

CADERNO DIREITO GV

V. 1, N. 8 novembro 2005

ISSN 1808-6780

Novembro 2005 São Paulo – SP

**Publicação Bimestral da Fundação Getúlio Vargas Escola de Direito de São
Paulo (DIREITO GV)**

TIRAGEM: 600 EXEMPLARES

**© CDG - Cadernos Direito GV, NOVEMBRO 2005 – São Paulo Ed. Fundação Getúlio Vargas
ISSN 1808-6780 BIMESTRAL**

**Revista da Escola de Direito de São Paulo (DIREITO GV) da Fundação
Getúlio Vargas**

EDITORES

Novembro, 2005, José Rodrigo Rodriguez.

INCLUI BIBLIOGRAFIA

1. DIREITO – PERIÓDICOS. I. São Paulo. DIREITO GV Todos os direitos desta edição são reservados à ED. FGV.

DISTRIBUIÇÃO

Comunidade científica: 600 exemplares

REVISÃO

Ana Mara França Machado (estagiária) DEG-FGV-EAESP

PRODUÇÃO INDUSTRIAL

Impressão e acabamento: Gráfica FGV Data da Impressão: Novembro/2005
Tiragem: 500

PERIODICIDADE

Bimestral

CORRESPONDÊNCIA

Rua Rocha, 233, 7º andar – Bela Vista CEP 01331-050 – São Paulo – SP - Brasil
Tel: (11) 3281-3304 / 3310 www.edesp.edu.br Email: revistadireitogv@fgvsp.br

CADERNO DIREITO GV
V. 1, N. 8 Novembro 2005

VERSÃO EM INGLÊS

MODELOS DE ADJUDICAÇÃO/ MODELS OF ADJUDICATION

**Transcrição da apresentação do professor *Owen Fiss* (Yale Law School):
Salão Nobre da Fundação Getúlio Vargas - São Paulo, 13 de junho de
2005 Organização: DIREITO GV e IDESP.**

Transcription of Presentation by Professor Owen Fiss (Yale Law School)

Paulo Eduardo Alves da Silva (Pesquisador Direito GV): Boa tarde. Este é mais um evento da Escola de Direito de São Paulo da FGV. Gostaria de registrar a presença dos alunos e agradecer às pessoas que vieram de outras instituições. Vamos apresentar o Professor Owen Fiss, que estamos recebendo com toda a honra e iniciar os debates.

(Para o Prof. Owen Fiss:) É uma honra para todos nós ter o senhor aqui, conosco.

O Professor Owen Fiss é *Sterling Professor* da Yale Law School. Formado pela Harvard Law School, foi assistente do Juiz Thurgood Marshall, da Corte de Apelação do Segundo Circuito, e também foi assistente do Juiz da Suprema Corte Norte-Americana, William Brennan. Foi professor em Chicago durante seis anos, professor visitante em Stanford e hoje leciona em Yale, onde é *Sterling Professor* (Professor Titular) desde 1992.

Discutimos alguns textos do Professor Fiss aqui na Escola, preparando-nos para esse debate e pudemos perceber sua singularidade entre os professores de direito processual. Seus textos exploram algo que buscamos para o estudo do processo civil: uma ciência não apenas procedimental, um processo civil que transite pelo Direito Constitucional e, eventualmente, pela Teoria do Direito. Um processo civil mais amplo e profundo do que o processo civil tradicional, que domina a ciência brasileira. Esse é o projeto dos

processualistas dessa Escola. Inclusive por isso, é interessante termos aqui o Professor Fiss. Discutimos também, nessas reuniões preparatórias, alguns textos de sua obra *The irony of free speech*, recentemente traduzido por Caio Mário da Silva Pereira Neto, aqui presente. A palestra e o debate de hoje são sobre os diferentes modelos de adjudicação - “Models of Adjudication”. Passo, imediatamente, a palavra ao Professor Fiss.

Aceitaremos perguntas em inglês e português.

Prof. Fiss: On a bright, maybe not as bright as today in São Paulo, but on a bright Sunday morning in May 1954, the Supreme Court of the United States handed down its decision in a case known as *Brown Versus the Board of Education*. That decision, as a purely technical matter, held unconstitutional a system of student assignment that assign black children to one set of schools and white children to another set of schools. But even more fundamentally than suggested by my technical description of the decision, the Supreme Court decreed the liquidation of the racial cast system that had characterized America for several centuries. And the Supreme Court put the federal judiciary at the center of this task of eradicating and liquidating the cast structure. What emerged from this reconstructive project is a new form of adjudication that I call structural reform. Adjudication is a process by which the values of some authoritative legal text, such as the constitution, are given concrete meaning an expression in our daily lives. Structural reform part takes of the same social functions, but reflects the fact that in the contemporary world, the basic threat to constitutional values arises not primarily from individuals, but rather from the large-scale bureaucratic organizations that dominate society.

The *Brown* case itself involved the public school systems of the nation, but over the course of the next several decades, this model of adjudication that I call structural reform, spread to prisons, institutions for the mentally disabled, police department, housing projects, social welfare agencies in time to scope a structural reform included the entire breath of the modern state.

The idea of structural reform is also predicated on the view. That the threat that is posed by

these bureaucratic organizations will not be eliminated unless these organizations are in some fundamental sense reorganized. And the courts used the disposals at its hands not so much the criminal prosecution, not so much the damaged judgment, but rather the injunction as the instrument of this reorganization. The adjunction had been a traditional classic remedy in an Anglo-American jurisprudence, but for the most part in the past it had been confined to stopping some discreet, isolated incident or event. But in the hands of the federal judiciary, who embarked on the liquidation of the cast system, and the reorganization of the bureaucracies that [inaudible] wrote it, the injunction was not an instrument to stop some discreet event, but rather the injunction became the formal medium to which the judge directed and managed the reconstruction of ongoing institutions.

Now, for most of its life, the concept of the structural injunction has been just opposed with another model of adjudication. A model that I call dispute resolution. A model of adjudication that was invisible during the '60s and early '70s, but became increasingly salient during the late '70s and throughout the '80s and '90s as the social democratic state that existed in America in the '60s and early '70s became under increasing attack, as did the structural injunction. And the inherence of the dispute resolution model drew heavily on the ideologies than ascending in America, the ideology of market capitalism and theories of *laissez faire*.

Now, the dispute resolution model much like classical liberalism itself is often associated with the story that takes place in the state of nature. In the dispute resolution story we are asked to imagine two neighbors living side by side, fighting over a single piece of property. They discuss their differences, while one has a claim as opposed to the other, they reach an impasse, they can't go any further by talking, and then once they reach this impasse, they turned to a stranger, a party that has no pre-existing relationship to either one, and ask that stranger to resolve the dispute. In the dispute resolution model, the judiciary is but the institutionalization of the stranger and the process the stranger uses is called adjudication.

Now, the story is not meant as an argument for the primacy of dispute resolution as a model of adjudication, but it I think it is useful to reflect upon the story because it reveals the

premises that underlie the dispute resolution model and that are fundamentally challenged by what I called the structural reform.

First, the dispute resolution model is situated in a sociological and impoverished universe. In dispute resolution there are only individuals: the two neighbors. There are none of the sociological entities that so dominate our modern life. There is no place in the dispute resolution story for the social groups found in contemporary litigation like racial minorities, the prisoners, the inhabitants of a mental institution. In the dispute resolution story there is no place for the bureaucracies of the modern state. It isn't their world. It is entirely composed of individuals.

As a result of this individualistic orientation in dispute resolution, the lawsuit is primarily imagined as a bipolar or binary antagonism one neighbor by against another neighbor with a judge as a neutral empire sitting in the middle. Once you introduce the sociological entities that I spoke of, namely social groups and bureaucratic organization, you can no longer think of the party structure of a lawsuit in simple binary terms. There are countless parties that are way one against the other. Not only are there multiple parties, but when you begin to think of social groups and bureaucratic organizations, you begin to understand the internal contradictions that may exist within these groups and within these organizations further complicating the party structure. In the structural lawsuit it is not permissible to think of party structure in this bipolar binary fashion. What you have to think about rather is a way of multitude parties disagreeing over a number of issues that divide them. The simple dichotomy of the dispute resolution model collapses.

Secondly, I ask you to think back again to the dispute resolution story. In that story all values are privatized. In that story there is a foundation of dispute resolution. We do not have what I call public values. Instead, what we have are the private desires or preferences of the neighbors. The dispute resolution story tells you that the stranger, who soon becomes the judge, has to resolve the conflicting desires of these two neighbors, but it does not set the standards by which this dispute should be resolved. Indeed, if you reflect on it, even flipping a coin would be a permissible basis for resolving the dispute. The only thing that

the dispute resolution story tells you is that we must resolve this dispute in a way that avoids the break out of violence and perhaps there is also the implicit premise, so present in market ideology, namely that the method of resolution must be one to maximize the satisfaction of preferences over time.

Now, the starting point for structural reform is quite different than that of dispute resolution. In *Brown Versus the Board of Education* we will not be dealing with the private desires or preferences of individuals. What we will be dealing with are values that were given authoritative status in the constitution. That the constitution was not merely a text that established the government but a constitution also made authoritative certain values that were to govern the operations of the state. *Brown* itself only involved the ideal of a quality and during the '60s that ideal was transcending in American society, but equality understood as it was in the '60s in America only had a representational significance. Equality stood for the public values that constituted the morality that gave America its identity and coherence. Equality is a public value, liberty, privacy, freedom of speech, do process, are the kind of values that constitute our public morality and the function of structural reform was to give, as I said, at the outset concrete expression and meaning to these values. The purpose of structural reform is not to maximize the satisfaction of private desires or preferences, but rather to give the right meaning to these public values that so define the nation.

A third supposition of the dispute resolution model is and this is shared by at least John Locks version of the state of nature. A third supposition of the dispute resolution model is that the status quo is just. That we live in a natural harmony and a just situation. The concept of a dispute identifies an event or incident that disrupts the status quo. The function of the dispute resolution is to resolve the disagreement over that event or that incident, and to restore the world to the natural harmony that existed before this dispute erupted. And the function of the dispute resolution, as I said, could be understood as a restoration of the status quo entity.

Structural reform in contrast does not begin with this assumption about the justness of the status quo. Indeed, I think the concept of structural reform is predicated on a certain

skepticism of the justness of the status quo. As a consequence of this skepticism, we find in the structural suit the barriers for initiation considerably lowered, pleading is simple, standing requirements are relaxed, muckiness objections are taken less seriously, the class action and other forms of representative litigation are welcome. I say that these distinctive features of the structural suit reflect its skepticism about the justness of this status quo. Moreover, this skepticism gives a very distinctive cast to the purpose of the remedy.

In dispute resolution the remedy is to restore the status quo anti. In the structural context the purpose of the remedy is not the restoration of the status quo anti, but rather to create a new world, a new social reality. A judge who was embarked in an structural suit involving, say, the Texas prison system and the conditions in that prison system that would deem the formal, cruel and unusual punishment, this judge is not trying to recreate a status quo that existed before, but rather he is trying to reorganize the prisons in such a way as to eliminate this threat of cruel and unusual punishment. And in so doing, will transform the social reality. In a context of dispute resolution you will imagine a very discreet and limited intervention by the court that neighbor gets the property as opposed to the other. But because in the structural setting, the function is not to restore the status quo anti but to bring into existence a new social reality. Invariably, the jurisdiction of the court and its mandate to supervise what is going on will last almost as long as a new social reality that it helped to bring into existing last.

I spoke so far about the individualism of the dispute resolution model. I have spoken secondly about its privatization of ends. I have spoken about its presumption, about the justness of the status quo. The fourth --and I think -- final feature of the dispute resolution model is that it treats to judiciary as an isolated institution.

In the dispute resolution story, think back to the story that I gave you at the outset. In the dispute resolution story when the neighbors want to resolve their dispute, they turned to a stranger, any stranger. And invest that stranger with the authority to resolve the dispute. For them it is almost as tough the judge is an arbitrator. Because that is how arbitrators received their power. And the legitimacy of the stranger was turned into the court is

predicated upon the consent of the parties. They reach an impasse and they invest the stranger with the authority to resolve the dispute.

