policêntrico porque o julgador pode escolher uma dentre várias soluções possíveis. Sua decisão pode ser guiada primordialmente por uma lei, ou por um precedente, ou por equidade, ou mesmo por conveniência. A opção por um ou outro caminho, por sua vez, sofre influência das tendências doutrinárias, da jurisprudência dominante ou dos anseios sociais. A sentença, como produto final, não é mero fruto do sistema jurídico, mas também fonte do direito. A nova decisão torna-se precedente. Ela guiará casos futuros. O direito é, a um só tempo, contexto e resultado – que altera o contexto, que alterará o resultado, e assim infinitamente. Os operadores do direito ajustarão suas condutas à decisão. E assim o direito se reproduz, numa ordem policêntrica que tende à auto-organização.¹⁴

2.2. A TRAGÉDIA DOS COMUNS

O impacto da obra de Polanyi foi enorme. A ideia de sistemas policêntricos, por exemplo, foi adotada por Vincent e Elinor Ostrom na economia. E permitiu aos autores a construção de uma solução alternativa à chamada “tragédia dos comuns”.

-
12. BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1314.
 13. PROSCH, Harry. *Michael Polanyi: A Critical Exposition*. Albany: State University of New York Press, 1986, p. 177-178; ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 238.
 14. POLANYI, Michael. *The logic of liberty: reflections and rejoinders*. London: Routledge, 1998, p. 88.

Essa expressão é empregada nas ciências sociais para explicar o paradoxo entre interesses individuais e bem comum na gestão de recursos finitos. Enquanto o interesse coletivo consiste na preservação de determinados bens para renovação dos frutos, o maior ganho individual está na máxima exploração.

Embora tenha sido cunhado por William Forster Lloyd em 1833,¹⁵ o termo “tragédia dos comuns” foi popularizado por Garrett Hardin. Em artigo publicado em 1968 na revista *Nature*, Hardin ilustrou o problema com o dilema dos pastores: num campo comunitário, o interesse geral é a preservação da pastagem, para que todos possam continuar alimentando seus animais. Mas cada criador tem interesse em maximizar seus ganhos individuais e aumentar seu rebanho. Na esfera individual, isso aumenta significativamente a utilidade a um custo baixíssimo: uma pequena quantidade extra de capim, que será dividida entre todos os pastores. Obviamente, se todos seguirem essa lógica, em poucos meses o pasto estará exaurido.¹⁶

Ganho individualizado, custo socializado. Eis a tragédia. Não num sentido de infelicidade, mas de inevitabilidade.¹⁷ A racionalidade individual é incompatível com a limitação dos bens comuns. O comportamento racionalmente mais vantajoso para o indivíduo leva à ruína do grupo, num processo que a mão invisível do mercado é incapaz de corrigir, justamente por pressupor que as melhores decisões individuais são as melhores decisões para a sociedade.¹⁸

O dilema dos pastores, como parece evidente, é apenas uma metáfora para um mecanismo muito maior. O próprio Hardin a utilizou para representar o incentivo individual à poluição e ao crescimento populacional.¹⁹ O mecanismo já foi utilizado para descrever questões aparentemente tão díspares quanto a fome saariana, a chuva ácida, o crime urbano, o desvio de cursos d'água e a incapacidade de legisladores limitarem os gastos públicos.

-
15. LLOYD, William Forster. *Two lectures on the checks to population*. Oxford: Oxford University, 1833. Disponível em <https://archive.org/details/twolecturesonch00lloygoog>. Acesso em 19/07/2018.
 16. HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, n., v. 162, p. 1243-1248, 1968, p. 1244.
 17. HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, n., v. 162, p. 1243-1248, 1968, p. 1244.
 18. HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, n., v. 162, p. 1243-1248, 1968, p. 1244.
 19. HARDIN, Garrett. The Tragedy of the Commons. *Science*, n., v. 162, p. 1243-1248, 1968, p. 1245-1246.

Subjacente a cada um desses problemas está o descompasso entre a lógica individual e a lógica coletiva na gestão de bens comuns limitados. O resultado ótimo individual gera o pior resultado coletivo. Estratégias racionais individuais levam a resultados coletivos irracionais.²⁰

Como quebrar o incentivo ao comportamento dominante individual e estimular a estratégia de cooperação entre os indivíduos? Tradicionalmente, dois modelos antagônicos são apontados como solução à tragédia dos comuns. De um lado, a estatização. De outro, a privatização. Ambas as correntes compartilham a mesma premissa: a preservação do patrimônio comum dependeria da existência de um único centro decisório, externo ao ambiente cujo funcionamento se pretende otimizar, que imporia um conjunto de regras. Quem defende a estatização vê no Estado o titular dos bens comuns, a quem compete gerenciá-los e preservá-los – se necessário, utilizando o monopólio da força. Já quem defende a privatização enxerga na iniciativa privada um gestor mais eficiente dos bens comuns, interessado em preservá-los para perpetuar sua exploração.²¹