Now the predicate of structural reform is that judiciary should not be seen in isolation, but rather the judiciary should be understood as a coordinated branch of government. We should not think of the judiciary as this isolated stranger, but rather see the judiciary as an integral part the system of government. Moreover - this is the most important point and perhaps the most contested point – it is wrong to think of the legitimacy that democratic legitimacy of the judiciary in the institution specific way that we thought of the legitimacy of the stranger empowered by the conflicting neighbors. Consent is absolutely central to democratic theory, but the consent that we must insist upon is not a consent to a particular institution, or the outcome of that institution. When we speak about democracy and we talk about consent and popular consent, consent goes to the system not to any particular institution or to the outputs of that institution. Democracy requires us to find a system of government on the popular consent, but we must always insist upon a systemic prospective on that consent. And when we examine the legitimacy of any particular institution within that system we do not demand the kind of institution specific consent imagined by the dispute resolution story. The legitimacy of that institution depends on its integral role within that system and it is claimed to perform a function within that system that it has a unique competence to perform.

Now, my claim is that the judiciary sees its legitimacy from being part of the democratic system and that as part of democratic system it claims its authority as having a unique competence to give concrete meaning and expression to the values made authoritative by the constitution or other legal text.

Now, in speaking about the competency of judges to give meaning to these public values, I am not supposing that judges are philosophic kings, I am not supposing that judges have any particular moral expertise. I think the most remarkable thing about the judiciary in the United States - including the judiciary that rendered *Brown versus Board of Education* - the most remarkable feature of the judiciary of individual judges is how ordinary they are; Is

how indistinguishable they are from our political leaders and from the captains of industry.

Yet, I claim that the judiciary has unique competence to give authoritative meaning to the public values and thrown by the constitution. Not because of this any claim of moral expertise, but rather because the exercises of their power are strictly limited by a very unique set of procedural norms. Judges must listen to grievances they otherwise would prefer to ignore. Judges must hear from all the affected people. Judges must hear the facts and have the law argued in open court. Judges must assume responsibility for the decisions, and perhaps most of all, judges must publicly justify their decisions in terms of accepted principles. Judges not only have to engage in this dialogue, but judges also must remain independent of both the body politic and the individual contestants. And my claim is that because of these procedural requirements of dialogue and independence, judges have a special competence to render the meaning of these values in our practical life.

Indeed, I would say that for us to insist upon any tighter connection between the judiciary and its decisions and popular consent would compromise the independency that is one of the pillars of the authority of the judiciary.

Now for most of its life, structural reform has had to deal with a challenge that came from inherence of dispute resolution. Inherence that will often associated with the defense of the market as I said, theories of *laissez faire* in part because you could see in a moment, you could see in a moment the similarity of the underline premises of *laissez faire* and dispute resolution. Its individualism, its privatization of all values, its assumption of the justness of the status quo and its insistence upon individual consent, such as the neighbors are able to give as the grounds of legitimacy.

Last year, in the *Robert Law Review*, two professors at Columbia University, Chuck Sabel and William Simon, coming I would say from an extremely different side of the political spectrum, posed a new challenge to the idea of structural reform. They defended structural reform but insisted that we should think of it in new terms, borrowing ideas from Robert Hunger they introduced us the idea of a new experimentalism and I think the title of their

article emphasizes notion central to Hunger's work named "The Notion of the Destabilization Rights".

One part of the new experimentalism emphasizes the fluid and provisional character of structural remedies. This feature of Sabel and Simons article or theory is of no particular concern to me. Indeed, I would say that there is nothing really new about this experimentalism. From the very beginning -- and when I mean the beginning I am going back to 1950's -- from the very beginning, it was understood that when the court intervene by using the structural remedy that there will be a need and an almost constant need for revision and re-examination. When a judge entered the segregation order in 1960 against the New Orleans school system, it was understood that the judge would have to return time and time again to see how that decree was working. And, that in many instances, new orders would have to be entered called orders in supplemental relief, not contempt orders, but supplemental relief that would revise the original reorganization plan so that it would more fully approximate the ideals of the constitution. And what resulted, in almost every structural case that I know, is not a single order from High that lasted 20 or 30 years, but rather a series of orders, some more specific than others, some tougher than others, all of them being revised in the light of the experience and knowledge that we acquired over time.

The other feature of this new experimentalism - and here I refer not to its fluent and provisional character, which I say is of no concern to me - but the other feature of the new experimentalism is a source of concern to me and more generally relates to this point about democratic legitimacy that I have just spoken about. What Sabel and Simon do is to emphasize the fact that many of these structural decrees, structural injunctions are in fact negotiated. They are not the result of a fully adjudicated proceeding and they see in this negotiated character of these decrees a source of democratic legitimacy for this structural injunction. Now, I do believe that the structural injunction does in fact have a democratic legitimacy, but I am troubled by their attempt to ground the democratic legitimacy in the negotiation that precedes the entry of what is often termed a consent decree. Indeed, I believe that this kind of emphasis upon the negotiated character of the consent decree and the participation that it entails is in some sense a reassertion of the idea of consent,

individual consent as the foundation of democratic legitimacy. My objection to the Sabel and Simon proposal is three fold.

One, if we accept their account of the democratic legitimacy deriving from the participation that surrounds a negotiation of a consent decree what we have done is left vulnerable of a structural decree that is fully adjudicated. In my view, that is getting a completely backwards. I would say that anything has more of a claim to democratic legitimacy it is the fully adjudicated structural decree.

Secondly, if they find in the negotiation that precedes the entry of a negotiated decree the kind of consent that would endow that decree with democratic legitimacy, I would say the same kind of consent could be extracted from the participation of the litigants in the process leading to the entry of the fully adjudicated decree.

And thirdly and most importantly, it seems to me that the kind of participation that it is entailed in the negotiation of a decree is not yield the kind of consent that lies at the heart of democratic theory. The consent that is present in the negotiation over decree is in part strategic, is the deal I am getting from the other part it going to be better than deal from the decision of the judge, and its impact reflects an estimate of the cost of litigation and appreciation of their impact on the pock of books of those engaged in litigation.

I mean, I think these facts, strategic considerations, considerations of cost are very much present if the case goes to trial and is fully adjudicated. But I do not claim that the democratic legitimacy of this structural injunction comes from this participation in the trial process. What I do claim is that the democratic legitimacy of the structural injunction comes from the fact that the judiciary has to be viewed as an integral part of the democratic system and its claim is simply that the judges have a unique and special competence to render meaningful the values of the constitution.

Thank you very much.
Vamos abrir aqui para perguntas. Podem ser feitas verbalmente ou por escrito. Alguém se habilita?

José Rodrigo Rodriguez (Direito GV): Prof. Fiss, my name is José Rodrigo, I am the publishing and research coordinator of the school. It is a pleasure to have you here. Although you stressed very strongly that judges are not keen philosophers, and listening to what you have said they still sound kind of heroic. I don't think they sound heroic as Hercules, but they certainly sound heroic, as you said, like a common guy that would do something extraordinary. My question is: should we, after all you said, still be talking about judges? Shouldn't we be talking about procedure and how to design procedure in order to get judges to do what they should do? Listen to the public opinion and let social forces express themselves in this procedure? Aren't we dealing with a problem of institutional design rather than the quality of judges? At the end of your paper when you start talking about what judges should do, could do, or would do, it still seems that you are talking mostly about a hero and not about the structure.

Prof. Fiss: Your point is entirely well taken. The primary focus of academics who study the judiciary should be on what you call institutional design. The emphasis should be on making certain that judges are listening to all grievances, hearing from all affected parties, and making certain that their decisions can be justified on the basis of principle. I believe these procedures will make judges into heroes. The end of these procedures is not procedure but justice, and I believe that if we strongly insist upon these procedures we will turn the most ordinary people into heroes. When Brown was decided in 1954, the primary task of implementing Brown fell to judges in the southern states of the United States. These judges were all white, a good number of them were republicans, and all of them were from the most elite backgrounds you could imagine. A few of the judges had held positions in government while others were corporate lawyers. The judges' early work was extremely disappointing. Their decisions fell far short of justice. But black citizens kept going back to the judges and telling their stories of injustice. Hearing the stories time and time again, the judges were forced to write opinions and justify what they were doing. Over the course of a decade, not in a week nor year but over the course of a decade, you could see the most ordinary people being transformed into heroes of a certain type. There is a wonderful book by Jack Bass called "Unlikely Heroes," which describes this process during the late '50s and '60s. The great heroes of the Civil Rights era in the United States—Judge Wisdom,

Judge Johnson, Judge Tuttle, and Judge Brown, for example—were transformed by the procedures they were obliged to follow. So, while I absolutely agree that there is probably too much of an element of heroism in my account, at least in the tone of what I say, and that the emphasis should be on institutional design, I believe that procedures can be constructed to make heroes out of the most ordinary people.

Marcos Paulo Veríssimo: Prof. Fiss, my question is about designing institutions as well, in a sense. In Brazil right now, we are in the process of reforming our judiciary, and I believe the ideal of rule of law has a strong influence over this process. I think the ideal of rule of law could have two different readings, each one corresponding to a model of justice as presented by you. The ideal of rule of law could be read as a claim toward justice and as a claim toward economically efficient institutions. When we try to design a judiciary system reading the ideal of rule of law through the economic view, so to say, we think about an institution which is primarily a service provider; the judiciary provides the service of solving disputes. The aim is toward quick responses and predictability of judgments, so to say. I believe this is a discourse widely used now in Brazil. Another reading of the ideal of rule of law is an aim toward justice and then we will look to a system that can change reality and change the history of dictatorship and violations of human and social rights. The market is not the only institution that will solve the problems of the developing countries, but the judiciary could contribute to that as well. I see some kind of a position between these two ideals of rule of law and my question is how can we balance these two ideals and these two needs to reform the judiciary in a developing country -- in Brazil, for instance?

Prof. Fiss: The task is not to balance, but to choose. I do not denigrate the importance of efficiency. Efficiency has a place in our social life. Maximizing the satisfaction of preferences and desires is a worthy goal. Bilateral exchanges imagined by the market have a role in maximizing the satisfaction of these preferences and I would be the last person to deny the role of the market in our social life. I also think, as you suggested by your comment, that although one can appreciate the importance of the market and conceive of adjudication as serving the market by attaining quick and predictable responses, we would do a disservice to law to reduce it to efficiency. It is not a question of balancing, but

understanding that the end of law is not efficiency but justice. It may be that the concept of justice has to include some consideration of efficiency, but there is a richer and deeper set of values that are included in the concept of justice. So, it would be a fundamental mistake to think of law as efficiency. If I can borrow your idea, we should think of law as justice with recognition that part of justice may be an efficient outcome.

You began your remarks by evoking the term “the rule of law.” Use of this phrase is meant to evoke a certain respect for the law. When we speak about bringing the rule of law back or building the rule of law, we hope to establish a certain respect or admiration for the law. But the only reason that law deserves our respect and admiration is that law serves only one master, and that is justice. Law without justice is not worth our respect and admiration. So, I would urge you not to balance these two things, but to choose.

Prof. Carlos Salles (Direito USP): First, I wonder if these hero-judges really have a role in American society nowadays. I think the U.S. lives in a moment of judicial restraint. The recent battles in Congress about the Bush nominees... You can see in each of these battles about the nominees and the democrats trying to obstruct the nominations of more conservative judges. I want to know which is really the role of these structural reforms nowadays in the U.S.?

Second, I think these hero-judges have a broader role to take in Brazil and other third world countries. In Brazil we live a moment of judicial activism. I want to know what you think, first, about the moment in the U.S. and, second, about the possibility of countries like Brazil using something like structural reform?

Prof. Fiss: I am very indebted to Carlos for translating my work into Portuguese, but I am going to resist the temptation to speak about the implications of my work for Brazil. I usually have a rule that I don't do anything unless I am going to do it well, and believe me I would not answer that question well. But I acknowledge that structural reform is relevant for the situation of Brazil. Indeed, it may be that Brazil is at a better historical moment to implement structural reform than the U.S. With the election of Lula, it may be that there is

a special opportunity here that does not exist in the U.S. As you know, Carlos, I am a member of an academic conference that is meeting this Thursday through Sunday. One of the papers for that conference is by a young professor in Argentina. In that paper, she tries to explain the relevance of structural reform for Argentina. She sees in a number of cases of the last 4 or 5 years an attempt of the Argentinean judiciary to confront the inadequacies of their bureaucratic organizations, particularly in the context of health care, and to reorganize those institutions along structural lines.

This is not a very happy moment in the U.S. for the judiciary. Since the mid '70s the Supreme Court of the U.S. has been largely, though not exclusively, staffed by justices who see as their mission the undoing of the legacy of *Brown v. Board of Education* and the Warren Court. *Brown v. Board of Education* is still on the books and supported by the prevailing majority of the Court, but it has been drained of all its vitality. Indeed, in a recent decision involving Missouri school desegregation there is a long opinion by Justice Thomas, which is essentially a diatribe on structural reform and a reassertion of the model of dispute resolution. Since the late '70s, the concept of structure reform has been embattled in the judiciary. There have been many heroic judges in our lower federal courts, such as Judge Justice in Texas, who have pursued the model I described. However, it is a mistake to over read the history of the U.S. over the last 20 years and use it to turn our backs on the concept of structural reform. We should insist that judges repeatedly confront the abuses in these bureaucratic organizations. Surprisingly, they have done so in prison and housing cases, which almost seem like miracles. Most of you know about the surprising victory for affirmative action in the Michigan case or the *Lawrence v. Texas* case regarding gay rights in the U.S. I think it is the procedures that govern the judiciary which are forcing judges, otherwise reluctant to embrace these positions, to do so.

So, I acknowledge the point you are making, Carlos, that the season does not seem a happy one for structural reform because of the quality of judging. That is why Sabel and Simon place so much emphasis on negotiated decrees rather than adjudicated decrees. Doing so takes the spotlight away from the judge and seemingly puts it on the parties themselves. The truth of the matter is, however, that all negotiation takes place in the shadow of the law. Even if a party believes that the judge will fail to give him justice, he can be sure that

the negotiated outcome will give even less justice, because the parties are always going to make a calculation of what relief the judge will give. We shouldn't think that judges are all that is wrong in America. Where else do we have to turn? To the legislature? Following the empowerment of the Newt Gingrich Congress in 1994, the legislature has not been very hospitable to structural reform. In many respects, they have been quite hostile to it. One of the congressional products in 1996 is the Prison Reform Litigation Act, which is a measure by Congress specifically designed to frustrate the efforts of Judge Justice in Texas to reorganize the Texas prison system in order to bring it into conformity with the minimal standards of civilization. So, I acknowledge your premise, Carlos: This not a happy moment in America history. But if we design the institutions that surround and encumber the judges correctly, and we insist upon the judges' compliance with them, that is the best bet for realizing the ideals of the Constitution. I don't know what else we can do.

Marcos Nobre (CEBRAP/UNICAMP): First, I would like to thank you for this illuminating and clear presentation. I have two points regarding your opposition of the two models. My claim is that for your own purposes, I don't know if this position is fruitful. First let me say that if I understand your general claim correctly against and for critical legal studies and now against and for Charles Sabel and Simon, that it is to say: okay, law is politics, but it is not just politics and it has its moment. I find this position really the best one that one can have. But, let me say that when you discuss Sabel and Simon, I think that your criticism is based on the second model. I think that your points are really based on the dispute resolution model; that is to say, there is something in this balance that you do between politics and non-politics that has a lot to do with these two models. So, I think that if you get these two models closer you will get more results than by opposing them, especially if you acknowledge that the hunting season is for structural reform and not for dispute resolution, that is to say, our republican hero frightens me. So, if you really want to put forward structural reform, would it not be much more fruitful to approach the two models instead of opposing them? If we think about your position regarding the position of law, on one hand, and the present political moment, on the other hand. That's my question. Thank you.

Prof. Fiss: I am not sure. It depends on what you mean by “fruitful.” I don’t view myself as obliged or even interested in producing better outcomes. I am a professor. My purpose is to help develop and propound ideas. When I read Supreme Court decisions, or any court decisions in this hunting season, as you call it, I feel that our horizons are being limited. Things that we once understood no longer appear even on the periphery. My purpose is to recover a way of understanding law that is becoming increasingly invisible. I resent Sabel and Simon not because they are critical legal studies proponents—some of my best friends are—but rather because, by emphasizing the consent decrees as opposed to the adjudicated decree, they are losing sight of another, better way of achieving justice. Emphasizing negotiated decrees may produce the best results possible in an imperfect world, but I don’t see that as my task. My aim is rather to recover a certain understanding of how law was practiced and could be practiced again. It may not be tomorrow that this is realized, but most of the people in this room are around 25, and they have many years to make the law what it should be. Our purpose, as teachers, is to remind them of the possibilities of law. Such an endeavor seems to me more appropriate than having short-term victories. Yes, the opposition between dispute resolution and structural reform can be minimized. We just have to introduce organizations and social groups into dispute resolution. But once we do we begin to lose sight of what is really at stake at this historical moment.

We now have another professor visiting our school here. We have Daniel Bonilha from Los Andes University, Colombia. Please, Daniel.

Daniel Bonilla (Universidade de Los Andes-Colombia): I think the dispute resolution model is not plausible and I think that the idea of law is an instrument of justice, which is behind structural reform, is very plausible. However, I am worried by two things related to structural reform, which I think are inter-related.

The first is that structural reform done by judges, if it neutralizes citizen’s political mobilization, will replace political discussion and the vibrant political community where citizens and the representatives debate about the most important things for the polity.

The second question, closely related to the first, is about the real, long-standing facts of structural reform done by judges. I wonder about this because of the debate that you see in the U.S. about the real effects of *Brown*--about how statistically you see a lot of schools still segregated, or the effects of role, for example in small towns in Texas, where there is a real right to choose for woman in Texas. And that is because many citizens and many representatives of these citizens are not really behind the ideas, the plausible ideas, I believe, that were justifying the decisions in role and in *Brown*.

Prof. Fiss: I am not happy about the state of school desegregation in the U.S. We have too many all-black schools. We have eliminated an institution that existed in 1954, and for most of our history—the all-white school. There are no all-white schools. But there are plenty of all-black schools, and this fact is not a particularly happy one for me. This result is not due to structural reform, but rather to the fact that in the mid 1970s we abandoned our commitment to racial equality. When the Supreme Court decided *Milliken v. Bradley* in 1974, which was the metropolitan school desegregation case involving Detroit, it abandoned, in a 5-4 decision, the commitment to racial equality espoused by *Brown*. What we have now is a situation where some inner cities schools are integrated, but most are all black, and suburban schools are integrated. I do not think this is due to structural reform, a procedural concept, but to the equivocation in America on the ideal of racial equality.

Having said that, and having acknowledged Daniel's point that the public schools are still segregated, I will add this: from 1954 to about 1996, America was engaged in a process that I call the Second Reconstruction. For the first 20 years it was an affirmative, never-ending process of attacking the caste structure, but starting in the mid-'70s they equivocated on that goal, and the last twenty years were mainly defensive. Although I would not say that we eliminated the racial caste structure during that first 20-year period, we did bring into existence a black middle class. I don't know any other nation in the world that has brought into being a black middle class from being the underclass in society. So, while I agree with you about the incompleteness of school desegregation, let's not overlook the achievement of what we did. It was not all due to structural reform, believe me, but was attributable to the whole host of strategies used in the Second Reconstruction. Even though I am

disappointed with *Milliken v. Bradley*, never undervalue the achievement of the Second Reconstruction. It is a miracle, and I am not sure how it came about, but let's acknowledge that.

As to your first question, Daniel, about the relationship between politics and adjudication, I don't see any antimony between the two. Indeed, one of the most democratic periods in American history was from 1954 through the late '60s and the early '70s. This was a period of citizens coming together—debating, marching, and protesting. It was also a period in which the judiciary was practicing and crafting the institution of structural reform. It would be a mistake for us to view the relationship between democratic politics and the strong exercise of judicial power as antithetical. Indeed, one of the underlying foundations of structural reform is the notion of a public morality, that we have public values which unite us. When Martin Luther King, Jr. marched in Birmingham, or from Selma to Montgomery, or stood on the steps of Lincoln Monument demanding justice, he was not just invoking heavenly authorities. He was also calling on the concept of racial equality that was being propounded by the judiciary, not just by the Supreme Court, but by Judge Johnson and Judge Wisdom. It would be a mistake, a real mistake, to think of the relationship between politics and the strong exercise of judicial power as antithetical. The exercise of judicial power is founded on a recognition that there is a public morality, which gives this nation an identity and coherence, which in turn can be the inspiration for democratic politics such as you envision.

STUDENT 1: We know how precedents are important to the legal process in the U.S. We would like to know how judges in the courts today handle the precedents from the '70s and whether or not they continue to use them if they go against politics or demand industries in the U.S.?

STUDENT 2: The role of the judiciary is about the institutional design, in the different kind of political regime. In other words, the judiciary is different in the parliamentarism is different from the presidentialism, where it is recognized as a political power. What is the impact of the structural reform in these different situations and if the structural reform

could only produce these results that you described in a presidentialism regime?

Prof. Fiss: This question about precedent is very timely. The controlling majority on the Court today evokes the concept of precedent quite a bit. But in truth, there is no merit to their claim. In fact, they are prepared to overthrow precedents and to revive precedents that have been long discarded by the Court. To be fair, however, they are not the only ones that play that game. During the heyday of the Warren Court, the justices did not have enormous respect for precedent, either. It is easy to fault the conservative block in control now because they are being hypocritical. The Warren Court was not hypocritical, though it nonetheless did not follow precedent. Justice Douglas, one of the leaders of the Court, simply said that because he had taken an oath to uphold the Constitution he is as entitled as his predecessors on the bench to interpret the Constitution and, if need be, overturn prior decisions. So, I don't think precedent is controlling. The current Court is committed to revisionism, not adherence to precedents, but the Court of the '60s was equally committed to that kind of revisionism. In the American system, precedent is something that defines the field of action in which the judges work, but the judges don't feel heavily bound by the prior decisions.

What impact does the presidential system as opposed to a parliamentary system have on the concept of structural reform? That is a very good question. My hunch is that the distinction is highly overrated. If you look around the world for countries where structural reform has been practiced, you find it in parliamentary systems as well. Indeed, one of the countries where structural reform is practiced in a most robust way today is Canada, and Canada has a parliamentary system. They have adjusted the Charter of Rights and Freedom in 1982 to account for their parliamentary system. This adjustment occurs in the notwithstanding clause, which gives the legislature the power to suspend temporarily the effectiveness of certain constitutional rulings. I don't think the governing fact is the formal political system. More important is a recognition of the premises that underlie structural reform, namely, the importance of social groups and bureaucratic organizations and a recognition of a public morality that gives the nation its coherence and identity. Even though Canada has a parliamentary system, they are able to embrace a structural reform.

Caio Mario da Silva Pereira Neto (Direito GV): Prof. Fiss, you opposed two different models—the adjudication dispute resolution model and the structural reform model. While you spoke, I thought of a third type of judicial intervention, and I was wondering if you could consider this a third model. That is what I would like to present. The third type would be a way of for the judiciary to require explanations of the bureaucracy of the executive regarding certain decisions. So, what I have in mind is something that is closer to the hard look doctrine in the U.S. or like in the state farm case, but where the judiciary is trying to find whether the executive power, the bureaucracy, had some kind of substantive justification for acting the way it did and is asking for justifications. It seems to me that this type of intervention -- maybe we could call it enforced rationality just for the purpose of this discussion -- that is forcing the executive power to come up with a good reason for acting the way it is doing is closer to the structural reform type of intervention than to the dispute resolution type of intervention because it presupposes some type of sociology behind it. It asks for some kind of rationality in the type of decision, for instance for health policy or for the penal system. So, it can presuppose some type of sociology and discuss public morality, and in the end asks for justification within this public morality. This necessarily presupposes a just status quo. It may actually force the executive power in the bureaucracy to look at it and just the status quo and just find why it is acting in a certain way or another way. It may actually see the judiciary as a part of the system of the state. So, what I would suggest is that this type of intervention is closer to an active judiciary of the structural reform than to the dispute resolution judiciary. So, I would like to ask two questions: Is this a third model? And if this is a third model, where does it fit? What is the role of this third model? When is it more adequate than the structural reform? When should the judiciary just decide to reform a bureaucracy and when should it decide to ask the bureaucracy to rethink itself? That is the position that I would like to make, so I would like to hear your views on that.

Tamira Maira Machado (Direito GV): Based on the structural reform system can a judge design an affirmative action and policy plan? And if so, how could he do it? Are there generic criteria or should it be done on a case-by-case basis?