Os dois modelos possuem inconsistências. De um lado, presume-se que o Estado teria informações suficientes para estabelecer uma política correta de uso de bens comuns e fiscalizar sua aplicação. O custo para obtenção desses dados e para fiscalizar o cumprimento das normas, contudo, é ignorado. A possibilidade de o Estado estabelecer uma política tendenciosa, ou de aplicá-la de modo corrupto, tampouco é levada em consideração. Olvidam-se ainda a possível insensibilidade de um gestor estatal às realidades locais, ou a dificuldade de o poder público se adaptar rapidamente a uma realidade mutável. De outra parte, a proposta de privatização passa ao largo de questões como a desigualdade de recursos naturais em terrenos vizinhos, os custos da produção para cada indivíduo, a tendência ao monopólio e a inaptidão desse modelo para ecossistemas como a pesca, por exemplo, em que os bens comuns se deslocam no espaço.²²

Estatização e privatização são propostas excessivamente generalistas. Elas ignoram uma série de problemas específicos, imprevisíveis e cuja solução exige a construção de arranjos normativos específicos. Em vez de se

20. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 3-4.

21. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 8-13.

22. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 8-13.

adotar uma solução em bloco, instituições bem-sucedidas desenvolveram, por tentativa-e-erro, arranjos singulares, customizados, adequados às suas necessidades. É possível, assim, incorporar ao conjunto de regras tanto aspectos tanto privatistas quanto publicistas. É possível, por exemplo, atribuir ao Estado ou a membros do grupo a tarefa de fiscalizar o cumprimento das normas.²³

Para que se obtenha cooperação, é preciso incentivar a conduta desejada, tornar mais custosa a conduta reprovada, facilitar a obtenção de informações e manipular as certezas e incertezas.

Elinor Ostrom demonstrou que grupos são capazes de superar a tragédia dos comuns sem necessidade de regulação imposta por uma autoridade externa. Para obter conduta individual cooperativa na gestão de bens comuns, sete condições (*design principles*) devem ser satisfeitas: (i) fronteiras bem definidas; (ii) coerência entre as normas e a realidade local; (iii) autorregramento; (iv) monitoramento; (v) estabelecimento de sanções graduais; (vi) mecanismos de resolução de conflitos rápidos e baratos; (vii) reconhecimento da autonomia local. Uma oitava condição é apresentada para subsistemas que integram sistemas maiores (como bacias hidrográficas, escolas e departamentos de polícia): (viii) redundância. Instituições locais, regionais e nacionais com competência comum funcionam de modo mais eficiente que uma administração central.²⁴

Esses princípios são quase autoexplicativos. Quando se pretende engajar uma comunidade na gestão de recursos comuns, (i) é preciso definir claramente *quem* é a comunidade e *quais* são os recursos comuns; (ii) as normas devem ser adequadas à cultura, à economia e às práticas locais; (iii) a própria comunidade deve estabelecer as regras, observar seu funcionamento e corrigir falhas. Aos membros do grupo afetados pelas regras deve ser possibilitada a apresentação de suas razões para modificar as regras. Além disso, (iv) o cumprimento das regras deve ser continuamente monitorado, assim como o atingimento do resultado a que elas visam. O monitoramento pode ser feito pelos próprios membros do grupo, ou por alguém responsivo ao grupo. A fiscalização por uma autoridade externa não estimula a cooperação. Ademais, (v) as sanções devem ser graduais. Em arranjos bem-sucedidos, as sanções iniciais são leves, o que estimula sua aplicação. A perda de

-
23. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 14-15.
24. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 91-102.

prestígio e de credibilidade do infrator costuma ser um fator mais relevante de *compliance* do que a sanção em si. Em caso de conflito, (vi) o acesso à justiça (seja ela pública ou privada, jurisdicional ou administrativa) deve ser assegurado. Não há necessidade de mecanismos formais. É mais importante que eles sejam rápidos. Finalmente, (vii) as regras locais devem ter validade no ordenamento jurídico. Adicionalmente, quando se trata de sistemas complexos, (viii) os arranjos locais devem ser suplementados por arranjos regionais e nacionais. Uma política nacional não obsta o estabelecimento de políticas locais, e vice-versa.²⁵

Ao aproveitar o conceito de policentrismo na economia política, Ostrom propôs uma alternativa à estatização e à privatização. Sua robusta pesquisa empírica demonstrou que a dicotomia entre estatização e privatização é reducionista. A depender das características do bem ou serviço (policia-mento, educação, gestão da água, exploração de madeira, pesca, redução da emissão de gases, etc.) e das particularidades de cada comunidade, o autorregramento, a autonomia, a contínua solução de problemas e a redundância criam arranjos normativos mais bem-sucedidos que a regulação por uma autoridade externa, pública ou privada.²⁶ Ou seja, arranjos institucionais policêntricos, formados por unidades pequenas, médias e grandes, podem ser mais adequados à gestão de recursos escassos que o tradicional modelo centralizado-hierárquico. Alguns serviços são prestados de modo mais eficiente em pequena escala. A interação, e mesmo a sobreposição de instituições com as mesmas competências, não são uma situação patológica, mas um arranjo policêntrico saudável.²⁷

Esse modelo criou uma alternativa à estatização e à privatização. A autora recebeu o prêmio Nobel de Economia em 2009.