Prof. Fiss: The third model is close to structural reform because, as you point out, it doesn't have the individualistic bias, it doesn't presume the justness of the status quo, and it doesn't view the judiciary as an isolated institution apart from the system of government. On the other hand, the structural reform model has a much more robust conception of public values. The chief value in your model is rationality. It is a method to enforce rationality. With structural reform, however, there is not just an aspiration for rationality, but for substantive goals as well, such as racial equality and no cruel and unusual punishment. Imagine an order to the Texas prison. Why do you keep four people in a cell? Give us a reason why you have four people in a cell. We have four people in a cell because we don't have money to build an individual cell for each one. Is that a reason? Is that a good reason? If you say it is not a good reason then you are beginning to move from the notion of just enforcing rationality to some substantive moral or constitutional standard which can be used to decide which reasons are bad or good. So, while I appreciate your offer for finding a third way, your concept of rationality is too anemic for me. It doesn't really have the sort of substantive commitments that were involved, for example, in the Texas prison case or school desegregation cases.

It is not the job of the judiciary to formulate affirmative action policies. The judiciary's job is to judge the constitutionality of the policies and practices that are instituted by state or federal agencies. Ever since the mid '70s, the issue of affirmative action has been hotly contested in the United States. The contest has been over whether or not the affirmative action policies adopted by the University of California or, more recently, the University of Michigan were constitutionally permissible. That is the job of the judiciary. The Court might also have to decide whether certain practices of institutions which do not have affirmative action are constitutional. For example, a state employer applies a test to every single job applicant in an identical way. An applicant has to get a certain score on the examination in order to become an employee of the agency. The question has been posed whether in light of the impact of that seemingly uniform policy on blacks, who had been disadvantaged by centuries of slavery and then by a century of Jim Crow, the state is denying equal protection. In a very famous case, decided in 1971, the Supreme Court held that to apply a seemingly neutral policy to all applicants without regard to the impact that

policy would have upon the opportunities of the minority who had been disadvantaged in the past was itself unlawful. The task there was not to formulate a policy of affirmative action, but to decide whether the practices of the employer were lawful.

Affirmative action has nothing to do with diversity of viewpoints. Affirmative action in the U.S. is aimed at the elimination of the racial caste system. Affirmative action is designed to destroy the system whereby blacks are a perpetual underclass. Affirmative action is an attempt to eradicate the racial caste structure by accelerating the moment when blacks will be able to enjoy positions of power and prestige in American society. Although not specifically the subject of *Brown v. Board of Education*, affirmative action is dependent upon the Court's decision in *Brown v. Board of Education* because that decision rendered the racial caste structure as an affront to the egalitarian aspirations of the Constitution. After a decade we began to understand that the only way we were going to eradicate this caste structure was through the policy of affirmative action. It was an interaction between the judiciary and ordinary politics that produced this particular strategy.

Ronaldo Porto Macedo Jr. (Direito GV-USP): Well, Prof. Fiss, it is really a pleasure to have you here in Brazil. I read your article with very compelling arguments against the idea of settlement as a way of reinforcing the dispute resolution model. I wonder if, whenever we think about some kinds of settlements - for example the tobacco industry settlement, or the settlement that was made against the gun makers and gun dealers in metropolitan area of Chicago, or even some kind of settlement that are quite usual in some antitrust cases - if the settlement as an instrument can be thought of as a kind of medium to achieve structural reform. This is one of my points. My other point is when we think about, for example, the tobacco settlement, what happens there is a kind of very funny situation, because the tobacco industry was very strong in order to enact some statutes that were kind of lenient or very tolerant towards them, and what happens is that somehow the judiciary went against the law itself in the sense that though the judiciary some law was over route, in this sense, as was put in some headlines of the *Economist Review*, I remember reading headlines: "When Law Suits Makes Policy", that was the headline of review. I would like to hear you about this situation now.

Cassio Scarpinella Bueno (PUC-SP): Prof. Fiss it is a great honor to be here and to hear all the things that you told us. And I am very glad that the law students of the first year had heard all civil procedure from you and in that way. I think it is a very good way to begin to think about civil procedure. My question is based on what Carlos said and let me try to hear from you about the structural reform here in Brazil based just in one question, the way that our judges are selected to be judges. All the judges in Brazil of the first degree are not elected or we don't know them. They pass the examinations, they are good technicians. They know the law, they know the rules, they know the codes, they know everything about law itself, but we don't know and they don't have to prove that they know anything else but the law, the codes, the texts itself. In that way do you think that it is possible, democratic? How do you see this legitimacy of the structural reform for example in that basis?

Prof. Fiss: The title of the article, Ronaldo, is Against Settlement. It is probably my best title, but like all good titles overstates the claim a little bit. I am not against settlement. Settlements serve useful purposes, but I don't think they are law. They are simply bargains reached between contending parties. The parties may have the law in the back of their minds, but they have a lot of other things in their minds as well, namely, cost, political advantage, and all the factors that you alluded to by evoking the tobacco case and the recent scandals about it. We should treat settlement for what it is, namely, a contract or agreement between parties. What troubles me about settlement is the attempt to portray it as law. To go back to the point about institutional design, we have to remember that the authority of the judge and his decisions comes from the process by which that person is entrusted with power. That process means trying a case, making findings of fact and conclusions of law, justifying the decision on the basis of principle, and doing it in open court. That is where the authority of law comes from. We should not lose sight of that fact. In contrast, because a settlement is simply a deal, a bargain, it has no more claim to our respect or admiration than a simple agreement between the two parties. But what is happening in America, and I attribute this to the ascendancy of the dispute resolution model, is that we view settlement as law because a dispute has been resolved between the contending parties and we are asked to view the law as any kind of mechanism that makes a dispute go away. However, if we think of law as justice and consider that judges have their authority by virtue of the

procedures that limit their power, we can see that settlement is not law. The authority of law comes from the institutions and processes that surround the judicial process.

I don't know enough about the civil law system or the treatment of judges as a professional, insular corp. to be fully responsive to what you are saying. I can see how the dynamics in civil law systems could prevent this model of adjudication from getting off the ground. However, if I can make references to Argentina, which also has a civil law system, with judges that are chosen from a professional corporation, there have been attempts at structural reform in a civil law system, too. You caught it perfectly when you said that all the judges know is the law, the codes. That is inadequate. A judge can't just know the code. Just as I said there is a difference between efficiency and law, there is also a difference between the code and law, and it seems to me that between the code and law there is enough space to bring light to the idea of structural reform.

Vinícius Correa Buranelli (Research Assistant Direito GV): Prof. Fiss, in one hand we have this common idea that accountable government will provide efficient public policies and thus economic growth and social development. In the other hand we have courts deciding with no control and with high impact. Perhaps in Latin America, in Brazil, we have courts deciding with no or few controls. Do you think there is a contradiction here? I want to know your opinion about controlling judges. How can we control judges, control decisions without giving up the idea of independence?

Prof. Fiss: Independence is a very important virtue of the judiciary and a source of its authority. Independence is absolutely crucial if the judges are going to claim competence to be authoritative spokespersons of the law. But it is also important that we recognize that judges are part of the democratic system. Because they are part of the democratic system we want not absolute independence, but what I call the "right degree of independence." Although we often celebrate the independence of the federal judiciary in the U.S., we know that it is not an absolute independence. For example, the judges of the federal judiciary are appointed by the president of the U.S. with the advice and consent of the Senate. They are not appointed, as they are in Chile, by other judges. We also know that judges engaged in structural reform are often dependent upon the executive for enforcement of their decrees.

Judges have neither the purse nor the sword, so a kind of dependence is built in. We should also feel free forcefully to criticize judges and their decisions. On the other hand, although judges are subject to control through these mechanisms, we have to draw a line. One line that is drawn in the U.S., and may be appropriate here in Brazil, is that you cannot remove judges because you disagree with the substance of their opinions. Although you want judges to be accountable to the democratic system, if we make them removable from office because of a disagreement over a decision, or if we empower the legislature to overturn a decision because the legislature doesn't agree with it, we begin to lose the essential core of independence, which is necessary for any measure of judicial authority. Independence is not, and should not be, absolute. We are looking for an optimum degree of independence. The degree is, of course, very culture and nation specific, but it is a very important line to isolate and define.

Caio Mario da Silva Pereira Neto (Direito GV): First of all, I would like to invite everybody for Prof Fiss lectures on Wednesday at USP. At 10:00am he will be talking about procedure and at 6:00pm he will be talking about free speech. Please, everybody is invited. It is at sala da congregação at University of São Paulo.

I would like to make some very brief remarks thanking Prof Fiss for being here. I think many before did that. It is really a great pleasure to have you at the school and I think that Prof. Priest describes in a very nice way the way you teach, the way you speak. You always try to pose a hard moral question to the students in the beginning of the class and try to focus them on trying of tackle that question. And I think that is really what provokes all this discussion. That is what makes your work transcend the American readers and reach out for readers in other countries and jurisdictions, and with others legal systems. What bind all of us together are the hard moral questions. We are all here today with this thought-provoking lecture and with all these questions that could really go on until Wednesday. Because you really tackle the big moral questions and we are interested in them.

Prof. Fiss: Thank you very much, Caio. You have to remember that George Priest was a student of mine and possesses the same characteristic that all my students have: although I

pose the hard moral question, not one of them ever agrees with the answers. Thank you very much. I hope this is just the beginning of a longstanding dialogue.

Thank you.

VERSÃO EM PORTUGÊS

TRANSCRIÇÃO DA APRESENTAÇÃO DO PROFESSOR OWEN FISS (YALE LAW SCHOOL) :

Professor Owen Fiss: Numa agradável manhã, talvez não tanto quanto a de hoje, em São Paulo, mas numa agradável manhã de domingo, em maio de 1954, a Suprema Corte dos Estados Unidos tornou público seu julgamento, num caso conhecido como “Brown vs. Board of Education”. Esta decisão, por uma questão puramente técnica, considerava inconstitucional um sistema que designasse um certo tipo de escolas para os alunos de cor negra e outro para os alunos de cor branca. Fundamentalmente, para além da decisão técnica, a Suprema Corte decretava o fim do sistema de discriminação por tipo de raça, que havia caracterizado os Estados Unidos da América durante séculos. Com isso, a Suprema Corte colocava o Poder Judiciário Federal no centro da tarefa de erradicar e liquidar a estrutura discriminatória. O que emergiu desse projeto de reconstrução foi uma nova forma de adjudicação (*adjudication*)¹, que denomino reforma estrutural (*structural reform*).

Adjudication é um processo pelo qual aos valores de algum texto legal investido de autoridade, como a Constituição, são dotados significado e expressão concretos em nossa vida corrente. A reforma estrutural participa das mesmas funções sociais, mas reflete o fato de que, no mundo contemporâneo, a ameaça fundamental aos valores constitucionais não provém primordialmente de indivíduos, mas, antes, das organizações burocráticas que em larga escala dominam a sociedade.

Em si, o caso Brown tratava dos sistemas das escolas públicas da nação, mas, no decorrer de várias décadas seguintes, esse modelo de decisão judicial, que denominei reforma estrutural, alastrou-se para as prisões, as instituições para incapacitados mentais, os

¹ Para explicar a tradução de “adjudication”, aproveitamos a nota de Carlos Alberto de Salles na tradução do artigo “Forms of Justice”, do professor Fiss, publicado na obra *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo, RT, 2004, p. 26: “*Adjudication* é a forma usual na literatura 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.”

departamentos de polícia, os projetos de abrigos, as agências de bem-estar, no sentido de promover uma reforma estrutural que incluísse o inteiro âmbito do Estado Moderno.

A idéia de reforma estrutural pressupõe também que a ameaça que essas organizações burocráticas representam não será eliminada a não ser que as ditas organizações venham a ser radicalmente reorganizadas. E as cortes usaram os meios que tinham à disposição – não tanto o procedimento criminal e a indenização civil por perdas e danos (*damaged judgment*), mas a *injunction*² – [ordem formal proibindo ou ordenando uma ação]) como o instrumento para essa reorganização.

Adjudication é um remédio tradicional na jurisprudência anglo-americana, mas, mormente no passado, sua ação se limitava a suspender ou evitar algum evento isolado. Entretanto, nas mãos do Poder Judiciário federal que optou pela liquidação do sistema de discriminação por tipo de raça e pela reorganização das burocracias que o implicavam, a *injunction* deixou de ser um instrumento para interromper um evento discreto qualquer, para se tornar o meio formal em virtude do qual o juiz dirige e rege a reconstrução continuada das instituições – a “*injunction* estrutural”.