Embora o raciocínio tenha sido desenvolvido a partir teoria dos jogos aplicada à administração de recursos naturais limitados, não é difícil transpô-lo ao direito. A teoria dos jogos é suficientemente abstrata para permitir

25. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015, p. 91-102.

26. OSTROM, Elinor. *Governing the Commons: The evolution of institutions for collective action*. Cambridge: Cambridge University Press, 2015; OSTROM, Elinor; GARDNER, Roy; WALKER, James. *Rules, Games, and Common-Pool Resources*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1994; OSTROM, Elinor; PARKS, Roger; WHITAKER, Gordon. *Patterns of Metropolitan Policing*. Cambridge: Ballinger, 1978.

27. ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 241.

raciocínio por analogia: problemas policêntricos encontram soluções adequadas em arranjos normativos policêntricos. Cada uma das variáveis deve ser objeto de consideração, solução e resolução, até que se encontre o ponto ótimo. Qualquer problema policêntrico, esteja ele relacionado ou não à gestão de recursos comuns, deve ser resolvido a partir do estabelecimento de arranjos normativos complexos, customizados e aderentes à realidade local.

Se um problema policêntrico dá origem a um litígio, como, então, tornar o processo jurisdicional um meio adequado para a solução desse complexo conflito de interesses? E como satisfazer, pela via processual, as oito condições identificadas por Elinor Ostrom para a criação de arranjos normativos bem-sucedidos? Atribuir a um juiz (uma autoridade externa) a função de reformar uma instituição para conformá-la ao direito parece contradizer o princípio do autorregramento. Mais do que isso, parece confiar ingenuamente ao Poder Judiciário – uma instituição nem rápida, nem barata – o desenvolvimento de arranjos normativos bastante específicos.

2.3. UM PROBLEMA IMPRÓPRIO PARA A JURISDIÇÃO?

The Logic of Liberty teve grande impacto sobre Lon Fuller. A sugestão de Polanyi de que o direito seria um sistema policêntrico lançou luzes sobre a questão que inquietava Fuller desde os anos 1950: quais problemas podem ser definidos pelo Judiciário, quais são próprios ao mercado e quais devem ser resolvidos politicamente?²⁸ Quais são, em síntese, os limites da jurisdição?²⁹

Fuller encontrou no policentrismo um critério objetivo para definir as fronteiras da função jurisdicional. Em seu influente³⁰ ensaio *The forms and limits of adjudication*, o autor visualizou a jurisdição, antes de tudo, como uma forma de ordenação social. Em vez de compará-la com outras funções do Estado, como a legislativa e a executiva, Fuller a contrastou com outros mecanismos formais de normatização da realidade: os contratos e

28. ALIGICA, Paul D; TARKO, Vlad. Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond. *Governance: An International Journal of Policy, Administration, and Institutions*, v. 25, n. 2, p. 237-262, abr. 2012, p. 240.

29. FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978.

30. Seu estudo pautou não apenas o debate sobre a função do juiz em litígios tradicionais e em litígios estruturais, mas também a discussão quanto ao papel dos meios alternativos de resolução de conflitos. V. BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1274.

as eleições. Os três institutos seriam, em suas palavras, meios pelos quais as pessoas regulam suas relações entre si.³¹ O que diferenciaria esses três institutos, para ele, seria o modo de participação. Num contrato, os afetados participam por meio de negociação. Nas eleições, pelo voto. E, na jurisdição, pela apresentação de provas e argumentos.³²

Essa perspectiva peculiar é explicada pelo fato de Fuller integrar a escola hoje conhecida por *legal process theory*, ou *process jurisprudence*. O termo *process*, neste contexto, nada tem a ver com processo jurisdicional. O que essa corrente buscava, ao caracterizar o direito como um processo, era acentuar que o direito é muito mais do que um conjunto estático de normas jurídicas. O direito é um processo contínuo de criação, interpretação e aplicação de normas. É também um constante orientador de condutas.³³ O termo *process*, portanto, deve ser compreendido no sentido de continuidade, dinâmica, interação.

A *legal process theory* foi uma reação ao realismo jurídico, que dominou o pensamento norte-americano nos anos 1930 e 1940. Os realistas defendiam uma separação rígida entre moral e direito. Para eles, normas jurídicas operariam simplesmente comandando resultados específicos. Já os teóricos do *legal process* – Fuller dentre eles – enxergavam interações mais complexas entre diversos sistemas de ordenação. Os tribunais seriam apenas um dentre vários mecanismos de regulação da vida social. Para além deles, também o legislativo, a administração, os mercados e associações privadas, por exemplo, teriam função normativa. Cada um desses sistemas seria mais adequado para resolver determinados tipos de problema. O objetivo de Fuller era identificar os problemas mais adaptados à resolução jurisdicional.³⁴

Ao caracterizar a jurisdição pela forma de participação dos interessados, Fuller definiu a função jurisdicional pelo procedimento. A forma, contudo, tem um importante impacto sobre o conteúdo. Porque a jurisdição é caracterizada pela apresentação adversarial de provas e argumentos, ele afirma, a

31. FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 357.

32. FULLER, Lon. The forms and limits of adjudication. *Harvard Law Review*, v. 92, n. 2, p. 353-409, dez. 1978, p. 363-365.

33. BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1294.

34. BONE, Robert G. Lon Fuller's theory of adjudication and the false dichotomy between dispute resolution and public law models of litigation. *Boston University Law Review*, v. 75, n. 5, p. 1273-1324, nov. 1995, p. 1276-1277.

AS RAZÕES DO DECLÍNIO: O OCASO DA REFORMA ESTRUTURAL NOS ESTADOS UNIDOS

3.1. A DIFÍCIL COMPROVAÇÃO DE UM PADRÃO DE CONDUTA E DA PROBABILIDADE DE SUA REPETIÇÃO

Processos estruturais visam à modificação de um padrão de conduta, não à reparação do dano causado por uma conduta isolada. O enfoque sobre uma política institucional ou comportamento reiterado tem a vantagem de facilitar a prova da violação ao direito. A observação de um padrão comportamental permite afastar concausalidades que a perspectiva estreita do processo tradicional não elimina.

Essa característica é especialmente relevante em casos de discriminação. Embora seja fácil a um agente fundamentar seu comportamento discriminatório em parâmetros objetivos, é bastante difícil esconder um padrão de conduta. Mostrar a floresta é mais fácil que identificar uma árvore.

Uma primeira dificuldade no manejo de processos estruturais surge justamente na forma de comprovação desse padrão comportamental ou prática perversa. Como inferir uma prática sistêmica a partir de casos aparentemente isolados? A ocorrência de um ato é suficiente para demonstrar a possibilidade de repetição? É preciso demonstrar uma prática reiterada? Quão especulativa, afinal, pode ser uma demanda?

É possível identificar duas linhas decisórias bem definidas na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. Até meados dos anos 1970, a alegação de uma conduta antijurídica persistente, mesmo que omissiva, acompanhada de demonstração de um padrão estatístico, era suficiente para justificar a necessidade de tutela estrutural.¹ Aos poucos, contudo, essa orientação sofreu profundas modificações.

1. *V. Hague v. CIO*, 307 U.S. 496 (1939); *Lankford v. Gelston*, 364 F.2d 197 (4th Cir. 1966); *Schnell v. City of Chicago*, 407 F.2d 1084 (7th Cir. 1969); *Build of Buffalo, Inc. v. Sedita*, 441 F.2d 284 (2d Cir. 1971); *Lewis v. Kugler*, 446 F.2d 1343 (3d Cir. 1971); *Allee v. Medrano*, 416 U.S. 802 (1974); *Calvin v. Conlisk* 520 F.2d 1 (7th Cir. 1975).

A primeira indicação de uma guinada interpretativa veio em 1973, em *Gilligan v. Morgan*.² A ação foi ajuizada por alunos e funcionários de uma universidade após a polícia estadual reprimir violentamente uma manifestação pacífica. Eles alegavam violação à liberdade de expressão e ao direito de reunião e reclamavam de brutalidade policial, que resultara em mortos e feridos. O evento é conhecido como *Kent State massacre*. O pedido era a proibição de ação policial repressiva prematura e desarrazoada. Contudo, entendeu a Suprema Corte que a resolução da questão demandava a existência de “um padrão de treinamento, armamento ou de ordens (...) que exigia ou tornava inevitável o uso de força letal” em condições em que o uso de meios menos drásticos seria suficiente.³

A Corte extinguiu a ação sem resolução de mérito por considerar que não cabia ao Judiciário envolver-se em questões para as quais não havia uma norma a ser aplicada. Essa tarefa exigiria a consideração de inúmeras alternativas, dessemelhantes em custo e eficácia – uma avaliação que o Judiciário não estava preparado para fazer.⁴

Essa decisão poderia acabar com a reforma estrutural, pois é justamente o policentrismo extrajurídico que caracteriza esse tipo de litígio. Mas, a despeito de essa ter sido a *ratio decidendi*, ela jamais foi replicada em decisões posteriores. Os fundamentos que geraram frutos foram articulados num voto concorrente.⁵ Nele, afirmou-se que o caso deveria ser extinto porque baseado “num único, isolado e trágico evento”. Alegações especulativas de um dano incerto não sustentariam o interesse de agir da coletividade.⁶

No ano seguinte, a Suprema Corte decidiu *O’Shea v. Littleton*,⁷ um caso em que o próprio Judiciário foi alvo de um pedido de reforma estrutural. Na ação coletiva, buscava-se uma *injunction* contra os juízes estaduais de primeiro grau. Alegava-se que os magistrados locais reiterada e voluntariamente impunham condenações, fianças e condições de cumprimento de sentença mais duras contra réus negros do que contra réus brancos. Arguia-se ainda

2. 413 U.S. 1 (1973).