Acontece que, durante todo o tempo que tem vigorado, o conceito de *injunction* estrutural tem sido simplesmente oposto a um outro modelo de adjudicação, modelo este que eu chamo de solução de controvérsias (*dispute resolution*). Trata-se de um modelo de julgamento do qual mal se teve conhecimento durante as décadas de 60 e início da de 70, mas que se tornou paulatinamente mais conspícuo no final dos anos 70 e durante as décadas de 80 e 90, à medida que o Estado Social Democrático que existia nos EUA na década de 60 e no começo da década de 70 passou a ser cada vez mais atacado. E o caráter específico do modelo de solução de controvérsias hauriu sensivelmente as ideologias que se tornavam hegemônicas nos EUA de então, a ideologia do capitalismo de mercado e as teorias do *laisser-faire*.

² Novamente, aproveitaremos a nota de Carlos Alberto de Salles para explicar o termo *injunction*: “o termo não tem 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.” In Fiss, *Um novo...*, citado, p. 27.

Hoje, o modelo de solução de controvérsias, tal como o próprio liberalismo clássico, costuma ser freqüentemente associado a fatos corriqueiros e conflitos simples. No caso do modelo de solução de controvérsias, somos levados, por exemplo, a imaginar dois vizinhos, morando um ao lado do outro, em litígio, por uma parte da propriedade. Eles discutem seus pontos de vista, que são opostos, e chegam a um impasse, para a solução do qual o diálogo já não é mais suficiente. Diante do impasse, procuram um terceiro, uma parte estranha que não tem relações preexistentes com nenhum dos dois contendores, e pedem a este estranho que decida a disputa. No modelo da solução de controvérsias, o Judiciário é justamente a institucionalização desse terceiro estranho e o processo por ele utilizado é a chamada o julgamento tradicional.

É claro que a história com a qual exemplificamos não pretende ser um argumento para a superioridade do modelo de solução de controvérsias como modelo de adjudicação, mas considero útil refletir sobre isso, pois ela revela as premissas que estão por trás desse modelo de decisão e que são contestadas por aquilo que chamei de modelo de reforma estrutural.

Em primeiro lugar, o modelo de solução de controvérsias situa-se num universo sociológico restrito, onde só aparecem dois indivíduos - no nosso exemplo, dois vizinhos. Não há nenhuma das entidades sociológicas que tanto dominam nossa vida contemporânea. Não há lugar, no histórico do modelo de solução de controvérsias, para os grupos sociais que se caracterizam os conflitos sociais contemporâneos, como as minorias raciais, os presos, os residentes em instituições de saúde mental, etc. No histórico do modelo de solução de controvérsias, não há espaço para as burocracias do Estado Moderno. Este não é o mundo delas. Este é um mundo composto inteiramente por indivíduos.

Uma das conseqüências desta orientação individualista no modelo de solução de controvérsias é que o processo judicial é primariamente imaginado como um antagonismo binário ou bipolar, de um vizinho contra o outro e o juiz como um árbitro neutro, entre os dois. Se fossem introduzidas as entidades sociológicas de que falei, grupos sociais e organizações burocráticas, já não seria mais possível pensar na estrutura das partes do

processo judicial em termos binários. Haveria um número incontável de partes, umas contra as outras.

Além da multiplicidade de partes, quando se começa a pensar nos grupos sociais e nas organizações burocráticas, pensa-se também nas contradições internas que podem existir no interior de cada um desses grupos e dessas estruturas, complicando ainda mais a estrutura das partes. Na ação judicial do modelo de reforma estrutural não é lícito pensar na estrutura das partes em termos de modelo binário bipolar. Convém, antes, pensar num grande número de partes implicadas, discordantes quanto a uma série de questões que as opõem. A dicotomia simples do modelo de solução de controvérsias³ cai, aqui, por terra.

Em segundo lugar, pediria que se considerasse de novo o histórico do modelo de solução de controvérsias. Nele, todos os valores são privatizados. Não existe o que eu chamo de valores públicos. No lugar deles, há os desejos ou as preferências pessoais – no nosso exemplo, dos vizinhos. O histórico do modelo de solução de controvérsias diz que o estranho, que se torna o juiz, tem que decidir quanto aos desejos conflitantes desses dois vizinhos, mas não estabelece os critérios pelos quais deverá ser decidida a disputa. Com efeito, refletindo-se sobre o assunto, poder-se-ia admitir que até mesmo tirar cara ou coroa com uma moeda seria um meio válido para resolver a questão. A única coisa que o histórico diz é que essa disputa deve ser decidida de modo a evitar a violência, havendo talvez a premissa implícita – tão presente na ideologia de mercado – de que o método da decisão seja tal que maximize a satisfação das preferências, relegando a questão do tempo para um segundo plano.

Agora, o ponto de partida para o modelo de reforma estrutural é bastante diferente do da solução de controvérsias. No caso “Brown vs Board of Education” não se lida com desejos ou preferências individuais. Trabalha-se com valores aos quais foi dado *status* constitucional; isso porque a Constituição não é meramente um texto normativo, mas ela também investe de autoridade certos valores que devem reger as operações do Estado.

³ “Dispute resolution: A procedure for settling a dispute by means other than litigation, such as arbitration or mediation”, GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8ª ed. St. Paul: West Group, 2004, p. 505.

O caso *Brown*, em si, implicava o ideal da igualdade. Durante os anos 60 o processo de transição para este ideal marcava a sociedade norte-americana. Porém a igualdade, tal como era entendida nos EUA dos anos 60, só tinha um significado representativo. Igualdade era entendida como: os valores públicos que constituíram a moralidade que deu aos EUA sua identidade e sua coerência. A igualdade é um valor público, como a liberdade, a privacidade, a liberdade de expressão, e o devido processo legal. São os tipos de valores que constituem nossa moralidade pública e a função do modelo de adjudicação baseado na reforma estrutural era dar, desde o começo, conforme foi dito, significado e expressão concreta a esses valores. O objetivo da reforma estrutural não é maximizar a satisfação de desejos ou preferências privados, mas, antes, dar o justo significado a esses valores públicos que definem a nação.

Uma terceira suposição quanto ao modelo de solução de controvérsias, compartilhada ao menos pela visão que John Locke tem do Estado de natureza, é que o *status quo* é justo, que vivemos em estado de natural harmonia e numa situação de justiça. O conceito de conflito identifica um evento ou um incidente que altera o *status quo*. A função do modelo de solução de controvérsias, nesse contexto, é resolver a discordância quanto àquele evento conflituoso e restaurar a harmonia natural que existia no mundo, antes de a disputa surgir. A função do modelo de solução de controvérsias, conforme foi dito, poderia ser entendida como a restauração da entidade do *status quo*.

O modelo de reforma estrutural, ao contrário, não presume que o *status quo* é justo. Esse modelo – em minha opinião – é enviesado por certo ceticismo quanto à justiça do *status quo*. Como consequência desse ceticismo, os requisitos e os pedidos formulados em uma ação judicial sob o modelo de reforma estrutural são consideravelmente simples, as regras procedimentais não são rígidas, as objeções irrelevantes são levadas em pouca conta, as representações de classe e outras formas de legitimação extraordinária bem-vindas. Esses traços distintivos da ação judicial baseada no modelo de reforma estrutural refletem seu ceticismo quanto à justiça do mencionado *status quo* e mais ainda: este ceticismo confere um caráter distinto ao provimento jurisdicional. (*remedy*).

No modelo de solução de controvérsias, a tutela jurisdicional consiste na restauração do *status quo* anterior. No contexto do modelo de reforma estrutural, o propósito da tutela não é o restabelecimento do *status quo ante*, mas criar um novo mundo, uma nova realidade social. Um juiz investido da função de julgar uma ação judicial estrutural referente – digamos – ao sistema carcerário do Texas e às condições desse sistema carcerário que implicassem um castigo formal, cruel e extraordinário, não estaria tentando recriar o *status quo* que existia antes, mas sim reorganizar as cadeias de modo a eliminar esta ameaça de castigo extraordinário e cruel. Fazendo isso, ele transformaria a realidade social. Num contexto de solução de controvérsias em que um vizinho estivesse disputando com outro uma propriedade, você imagina uma intervenção sensivelmente discreta e limitada por parte do órgão jurisdicional. Mas, por se tratar do contexto estrutural, a função não é restaurar o *status quo ante*, mas criar uma nova realidade social.

Até agora falei do caráter individualista do modelo de solução de controvérsias. Fiz menção, em segundo lugar, à questão do caráter privado de seus objetivos. Em seguida, mencionei sua inferência quanto à justiça do *status quo*. A quarta – e eu acredito –, última característica do modelo de solução de controvérsias é que ele trata o Judiciário como uma instituição isolada.

Pensem novamente no exemplo que lhes dei no começo, na solução de controvérsias em que os vizinhos querem decidir sua disputa, procuram alguém de fora, um estranho qualquer, e o investem da autoridade de decidir a contenda. Para eles o juiz é quase como se fosse um árbitro privado, pois é assim que os árbitros recebem seu poder. E a legitimidade do estranho que passou a exercer a função de tribunal é inerente ao comum acordo das partes. Diante do impasse, eles investem o “estranho” de autoridade para decidir a disputa.

No modelo da reforma estrutural, o Judiciário não é visto como um ente isolado, mas, ao contrário, é compreendido como um setor coordenado do Estado. Não devemos pensar no Judiciário como um órgão estranho e isolado, mas vê-lo, isso sim, como parte integrante do sistema de governo. Além do mais – e aqui está o ponto mais importante e, porventura, o

mais contestado –, é errado pensar a legitimidade democrática do Judiciário, ou seja, o poder de julgar que foi investido a este órgão, estranho ao conflito, a partir dos vizinhos postos em conflito.

O consentimento é absolutamente central para a teoria democrática, mas o consentimento no qual devemos insistir em relação ao Poder Judiciário, não é o consentimento em relação a uma instituição particular, ou proveniente dessa instituição. Quando falamos na democracia e no consentimento popular, esse consentimento remonta ao sistema e não a alguma instituição particular. A democracia requer que encontremos um sistema de governo em que haja o consentimento popular, mas devemos insistir sempre numa perspectiva sistêmica desse consentimento.

Ao examinarmos a legitimidade de qualquer instituição particular dentro do sistema, nós não exigimos o tipo de consentimento institucional do modelo de solução de controvérsias. A legitimidade daquela instituição depende de seu papel essencial dentro do sistema, e dela se espera o desempenho de uma função – dentro daquele sistema – de competência única, diferente de todas as outras.

Minha queixa é que o Judiciário vê sua legitimidade no fato de ser parte do sistema democrático e que – por ser parte desse sistema – ele exige que sua autoridade se baseie em ser a única instituição incumbida de dar expressão e significado concretos aos valores constitucionais ou de outro texto legal.

Ao falar da competência dos juízes atribuírem significado a esses valores públicos, não estou supondo que eles sejam reis filósofos, nem que eles tenham alguma habilidade moral peculiar. Creio que a coisa mais notável concernente ao Judiciário nos Estados Unidos – incluindo o Judiciário que atuou no caso “Brown vs Board of Education” – é o fato de ser composto por juízes que são, na verdade, pessoas comuns, pouco diferentes dos nossos líderes políticos ou de executivos de empresas.

Ainda assim, insisto que o Judiciário tem competência única para prover significado respaldado pela autoridade oficial, aos valores públicos consagrados na Constituição. E,

repito, isso não decorre de uma justificativa moral ou particular dos juízes, mas porque o exercício de seu poder é estritamente limitado por um conjunto específico de normas processuais.

Os juízes devem dar ouvidos a queixas que, em outras circunstâncias, poderiam preferir ignorar. Os juízes devem apreciar as alegações de todas as pessoas que se consideram lesadas, devem apreciar os fatos alegados e presenciar e presenciar a discussão da lei em julgamentos públicos. Os juízes devem assumir a responsabilidade pelas decisões, e – talvez mais do que tudo – eles devem justificar publicamente suas decisões, nos termos dos princípios reconhecidos. Os juízes não apenas devem participar do diálogo do contraditório, mas devem também permanecer independentes tanto do *corpus* político quanto das partes individuais. E reitero que, devido a esses requisitos processuais de diálogo⁴ e independência, os juízes têm uma competência especial de interpretar e concretizar o significado dos valores constitucionais em nossa vida prática.

De fato, insistir sobre uma conexão mais estreita entre o Judiciário, suas decisões e o consentimento popular, comprometeria a independência, um dos pilares da autoridade do Judiciário.