3. *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 3-4 (1973).

4. *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 8 (1973).

5. *Concurrence*, ou *concurring opinion*, é a decisão que chega à mesma conclusão da maioria, mas por fundamento diverso. O voto concorrente pode demonstrar importantes características daquele julgamento, como a solidez do precedente nele estabelecido, a ausência de um precedente ou uma tendência a ser desenvolvida em casos posteriores.

6. *Gilligan v. Morgan*, 413 U.S. 1, 13-14 (1973).

7. 414 U.S. 488 (1974).

que o comportamento judicial seria ainda mais rigoroso contra réus negros politicamente engajados, como aqueles que organizavam ou participavam de boicotes contra comerciantes alegadamente racistas.⁸ Os autores pediam a proibição das práticas inconstitucionais.

A Suprema Corte, entretanto, extinguiu o processo sem resolução do mérito. Para a maioria, nesse caso, eventual lesão a direito era tão hipotética que a narrativa dos fatos sequer constituiria um “caso ou controvérsia” suficientemente concretos para apreciação jurisdicional.⁹

A ocorrência de violações era um importante indicativo da probabilidade de repetição da conduta. Mas “a exposição a condutas ilegais passadas não demonstra, por si só, a existência de um caso ou controvérsia que demande tutela injuntiva (...) se desacompanhada de efeitos adversos atuais e contínuos”.¹⁰ Embora o voto vencido tenha considerado que a inicial descrevera de modo suficiente um padrão de conduta ilegal e continuado,¹¹ o voto vencedor entendeu que a simples alegação seria insuficiente. A legitimidade para ajuizar a ação dependeria da alta probabilidade de os autores da demanda serem futuramente presos, denunciados, processados e condenados injustamente – uma sucessão de eventos considerada improvável: “parece-nos que a tentativa de prever se e quando um dos autores será acusado de praticar um crime e, assim, submetido ao julgamento dos réus, nos leva à área da especulação e da conjectura”.¹²

A Suprema Corte passou, assim, a exigir muito mais que a mera demonstração de um padrão de conduta passado. Passou a exigir a demonstração da possibilidade de repetição da conduta no futuro, um requisito de difícil

8. *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 506 (1974).

9. Nos Estados Unidos, assim como no Brasil, considera-se que o Judiciário não tem função consultiva. Requer-se, portanto, que sua atuação consista na resolução de um conflito. A linguagem que fundamenta esse entendimento, contudo, é diversa. No Brasil, o artigo 5º, XXXV, da Constituição, afirma que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nos Estados Unidos, o artigo III, seção 2, da Constituição, prevê que “o poder judicial [federal] abrange todos os casos [ou controvérsias] (...) que surjam com fundamento na Constituição, nas leis (...) ou tratados (...)”. Daí a exigência de que a atuação jurisdicional ocorra no bojo de um caso concreto.

10. *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 495-496 (1974).

11. *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 506-509 (1974).

12. *O’Shea v. Littleton*, 414 U.S. 488, 497 (1974).

comprovação.¹³ A decisão não deixou claro de que forma os autores coletivos poderiam se desincumbir desse ônus.

A princípio, não se sabia qual seria o impacto dessa decisão. O'Shea veiculava um pedido de intervenção no próprio Judiciário. Talvez por corporativismo, ou pela garantia do duplo grau de jurisdição, a Suprema Corte tivesse elevado os requisitos para obtenção de uma tutela preventiva.¹⁴ Mas essa *ratio* ganhou força dois anos depois, em *Rizzo v. Goode*.¹⁵

3.2. PREVENÇÃO OU CONJECTURA?

Em *Rizzo v. Goode*, os autores coletivos comprovaram que uma série de abusos praticados por policiais na Philadelphia jamais foram averiguados ou punidos.¹⁶ Os autores não alegavam uma política pública inconstitucional, mas uma reiterada omissão da polícia em apurar casos de abuso de autoridade. Essa postura negligente, segundo eles, deixaria os agentes à vontade para extrapolar seus poderes.¹⁷ Os agentes responsáveis pelos atos específicos de violência não constaram do polo passivo. Os réus eram apenas os chefes do departamento de polícia, dada sua competência para exercer poder disciplinar.¹⁸

O juízo de primeiro grau julgou procedente a demanda e determinou a criação de um “programa abrangente para aperfeiçoar o tratamento das reclamações dos cidadãos sobre má conduta policial”.¹⁹ A decisão foi mantida em segunda instância, que confirmou a inadequação dos procedimentos disciplinares então existentes.²⁰

13. A exigência criada pela Corte tornou-se conhecida como *equitable standing doctrine*. Sobre a quase impossibilidade de obter uma *injunction* após O'Shea, v. FISS, Owen. Dombrowski. *The Yale Law Journal*, v. 86, n. 6, p. 1103-1164, mai. 1977, p. 1154.

14. FISS, Owen. Dombrowski. *The Yale Law Journal*, v. 86, n. 6, p. 1103-1164, mai. 1977, p. 1154.

15. 423 U.S. 362 (1976).

16. Os autores comprovaram a ocorrência de 16 incidentes envolvendo violação a direitos constitucionais no período de um ano. Em sete desses casos foram apresentadas reclamações pelas partes ofendidas. Quatro delas foram recebidas, mas nenhuma providência foi adotada contra os policiais envolvidos. *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 368 (1976).

17. Notes. *Rizzo v. Goode: Federal Remedies for Police Misconduct*, *Virginia Law Review*, v. 62, n. 7, p. 1259-1284, nov. 1976, p. 1260.

18. *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362 (1976).

19. *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 365 (1976).

20. 506 F.2d 542, 548 (3d Cir. 1974).

A Suprema Corte, todavia, cassou a decisão. Aplicando o precedente estabelecido em *O'Shea*, a Corte declarou que a comprovação de abusos passados era insuficiente para demonstrar a probabilidade de ilegalidades futuras. Para a Corte, a suposta ameaça a direito, em *Rizzo*, seria ainda mais hipotética e conjectural do que aquela verificada em *O'Shea*. Para a maioria dos Ministros, uma amostra de aproximadamente 20 incidentes numa cidade de 3,5 milhões de habitantes e 7.500 policiais não seria suficiente para comprovar um padrão ou prática perversiva. Os comportamentos questionados em *Rizzo* (abuso de poder, corporativismo e omissão administrativa) seriam incidentes isolados e típicos de qualquer departamento de polícia de uma grande metrópole. Não haveria nada de especial que justificasse uma intervenção judicial especificamente no departamento de polícia da Philadelphia.²¹

Tanto *O'Shea* quanto *Rizzo* tiveram três votos vencidos. Em ambos os casos, os Ministros dissidentes sustentaram que a alegação de um padrão de conduta passado seria suficiente para demonstrar a probabilidade de que a violação a direitos seria repetida no futuro.

E, em ambos os casos, a maioria entendeu que haveria alternativas mais adequadas à reforma judicial estrutural. Em *O'Shea*, a Corte argumentou que a prática de ato discriminatório por um juiz poderia dar origem a uma ação individual de reparação de danos e, inclusive, à perseguição criminal do magistrado. Em *Rizzo*, a Corte deu a entender que casos de abuso policial seriam solucionados de forma mais adequada pela tutela ressarcitória individual. Embora seja verdadeiro que o processo individual era uma via disponível em ambos os casos, a Suprema Corte não percebeu que a comprovação de conduta abusiva ou discriminatória pode ser impossível quando a amostra é reduzida a um único caso.

Escrevendo em 1980, Theodore Eisenberg e Stephen Yeazell argumentaram que duas peculiaridades distinguiriam *Rizzo* dos litígios estruturais mais comuns e, por isso, dificilmente essa decisão se tornaria precedente para casos futuros. A primeira seria a fragilidade do mérito. Não se questionava uma política institucional, mas os efeitos adversos de uma omissão aparentemente não deliberada. A ação questionava uma violação de fato, não de direito. Alegavam-se falhas na apuração de casos de excesso, não uma decisão voluntária e consciente de abafar esses episódios e dar carta branca à violência policial.²² A segunda seria a tênue conexão entre os réus

21. *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 372 (1976).

22. *Rizzo v. Goode*, 423 U.S. 362, 372 (1976). V. Notes. *Rizzo v. Goode: Federal Remedies for Police Misconduct*, *Virginia Law Review*, v. 62, n. 7, p. 1259-1284, nov. 1976, p. 1271.

(os chefes), os agentes que praticaram o ato questionado (agentes específicos) e as pessoas contra quem uma ordem operaria (todos os agentes do departamento de polícia).²³

A essas duas especificidades pode-se acrescentar uma terceira: a preocupação da Corte em não autorizar uma enxurrada de ações estruturais questionando condutas episódicas, ainda que típicas de qualquer departamento de polícia. Intervir no departamento de polícia da Philadelphia justificaria intervir em praticamente todos os departamentos de polícia de grandes centros urbanos. Decidir *Rizzo* em sentido contrário provavelmente inauguraria um novo ciclo de reforma estrutural.

A previsão de Eisenberg e Yeazell não se confirmou. A despeito das particularidades de *Rizzo*, essa linha decisória foi consolidada em *City of Los Angeles v. Lyons*.²⁴ O caso também questionava a violência policial.