Durante a maior parte de sua existência, a reforma estrutural teve que lidar com uma ameaça vinda de sua inerência ao modelo de solução de controvérsias, ameaça esta que estará usualmente associada à defesa do mercado, conforme já tive ocasião de dizer, e em parte, a teorias do *laissez-faire*. Pois, as semelhanças entre as premissas subjacentes ao *laissez-faire* e ao modelo da decisão de contenda são evidentes. O individualismo, a privatização dos fins, o ato de assumir a justiça do *status quo* anterior ao conflito e a insistência no consentimento individual - como no caso dos vizinhos - demonstram causas da legitimidade.

⁴ Aqui, o conceito de “diálogo” pode ser entendido por contraditório.

No ano passado, na *Robert Law Review*, dois professores da Universidade de Columbia, Chuck Sabel e William Simon, - vindos, diria eu, de dois lados extremamente opostos do espectro político - colocaram um novo desafio à idéia de reforma estrutural. Eles defenderam a reforma estrutural, mas insistiram no fato de que ela deveria ser pensada em novos termos e, tomando emprestadas as idéias de Roberto Mangabeira Unger, apresentaram-nos a sugestão de um novo experimentalismo. Acredito que o título de seu estudo enfatiza a noção central do trabalho de Unger denominado: *The notion of the destabilization rights*.

Uma parte desse novo experimentalismo enfatiza o caráter fluido e provisório dos provimentos jurisdicionais do modelo de reforma estrutural. Esse aspecto do estudo ou teoria de Sabel e Simon não me desperta nenhum interesse particular. De fato, diria que não há realmente nada de novo nesse novo experimentalismo. Desde o início – e quando digo início estou me reportando a 1950 –, sabia-se que quando o tribunal intervém fazendo uso da *injunction* estrutural significa que haverá necessidade, quase que constante, de acompanhamento e revisão de sua decisão.

Quando um juiz decidiu quanto à questão da dessegregação e emitiu a sentença, em 1960, contra o sistema escolar de New Orleans, entendia-se que o juiz haveria de repetidamente tornar a averiguar como estava sendo executada a sua ordem. E, em muitos casos, novas ordens deveriam ser emitidas, chamadas “sentenças suplementares de reforço” (*orders in supplemental relief*), com a função de revisar o plano original de reorganização, de modo a fazer com que ele se aproximasse plenamente dos ideais dos valores constitucionais em que se fundou a decisão. E o que se deu, em quase todos os casos de tutela baseada na reforma estrutural de que tenho conhecimento, não foi a edição de uma única ordem jurisdicional, proveniente das mais altas autoridades, que tivesse durado 20, 30 anos, mas sim, uma série delas, algumas mais específicas, outras mais rigorosas, mas todas elas revistas à luz da experiência e do conhecimento adquirido com o tempo.

A outra característica desse novo experimentalismo – e aqui não me refiro ao seu caráter fluido e provisório que como mencionei não me diz respeito, mas seu outro traço, este sim

de muita importância para mim, por estar relacionado de forma mais geral à questão da legitimidade democrática da qual falei. O que fazem Sabel e Simon é enfatizar o fato de que muitas decisões judiciais (*decrees*⁵) baseadas na reforma estrutural são, de fato, negociadas. Elas não são o resultado de um pleno processo de adjudicação (*adjudication*⁶). Os autores vêem nesse caráter negociado das decisões judiciais (*decrees*) uma fonte de legitimidade democrática para a *injunction* estrutural. Ora, acredito que a *injunction* estrutural possui, de fato, uma legitimidade democrática, mas estou incomodado pela tentativa de fundamentar sua legitimidade democrática na negociação, que precede a ocorrência do que é freqüentemente chamado acordo homologado pelo juiz (*consent decree*⁷).

De fato, acredito que esse tipo de ênfase no caráter negociado do *consent decree* e a participação que ela implica é, de alguma maneira, a repetição da idéia de consentimento, do consentimento individual como base da legitimidade democrática, característico do modelo de solução de controvérsias.

Portanto, minha objeção à proposta de Sabel e Simon tem três aspectos. Primeiro, se aceitarmos a opinião deles de que a legitimidade democrática advém da participação que envolve a negociação de um *consent decree*, o que fizemos foi torná-la vulnerável perante uma sentença estrutural que já foi plenamente julgada. Na minha opinião isso é um retrocesso. Eu diria que, se algo pode reivindicar a legitimidade democrática, esse algo é a decisão judicial sobre questões estruturais (*fully adjudicated structural decree*).

Segundo, se eles encontram, na negociação que precede um *consent decree*, o tipo de consentimento que dotaria a decisão de legitimidade democrática, eu diria que o mesmo

⁵ “Decree: 1. Traditionally, a judicial decision in a court of equity, admiralty, divorce or probate – similar to a judgment of a court of law <the judge’s decree in favor of the will’s beneficiary>. 2. A court’s final judgment. 3. Any court order, but esp. one in a matrimonial case <divorce decree>”. GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. 8ª ed. St. Paul: West Group, 2004, p. 440.

⁶ “Adjudication: 1. The legal process of resolving a dispute; the process of judicially deciding a case. 2. JUDGEMENT”. GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. 8ª ed. St. Paul: West Group, 2004, p. 45.

⁷ “Consent decree: A court decree that all parties agree to”. GARNER, Bryan A. *Black’s Law Dictionary*. 8ª ed. St. Paul: West Group, 2004, p. 324.

tipo de consentimento poderia ser extraído da participação dos litigantes no devido processo que leva à sentença de mérito.

Terceiro e mais importante, parece-me que este tipo de participação que está vinculado à negociação de uma sentença não produz o tipo de consentimento que está no âmago da teoria democrática. O tipo de consentimento presente na negociação da decisão é, em parte, estratégico: será que o acordo que vou conseguir com a outra parte é melhor do que o que vou conseguir mediante a decisão do juiz? E o seu efeito reflete uma estimativa do custo do litígio e a avaliação de seu impacto no bolso dos litigantes.

O que quero dizer é que creio que estes fatos, as considerações estratégicas, as considerações de custo estão muito presentes se o caso vai a juízo e é integralmente julgado. Mas, eu não insistiria em querer que a legitimidade democrática dessa *injunction* estrutural viesse desse tipo de participação no processo. O que reivindico é que a legitimidade democrática da *injunction* estrutural venha do fato de que o Judiciário tem que ser visto como uma parte essencial do sistema democrático e a sua exigência é apenas que os juízes tenham uma competência especial, única, para tornar significativos os valores da constituição.

Muito obrigado.

Paulo Eduardo Alves da Silva (Pesquisador Direito GV): Vamos dar início às perguntas. Podem ser feitas verbalmente ou por escrito.

José Rodrigo Rodriguez (Professor Direito GV): Professor Fiss, meu nome é José Rodrigo e sou o Coordenador de Pesquisa e Publicação da Escola. É um prazer ter o senhor aqui. Embora tenha sublinhado o fato de que os juízes não são filósofos, ouvindo o que o senhor diz, eles, mesmo assim, me parecem um tanto heróicos. Não tão heróicos quanto Hércules mas, como o Sr. disse, uma pessoa comum que perpetra algo de extraordinário. A minha pergunta é: depois de tudo o que o senhor falou, será que nós deveríamos ainda falar de juízes? Não deveríamos estar falando do processo e de como modelar o processo, de

modo que os juízes façam o que devem fazer? Ouvir a opinião pública e deixar que as forças sociais se expressem nesse processo? Não estamos lidando com um problema de modelo institucional mais do que da qualidade dos juízes? No final de sua apresentação, quando o senhor fala daquilo que os juízes deveriam fazer, poderiam fazer ou realmente fariam, ainda dá a impressão de que o senhor está falando principalmente de um herói e não da estrutura.

Professor Fiss: Acho que sua questão foi muito bem colocada. Acredito que os acadêmicos deveriam focalizar, em primeiro lugar, aquilo que o senhor chama de modelo institucional (*institutional design*). A ênfase deve ser dada à certeza de que os juízes ouvirão todas as queixas, todas as partes lesadas e de que suas decisões poderão ser justificadas em termos de princípios. Acredito que esses procedimentos transformarão os juízes em heróis. O fim desses Procedimentos (*procedures*⁸) não é o processo, o fim desses procedimentos é a justiça. E acredito que, se insistirmos fortemente nesses procedimentos, acabaremos por transformar as pessoas mais comuns em heróis.

Quando o caso *Brown* foi decidido em 1954, a tarefa primeira de executar as sentenças coube aos juízes dos Estados do Sul dos Estados Unidos. Essas pessoas eram todas brancas, boa parte dela republicana e todas elas tinham uma formação extremamente elitista. Algumas estavam no governo e outros eram advogados de companhias. Quando começaram, seu trabalho foi extremamente desapontador. As decisões caracterizaram-se pela falta de Justiça, mas os cidadãos negros continuaram a procurar aos juízes e a contar-lhes suas histórias de injustiças. Ao escutarem as mesmas histórias serem continuamente repetidas, os juízes foram forçados a redigir suas opiniões e de justificar o que estavam fazendo, e ao longo de uma década, não um ano, não uma semana, não dois anos, mas ao longo de uma década, pudemos presenciar pessoas comuns se transformarem em certo tipo de heróis.

⁸ "Procedure: 1. A specific method of course of action. 2. The judicial rule or manner for carrying on a civil lawsuit or criminal prosecution". GARNER, Bryan A. *Black's Law Dictionary*. 8ª ed. St. Paul: West Group, 2004, p. 1421.

Há um livro encantador escrito por Jack Bass, chamado *Heróis Improváveis*⁹ em que ele descreve justamente este processo que vai do fim da década de 50 à de 60. Os grandes heróis da era dos direitos civis nos EUA - Juiz Wisdom, Juiz Johnson, Juiz Toddle, Juiz Brown, por exemplo – transformaram-se devido ao procedimento que foram obrigados a seguir. Concordo com o senhor de que provavelmente há demasiada ênfase no elemento “heroísmo”, ao menos no tom com que eu falei, e que a ênfase deve ser dada ao desenho institucional, mas acredito que o procedimento pode ser construído de forma a transformar homens comuns em heróis.

Marcos Paulo Veríssimo: Professor Fiss, minha pergunta diz respeito ao modelo de instituições e também ao seu sentido. Estamos atualmente, no Brasil, empreendendo a reforma de nosso Judiciário, e acredito que, nesse processo, há uma forte influência do ideal do império da lei (*rule of law*). Também acredito que o ideal do império da lei possa ter duas leituras diferentes, cada uma correspondente a um modelo de justiça que o senhor apresentou. O ideal do império da lei pode ser lido como exigência de justiça e como reivindicação de instituições economicamente eficientes. Quando tentamos configurar um sistema judiciário, lendo o ideal do império da lei a partir do ponto de vista econômico, por assim dizer, estamos pensando numa instituição que consideramos primeiramente como um provedor de serviços: o Judiciário provê o serviço de decidir disputas, sendo seu objetivo a previsibilidade dos julgamentos, decisões rápidas. Este, penso eu, é o discurso corrente, agora, no Brasil. Uma outra leitura do ideal do império da lei é a exigência de justiça e aí estaríamos olhando para um sistema capaz de mudar a realidade e capaz de mudar a história da ditadura e da violação dos direitos humanos e sociais. O mercado não é a única instituição que resolve problemas dos países em desenvolvimento, mas o Judiciário também poderia contribuir para tanto. Eu vislumbro uma posição entre essas duas idéias de império da lei e a minha pergunta é: como equilibrar esses dois ideais e essas duas necessidades para reformar o Judiciário num país em desenvolvimento como o Brasil, por exemplo?

⁹ Jack Bass, *Unlikely heroes*, University Alabama Press, 1990.

Professor Fiss: Não acredito que se tenha que equilibrar, a tarefa é escolher. Não creio ter dito algo hoje que diminuísse a importância do conceito de eficiência. Acredito que ela tem importância em nossa vida social, e creio que parte da nossa vida social consiste em maximizar a satisfação de preferências e desejos. Acredito que as trocas bilaterais imaginadas pelo mercado têm seu papel na maximização dessas preferências e eu seria a última pessoa a negar o papel do mercado em nossa vida social. Penso, conforme o senhor sugeriu em seu comentário, que, embora se possa apreciar a importância do mercado e conceber um modelo de adjudicação em termos de servir o mercado, obtendo respostas previsíveis e rápidas, estaríamos prestando um desserviço ao Direito, ao reduzi-lo ao conceito de eficiência. Não se trata de equilibrar, mas de compreender que o objetivo do Direito não é a eficiência, mas sim a justiça. Pode ser que o conceito de justiça tenha que incluir algumas considerações quanto a resultados eficientes, mas há um conjunto de valores mais ricos e mais profundos que são compreendidos como fazendo parte do conceito de justiça. Por isso, acho que seria um erro fundamental pensar no Direito em termos de eficiência. Se me permitir tão-somente fazer uso de sua idéia, acho que deveríamos pensar no Direito como justiça, reconhecendo que parte da justiça pode a ter a ver com resultados eficientes.