Adolph Lyons, um homem negro de 24 anos, foi parado pela polícia de Los Angeles por dirigir com uma das lanternas traseiras queimada. Ao sair do veículo, deparou-se com dois policiais empunhando suas armas. Lyons recebeu ordem de encostar no veículo, colocar as mãos atrás da cabeça e abrir as pernas. Não foram encontradas armas durante a revista. Enquanto abaixava os braços, Lyons recebeu um golpe de estrangulamento²⁵ que o deixou inconsciente e causou danos permanentes à sua laringe. Quando recobrou a consciência, ele estava de bruços, cuspiendo sangue, urinado, defecado, incapaz de falar e com uma multa de trânsito.²⁶

Lyons ajuizou uma ação requerendo o ressarcimento dos danos que sofreu (pedido individual) e a restrição do uso do estrangulamento a situações em que o policial estivesse em perigo (pedido coletivo). Ele comprovou que, no curso de um ano, 16 pessoas morreram em razão de estrangulamentos aplicados por policiais. Embora apenas 9% da população de Los Angeles fosse negra, 75% das vítimas fatais eram homens negros. Lyons comprovou ainda que o estrangulamento era o procedimento de controle mais utilizado pela polícia de Los Angeles. Entre fevereiro de 1975 e julho de 1980, o golpe

23. EISENBERG, Theodore; YEAZELL, Stephen C. The ordinary and the extraordinary in institutional litigation. *Harvard Law Review*, v. 93, n. 3, p. 465-517, jan. 1980, p. 504-505.

24. 461 U.S. 95 (1983).

25. Popularmente conhecido como *chokehold* nos Estados Unidos, ou “mata-leão”, no Brasil.

26. *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 97-98, 114-115 (1983).

fora utilizado em 975 ocasiões, o que representava mais de três quartos de todas as alterações entre polícia e cidadãos.²⁷

O juízo de primeiro grau concedeu a ordem e proibiu o uso do estrangulamento pelas autoridades policiais salvo em caso de perigo. Determinou também o desenvolvimento de um programa para que os oficiais de polícia recebessem treinamento para uso adequado dessa técnica. O tribunal manteve a decisão.

A Suprema Corte, contudo, cassou a decisão. Por 8 a 1, a Corte entendeu que o pedido injuntivo coletivo não era fundado num caso ou controvérsia concreta, mas em mera especulação. O processo poderia continuar com relação ao pedido individual de indenização. Afinal, Lyons sofrera um dano tangível. Mas, para proibir o uso do estrangulamento pelas autoridades policiais, o autor deveria demonstrar fundado receio, baseado em evidências concretas, de que sua experiência individual seria repetida. Nas palavras da Corte, para demonstrar a ameaça a seu direito, Lyons deveria “não apenas alegar a possibilidade de um novo encontro com a polícia, mas também fazer a incrível asserção (...) de que todos os policiais de Los Angeles sempre estrangulam qualquer cidadão com quem interagem”.²⁸

A decisão inviabilizou qualquer medida orientada ao futuro caso a chance de repetição da conduta fosse incerta, o que impactou diretamente litígios estruturais. O altíssimo grau de certeza exigido pela Corte bloqueou a via coletiva justamente nos casos em que ela seria mais importante: quando se discute uma discriminação de fato, insidiosa, oculta, não expressa, não positivada, não admitida, ou mesmo inconsciente, cuja comprovação só seria possível quando se observa o contexto.²⁹

Nos anos seguintes, esses precedentes foram invocados para extinguir sem análise do mérito ações que questionavam práticas policiais humilhantes,³⁰ desnecessariamente violentas,³¹ ou que infligissem danos físicos a

27. *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 100, 116 (1983).

28. *City of Los Angeles v. Lyons*, 461 U.S. 95, 105-106 (1983).

29. Sobre o importante papel do Judiciário no combate às práticas discriminatórias inconscientes, v. LAWRENCE, Charles R. III. The id, the ego, and equal protection: reckoning with unconscious racism. *Stanford Law Review*, v. 39, n. 2, p. 317-388, jan. 1987.

30. *Stewart v. Lubbock County*, 767 F.2d 153, 155 (5th Cir. 1985), em que se questionava a política local de promover revistas pessoais com o revistado nu.

31. *Curtis v. City of New Haven*, 726 F.2d 65 (2d Cir. 1984), em que se buscava conter o uso indiscriminado de um dispositivo à base de cloroacetofenona, uma substância

detentos.³² Em nenhum processo um autor conseguiu demonstrar a probabilidade de ser vítima novamente de uma dessas condutas.

Ao afirmar que os autores deveriam demonstrar a alta probabilidade de eles, pessoalmente, sofrerem novamente o mesmo dano, o tribunal confundiu os planos individual e coletivo. Ora, se o pedido injuntivo se relaciona à tutela do grupo, deveria bastar a demonstração de que a repetição da conduta questionada poderia afetar um dos membros da coletividade.