O senhor começou seus comentários mencionando o termo império da lei. Acredito que o conceito de império da lei evoca certo respeito e autonomia para com a lei. Quando se fala em trazer de volta ou construir o conceito de império da lei, o que se quer é instaurar certo respeito e admiração pelo Direito, e a única razão pela qual a lei merece nosso respeito e nossa admiração é que ela serve somente a um único objetivo, a Justiça. Direito sem justiça não creio seja digno de nosso respeito nem de nossa admiração. Ainda, insistiria que não devemos tentar equilibrar essas duas coisas, mas escolher dentre elas.

Professor Carlos Alberto de Salles: Pergunto-me, em primeiro lugar, se esses juízes heróis têm realmente um papel na sociedade americana de hoje, pois acredito que os Estados Unidos estão vivendo um momento de restrição à ação judicial. A luta no Congresso relativa à nomeação pelo Presidente George W. Bush dos juízes da Suprema Corte são uma evidência deste fato. Pode-se ver, em cada uma dessas lutas, os democratas tentando

obstruir as nomeações de mais juízes conservadores. Gostaria de saber qual é realmente o papel dessas reformas estruturais, hoje, nos Estados Unidos.

Em segundo lugar, acho que, provavelmente, no Brasil e em outros países do terceiro mundo, esses juízes-heróis têm um papel maior a desempenhar na sociedade. No Brasil eles realmente têm esse papel. Vivemos agora um momento de ativismo judicial. Gostaria de conhecer a opinião do senhor a respeito disso. Primeiro, a respeito do momento pelo qual estão passando os Estados Unidos, e, segundo, sobre a possibilidade de países como o Brasil se valerem de algo como a reforma estrutural.

Professor Fiss: Devo muito ao Carlos pela tradução de meu trabalho para o idioma português, mas vou resistir à tentação de falar das implicações de meu trabalho para o Brasil. Tenho cá comigo uma regra que me diz para não fazer algo, a não ser que possa fazê-lo bem, e, acredite, eu não responderia bem a esta questão. Creio que a reforma estrutural seja relevante para a situação do Brasil. Na verdade, pode ser que o Brasil esteja num momento mais propício para a implementação da reforma estrutural do que os EUA. Com a eleição de Lula, há aqui uma oportunidade especial que não existe nos Estados Unidos. Como vocês sabem, participo de um encontro acadêmico que vai ocorrer nos próximos dias. Um dos trabalhos para este encontro é de uma jovem professora da Argentina. Nele, a autora, tenta explicar a relevância da reforma estrutural em seu país. A autora vê, em vários casos dos últimos quatro ou cinco anos, uma tentativa do Judiciário argentino de enfrentar as inadequações de suas organizações burocráticas, particularmente no âmbito da saúde pública, e reorganizar aquelas instituições segundo certas linhas estruturais.

Este não é um momento feliz para o Judiciário norte-americano. Desde meados da década de 70, a Suprema Corte dos Estados Unidos tem sido provida largamente – não exclusivamente, mas largamente – de juízes cuja função precípua parece ter sido desfazer o legado do caso “Brown vs. Board of Education”, da Corte de Warren. “Brown vs. Board of Education” ainda está nos livros e é citado pela maioria dos tribunais, mas acredito que tenha sido drenado de toda a sua vitalidade. De fato, no recente julgamento envolvendo a

decisão anti-segregação da *Missouri School*, há uma longa opinião de Justice Thomas, que é uma espécie de crítica contra o conceito de reforma estrutural e uma volta ao modelo de solução de controvérsias. Desde o final da década de 70, o conceito de reforma estrutural tem sido objeto de ataques no Judiciário. Há muitos juízes heróicos em nossas cortes federais menores, como o Juiz Justice, do Texas, que perpetrou o modelo que acabo de descrever. Mas considero um erro ler por cima a história americana dos últimos 20 anos e usá-la para dar as costas ao conceito de reforma estrutural. Deveríamos insistir para que esses juízes passem a confrontar os abusos nas organizações burocráticas. Surpreendentemente, eles têm feito isso nos casos das prisões, nos casos domésticos, o que até parece milagre.

Creio que a maioria dos senhores ouviu falar da surpreendente vitória da ação afirmativa (*affirmative action*) no caso *Michigan*, ou de “Lawrence vs Texas”, concernente a direitos homossexuais nos EUA. Penso que são realmente esses *procedimentos* institucionais que estão forçando os juízes, de outra forma relutantes, a abraçar essas posições que, proceder deste modo.

Assim, reconheço, Carlos, a questão que o senhor levantou, de que a época não parece ser boa para a reforma estrutural, devido à qualidade dos julgamentos. E é por isso que Sabel e Simon colocam tanta ênfase nas decisões negociadas (*negotiated decree*) e não nas adjudicadas (*adjudicated decrees*). Fazendo isso, parecem deslocar o foco do juiz para o das próprias partes. A verdade da questão é que qualquer negociação será feita à sombra da lei. Mesmo se a parte acreditar que o juiz falhará quanto à justiça, ela pode estar certa de que o produto da negociação vai lhe fazer ainda menos justiça, porque a parte estará sempre calculando a ajuda que o juiz dará. E não devemos pensar que o que há de errado na América são os juízes. A quem mais podemos recorrer? Ao Legislativo? Desde a posse de *Gingrich* no Congresso, o legislativo não tem sido receptivo à reforma estrutural. Ao contrário, até acho que eles têm sido em muitos aspectos hostis a ela. Um dos produtos do Congresso em 1996, chamado Ato de Litígio da Reforma Carcerária (*Prison Reform Litigation Act*), que é uma medida do Congresso que tenta frustrar os esforços do Juiz Justice, que se propunha a reorganizar o sistema carcerário do Texas e levá-lo ao nível dos

critérios mínimos de civilidade.

Assim, Carlos, reconheço a validade de sua premissa de que agora não é um bom momento na história americana, mas, se nós planejarmos as instituições que envolvem e obstruem os juízes, acatarmos suas decisões, acredito que estaremos no caminho certo para realizar os ideais da Constituição. Não sei o que mais poderíamos fazer. **Marcos Nobre:** Em primeiro lugar, gostaria de agradecer o senhor por essa apresentação tão clara e elucidativa. Gostaria de tocar em dois pontos referentes à oposição que o senhor estabeleceu entre os dois modelos. O que tenho a dizer se refere a seus próprios propósitos, mas não sei se isso vai ser produtivo, de modo que vou começar dizendo que, se entendi bem, sua queixa geral é, corretamente, a favor e contra certos estudos dos *critical legal studies* e, no exemplo mencionado, a favor e contra Charles Sabel e Simon, o que equivaleria a dizer: “Muito bem, Direito é Política, mas não apenas Política, e isso têm o seu momento”. Realmente, acho que esta é a melhor posição que se pode ter. No entanto, deixe-me dizer que, quando o senhor discute com Sabel e Simon, parece-me que sua crítica está baseada no segundo modelo. Acho que seus pontos estão realmente baseados no modelo de solução de controvérsias, o que equivale a dizer que há algo nesse equilíbrio que o senhor estabelece entre políticos e não-políticos, que tem muito a ver com esses dois modelos. De maneira que acho que se o senhor aproximar esses dois modelos obterá mais resultados do que os opondo, tanto mais se reconhecermos que a estação de caça à reforma estrutural está aberta e não ao modelo de solução de controvérsias. Quero dizer, com isso, que este herói republicano me assusta. Assim, nesse sentido, se o senhor realmente quer propor a idéia da reforma estrutural, não seria mais produtivo aproximar os dois modelos, em lugar de opô-los? Obrigado.

Professor Fiss: Não estou certo. Depende do que o senhor entende por produtivo (*fruitful*). Não me vejo obrigado ou mesmo interessado em produzir melhores resultados (*outcomes*). Sou um professor e meu único propósito na vida é contribuir para desenvolver e propor idéias. Quando leio as decisões da Suprema Corte ou a decisão de qualquer tribunal - nessa época de caça, como o senhor diz -, o que eu sinto que está acontecendo é que nossos horizontes estão sendo limitados. Coisas que já havíamos compreendido anteriormente,

nem sequer aparecem na periferia. Meu propósito é tentar recuperar uma maneira de entender o Direito, que está se tornando cada vez mais invisível. Eu ressinto-me com Sabel e Simon não porque sejam representantes do *critical legal studies* – alguns de meus melhores amigos também o são –, mas por eles estarem enfatizando a solução consensual (*consent decree*) em oposição à solução adjudicada (*adjudicated decree*). Penso que eles estão perdendo de vista uma maneira melhor de atingir a justiça. Enfatizar a solução negociada pode produzir os melhores resultados possíveis em um mundo imperfeito, mas não vejo isso como minha tarefa. Meu objetivo, ao contrário, é tentar recuperar uma certa compreensão de como era praticado o Direito e de como ele poderia ser praticado novamente. Isso pode não ocorrer amanhã, mas a maioria das pessoas aqui na sala tem por volta de 25 anos e ainda tem muitos anos pela frente para fazer do Direito o que ele deveria ser. Nosso propósito, como professores, é lembrar-lhes das possibilidades do Direito. Tal desafio me parece mais apropriado do que vitórias temporais.

A oposição entre o modelo de solução de controvérsias e o de reforma estrutural pode ser minimizada. Teríamos apenas que introduzir organizações e grupos sociais no modelo de solução de controvérsias. Mas, a partir do momento que o fizéssemos, começaríamos a perder de vista o que está realmente em jogo neste momento histórico.

Paulo Eduardo Alves da Silva (Pesquisador Direito GV): Registro a presença de um outro professor que visita nossa Escola, o Professor Daniel Bonilha, da Universidade de Los Andes, Colômbia.

Daniel Bonilha (Universidade de Los Andes, Colômbia): Acho que o modelo de solução de controvérsias não é plausível, mas é plausível a idéia da lei como instrumento de justiça que está por trás da reforma estrutural. Tenho, porém, duas coisas que me preocupam, referentes à reforma estrutural e creio que estão inter-relacionadas.

A primeira diz respeito à questão de saber se o modelo de reforma estrutural realizada por juízes vai substituir a discussão política e a vibrante comunidade política onde os cidadãos e seus representantes estão debatendo sobre as coisas mais importantes para o Estado.

A segunda questão está muito relacionada com a primeira e se refere a fatos reais, realizados por juízes, fatos de reforma estrutural, há tempo acontecidos, que ainda são lembrados. Pensei nisso por causa do debate que ocorre nos Estados Unidos sobre os efeitos do caso *Brown* (estatisticamente, ainda se vê uma porção de escolas que continuam segregadas), ou seus efeitos reais que dependem do rol que desempenham certas pessoas (por exemplo, em pequenas cidades do Texas, onde há um real direito de escolha para as mulheres). E isso ocorre porque muitos cidadãos e muitos de seus representantes não estão realmente por trás das idéias plausíveis. Acredito que estamos justificando as decisões seqüenciais, e no caso de *Brown*.

Professor Fiss: Não estou feliz com o estado de desagregação das escolas nos EUA. Temos um número excessivamente grande de escolas para negros. Eliminamos uma instituição que existia em 1954 e que durante a maior parte de nossa história foi chamada de “escola só para brancos”. Não há mais escolas só para brancos, mas há diversas escolas só para negros e este fato não é particularmente feliz para mim. Não existir mais a “escola para brancos” não se deve somente à reforma estrutural, mas ao fato de que em meados da década de 70, abandonamos nosso compromisso para com a igualdade racial. E, em 1974, quando a Suprema Corte decidiu o caso “*Millikan contra Bradley*”, caso de de-segregação racial em uma escola metropolitana envolvendo a cidade de Detroit e a Suprema Corte, numa decisão de cinco votos a quatro, abandonou o compromisso de igualdade racial (*Commitment to Racial Equality*) que havia sido adotado no caso *Brown*. O que temos agora são escolas no centro da cidade que são, de certa forma, integradas, mas são quase todas de negros, ao passo que escolas suburbanas são integradas. Mas isso se deve, acredito, não à reforma estrutural, que é essencialmente um conceito processual (*procedure concept*), mas ao equívoco que é, nos EUA, o ideal de igualdade racial. Tendo dito isso e indo ao encontro do ponto levantado por Daniel de que as escolas públicas ainda estão segregadas, eu diria que de 1954 a 1996, os EUA estiveram às voltas com um processo que eu chamaria de segunda reconstrução. Durante os primeiros vinte anos, houve um processo afirmativo, contínuo, de ataque à estrutura de discriminação por tipo racial. A partir da metade da década de 70, surgiu um equívoco, quanto a essa meta, e os últimos vinte anos foram principalmente de estratégia defensiva.