É difícil compreender o raciocínio empregado pela Suprema Corte em termos estritamente jurídicos. O erro lógico em tomar o grupo pelo autor é evidente demais para ser considerado com seriedade.³³ Por isso, a doutrina fornece explicações alternativas. Para Owen Fiss, esses precedentes escondem, sob a aparência de argumentação técnica, “o desejo de insular o *status quo* da interferência judicial, independentemente de a instituição protegida ser judicial, legislativa ou administrativa”.³⁴

Enquanto Fiss vê nessa série de decisões um movimento hostil ao protagonismo judicial, Myriam Gilles enxerga ativismo conservador. Ela destaca a facilidade com que a Suprema Corte se afastou dessa linha decisória para impor valores conservadores. Em uma série de casos³⁵ que questionavam a utilização de cotas raciais para seleção de candidatos em universidades, o tribunal não exigiu que os autores comprovassem a probabilidade de sofrerem um novo dano. Assim, julgou o mérito e declarou inconstitucionais cotas

cancerígena. O produto, conhecido como *mace*, reúne *spray* de pimenta, gás lacrimogêneo e tinta para futura identificação do suspeito.

32. *Knox v. McGinnis*, 998 F.2d 1405, 1413 (7th Cir. 1993), em que se requeria a proibição de um dispositivo conhecido como *black box*, que mantinha os membros superiores e inferiores do preso atados a seu torso. Atualmente, alguns Estados voluntariamente proibiram a utilização desse aparato nas costas dos detentos, dada a alta probabilidade de ocasionar lesões. É o caso da Flórida.
33. Além da confusão entre processo individual e coletivo, a Suprema Corte embaralhou também dois pressupostos sob o mesmo rótulo: *case or controversy* e *standing to sue*. Para uma análise aprofundada desses requisitos e da ambiguidade causada pela Suprema Corte, v. Notes. Rizzo v. Goode: Federal Remedies for Police Misconduct, *Virginia Law Review*, v. 62, n. 7, p. 1259-1284, nov. 1976, p. 1264-1268.
34. FISS, Owen. Dombrowski. *The Yale Law Journal*, v. 86, n. 6, p. 1103-1164, mai. 1977, p. 1159-1160.
35. *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 US 265 (1978); *Gratz v. Bollinger*, 539 U.S. 244 (2003); *Grutter v. Bollinger*, 539 U.S. 306 (2003).

raciais. Em uma das decisões, a Corte reformou integral e detalhadamente o programa de admissões da Universidade de Harvard.³⁶

Ainda que juridicamente frágil, o precedente estabelecido nessa série de casos continua aplicável. *Gilligan*, *O'Shea*, *Rizzo* e *Lyons* nunca foram superados. Ao longo das últimas quatro décadas, eles estabeleceram uma barreira quase intransponível à tutela preventiva – e, por consequência, à reforma estrutural. Ausente um padrão de conduta comissiva demonstrável de plano e capaz de gerar ameaça direta ao autor da ação coletiva, a ação será considerada excessivamente especulativa e não preencherá o requisito constitucional que exige um caso ou controvérsia concreta.³⁷

Ainda que se demonstre o padrão pervasivo e a alta probabilidade de repetição da conduta, há ainda, nos Estados Unidos, barreiras infraconstitucionais ao ajuizamento de ações estruturais.

3.3. A PROBLEMÁTICA VISUALIZAÇÃO DE QUESTÕES COMUNS

O mundo possui aproximadamente 8 bilhões de habitantes. Esse dado, por si só, não permite juízo de valor. Para emitir sobre ele um juízo de valor, é preciso compreendê-lo em contexto. Há diversas maneiras de fazê-lo. Uma destaca sua grandeza: se todos os seres humanos dessem as mãos, seria possível cruzar o Equador 175 vezes. Outra comparação destaca sua pequenez: se todas as pessoas da Terra se aglomerassem para assistir a um concerto, elas ocupariam menos de 3.000 quilômetros quadrados – duas vezes a cidade de São Paulo. Todo o restante do globo ficaria inabitado. Se 8 bilhões de pessoas é um número grande ou pequeno, depende do observador e do ponto de referência. É, em última análise, uma questão de escolha.

A regra 23(a)(2) das *Federal Rules of Civil Procedure* exige, para a propositura de uma *class action*, que haja questões de fato ou de direito co-

36. GILLES, Myriam. An autopsy of the structural reform injunction: oops... it's still moving, *University of Miami Law Review*, v. 58, n., 1, p. 143-171, out. 2003, p. 169-171.

37. Em 1994, após mais um episódio de brutalidade policial ganhar as manchetes e gerar violentos conflitos, o Congresso aprovou lei atribuindo legitimidade ao *Attorney General* para ajuizamento de ação coletiva para eliminar um padrão ou prática inconstitucional em departamentos de polícia (42 U.S.C. § 14141). O fato que motivou o Congresso a legislar foi o infame espancamento de Rodney King, documentado em vídeo, e a subsequente absolvição de seus agressores. Curiosamente, não há registros de que a Suprema Corte tenha negado a existência de um caso concreto quando a ação foi proposta pelo *Attorney General*. V. RUSHIN, Stephen. Competing case studies of structural reform litigation in American police departments. *Ohio State Journal of Criminal Law*, v. 14, n. 1, p. 113-142, outono de 2016.