E, durante aquele período de vinte anos, não digo que eliminamos a estrutura de tipo de raça, mas criamos uma classe média negra. E não conheço nenhum outro país no mundo que tenha criado uma classe média negra, de subclasse social que ela era. E eu concordo com o senhor quanto ao caráter incompleto da de-segregação das escolas, mas não vamos desconsiderar o mérito do que fizemos. Nem tudo se deveu à reforma estrutural, acredite-me. O surgimento de uma classe média negra fez parte da segunda reconstrução de um conjunto de estratégias originárias. E, apesar de meu desapontamento com a extensão do caso “Millikan contra Bradley”, nunca sub-valorizei as conquistas da segunda reconstrução. Foi um milagre, um milagre que não sei como aconteceu, mas que deve ser reconhecido.

Quanto à sua primeira questão, Daniel, que trata da relação entre política e a jurisdição, não vejo, nenhuma antinomia entre eles. Sem dúvida, um dos períodos mais democráticos na história dos EUA, em termos de política democrática, foi o período que vai de 1954, passando pelo final dos anos 60, até começos da década de 70. Este foi um período de união entre os cidadãos, debatendo, marchando, protestando. Foi também o período em que

- a. o Judiciário praticava e criava a reforma estrutural institucional. Creio que seja um engano considerarmos a relação entre política democrática e o forte exercício do poder judicial como antitética. De fato, um dos pilares básicos da reforma estrutural é a noção de moralidade pública, é o fato de que temos valores públicos que nos unem. Quando Martin Luther King Jr. marchou em Birmingham, ou de Selmon a Montgomery, ou permaneceu nos degraus do Lincoln Monument demandando justiça, ele não estava evocando somente autoridades divinas. Estava-se falando também do conceito de igualdade racial, que estava chegando, elaborado pelo Judiciário, não somente pela Suprema Corte, mas pelo Juiz Johnson, pelo Juiz Wisdom. Seria um erro, um grande erro, pensar a relação entre política e
- b. o forte exercício do Poder Judiciário como antiético. O exercício do Poder Judiciário está fundado no reconhecimento de que há uma moralidade pública que dá identidade e coerência a esta nação, que por outro lado, pode servir de inspiração para uma política democrática, tal como o senhor a vê.

Pergunta de um aluno: Sabemos que os precedentes são importantes para o processo legal nos EUA. Gostaríamos de saber como lidam, hoje, os juízes da corte com os precedentes dos anos 70, se eles ainda fazem ou não uso deles, se estes vão contra a política ou os interesses industriais nos EUA?

Outra pergunta: O papel do Judiciário diz respeito ao modelo institucional, nos diferentes aspectos do regime político. Em outras palavras, o Judiciário, no parlamentarismo, é diferente do Judiciário no presidencialismo, onde é reconhecido como um poder político. Qual é o impacto da reforma estrutural nessas diferentes situações e será que a reforma estrutural só poderia produzir os resultados que o senhor descreveu, num regime presidencialista?

Professor Fiss: Acho que a pergunta do aluno sobre os precedentes é muito apropriada. Acredito que a maioria que controla a corte, hoje em dia, nos faz pensar bastante na questão dos precedentes. De fato, creio que eles estão preparados para derrubar precedentes e ressuscitar precedentes que há muito foram descartados pela corte. Sinceramente, eles não são os únicos elementos que estão no jogo. Durante o apogeu da Corte Warren, não creio que a justiça tivesse, igualmente, grande respeito pelos precedentes. É fácil acompanhar o bloco conservador que agora está no controle, porque eles estão sendo hipócritas, mas não creio que a Corte de Warren tenha sido hipócrita apesar de não terem seguido os precedentes. O Juiz Douglas, do Supremo, um dos líderes da Corte, simplesmente disse que, por ter jurado preservar a Constituição, ele tem a mesma legitimidade de seus predecessores para fazê-lo e, se necessário, subverter a decisão. Sendo assim, não acho que o precedente exerça papel de controle, mas que esta é uma Corte comprometida com o revisionismo, com um não-apego aos precedentes, como também acho que a Corte dos anos 60 estava igualmente comprometida com esse tipo de revisionismo. No sistema americano, precedente é algo que define o campo de trabalho do juiz, mas juízes não se sentem fortemente vinculados por decisões anteriores.

Qual é o impacto que o sistema presidencialista oposto ao sistema parlamentarista tem no conceito de reforma estrutural? Parece-me ser uma questão bem interessante. Minha impressão é que a distinção é completamente superestimada.

De fato, se olhar à sua volta, em países onde a reforma estrutural foi implantada, você a encontrará em sistemas parlamentaristas também. De fato, um dos países onde a reforma estrutural é praticada, de modo robusto, é o Canadá, que tem sistema parlamentarista. O

país ajustou a Carta Constitucional dos Direitos e Liberdades em 1982 para que ela compreendesse as características específicas do sistema parlamentar. Esse ajuste acontece na cláusula de *notwithstanding*, que dá ao legislativo o poder de suspender temporariamente a efetividade de certas regras constitucionais. Não creio que seja tanto um sistema político formal o que governa. Mais importante é antes o reconhecimento do tipo de premissas que subjazem à reforma estrutural, mais precisamente, o reconhecimento da importância dos grupos sociais e das organizações burocráticas e o reconhecimento de um tipo de moralidade pública que dê a nação de coerência e identidade. E, mesmo o Canadá tendo um sistema parlamentarista, é possível que ele adote a reforma estrutural.

Caio Mário da Silva Pereira Neto (Direito GV): Professor Fiss, o senhor opôs dois modelos diferentes de julgamento, o da solução de controvérsias e o da reforma estrutural. Durante sua exposição, imaginei um terceiro tipo de intervenção judicial e fiquei pensando se o senhor o consideraria um terceiro modelo. É isso que gostaria de apresentar. Esse terceiro tipo seria uma maneira de o Judiciário forçar a burocracia do Executivo a dar explicações quanto a certas decisões. Dessa forma, o que tenho em mente é algo mais próximo de um exame rigoroso da doutrina dos Estados Unidos, como no caso das “fazendas estatais”, em que o Judiciário tenta descobrir se o Poder Executivo – a burocracia – tem alguma justificativa consistente para ter agido daquela forma, e exige essa justificativa. Parece-me que poderíamos chamar a este tipo de intervenção de “racionalidade imposta” – só para os fins dessa discussão –, ou seja, forçar o Poder Executivo a encontrar uma boa razão que justifique o fato de ter agido daquela forma. Isso está mais próximo do tipo de intervenção da reforma estrutural do que do tipo da solução de controvérsias, uma vez que ele pressupõe algum tipo de sociologia por trás dele. Tipos de decisões que dizem respeito à política de saúde ou ao sistema penal requereriam algum tipo de racionalidade. Assim, este terceiro modelo pode pressupor algum tipo de sociologia, pode discutir, enfim, a moralidade pública, e exigir uma justificativa dentro desta moralidade pública e, necessariamente, pressupor um *status quo*. Isto pode realmente forçar o Poder Executivo e a sua burocracia a respeitá-lo, e descobrir por que o Executivo está agindo de uma maneira ou de outra. De acordo com este modelo, o Judiciário é visto realmente como parte do sistema estatal. Concluindo, o que sugiro é que este tipo de

intervenção estaria mais próximo do modelo de reforma estrutural de um Judiciário ativo, do que do de solução de controvérsias e, sendo assim, apresentaria duas questões. Primeira: seria este um terceiro modelo? Segunda: se o fosse, onde serviria? Qual seria seu papel? Quando este terceiro modelo seria mais adequado do que a reforma estrutural? Quando o Judiciário deveria decidir apenas reformar a burocracia e quando deveria ele exigir da burocracia que repensasse a si mesma? É isso que queria colocar e agora gostaria de ouvir a sua opinião.

Tamira Maíra Fioravante (Pesquisadora Direito GV): Baseado no sistema de reforma estrutural, pode um juiz determinar uma ação afirmativa e um plano de ação político? Em caso afirmativo, como faria isso? Existem critérios genéricos ou isso deveria ser feito caso por caso?

Professor Fiss: Creio realmente que esse terceiro modelo esteja mais próximo da reforma estrutural, pois, conforme o senhor apontou, não tem viés individualista, não pressupõe um *status quo* justo e não vê o Judiciário como instituição isolada fora do sistema governamental. É verdade que o modelo de reforma estrutural tem uma concepção muito robusta dos valores públicos. O valor principal, no seu modelo, é a da racionalidade. É um método de compelir à racionalidade. Com reforma estrutural não se trataria tão-somente de uma aspiração à racionalidade, mas haveria uma série de metas fundamentais implicadas, tais como a igualdade racial ou punições que não fossem cruéis e/ou extraordinárias. Imagine uma ordem dada a uma prisão do Texas: “Por que há quatro pessoas numa cela? Dêem-nos as razões por haver quatro pessoas numa cela”. Temos quatro pessoas numa cela por falta de dinheiro para construir uma cela para cada pessoa. Por acaso esta é uma razão? É uma boa razão? Se você disser que não é uma boa razão, estará mudando do processo de somente aplicar a racionalidade e passará a se pautar por algum critério moral consistente, ou por algum critério constitucional, pelos quais a razão possa ser considerada boa ou não. Concluindo, aprecio sua proposta de um terceiro caminho, mas, até que você forneça uma compreensão mais robusta do conceito de racionalidade, eu a considero anêmica. Ela não leva à espécie de compromissos que estão envolvidos – eu acho – no caso das prisões do Texas ou dos casos de dessegregação nas escolas. E não acredito que caiba ao Judiciário

formular políticas de ações afirmativas. Cabe ao Judiciário julgar a constitucionalidade das ações políticas e das práticas instituídas pelo Estado ou por agências federais. Desde meados dos anos 70, a questão da ação afirmativa tem sido calorosamente contestada nos EUA. A questão gira em torno de quando a ação afirmativa adotada pela Universidade da Califórnia ou, mais recentemente, pela Universidade de Michigan, seria permissível. Este é o trabalho do Judiciário. O judiciário deve também decidir se certas práticas de determinadas instituições, que não têm ação afirmativa, são constitucionais. Por exemplo, um funcionário público estadual aplica um teste a cada um dos candidatos a um emprego de forma idêntica. O candidato precisa obter uma certa pontuação para se tornar um empregado da agência. A questão que surge é se, à luz do impacto da aplicação dessa medida supostamente igualitária nos indivíduos negros, prejudicados por séculos de escravidão e depois por um século de Jim Crow, o Estado estaria então negando proteção igualitária. Em um caso muito famoso decidido em 1971 a Suprema Corte Americana, decidiu que aplicar uma política pretensamente neutra a todos os inscritos, sem levar em consideração o impacto que tal política teria em relação às oportunidades de uma minoria que havia sido prejudicada no passado, era ilegítimo. A questão, no caso, não era formular uma política (*policy*) de ação afirmativa, mas decidir se as práticas da instituição eram ou não legítimas.

A ação afirmativa não tem nada a ver com a diversidade de pontos de vista. A ação afirmativa nos EUA tem o objetivo de eliminar o sistema de discriminação racial. A ação afirmativa é planejada para destruir o sistema onde os negros são perpetuamente considerados como uma subclasse. A ação afirmativa é uma tentativa de erradicar a estrutura de castas raciais ao acelerar o momento em que os negros terão a possibilidade de desfrutar de posições de poder e de prestígio na sociedade americana. A ação afirmativa, embora não especificamente a questão de “Brown vs. Board of Education”, depende da decisão da corte, nesse caso, porque esta decisão tornou a estrutura da discriminação racial uma afronta às aspirações igualitárias da constituição. Depois de uma década, começamos a compreender que a única maneira pela qual erradicaríamos este tipo de estrutura seria por meio dessa política de ação afirmativa. Tratou-se de uma espécie de interação entre o Judiciário e a política corrente que produziu esta estratégia particular.

- Ronaldo Porto Macedo (Professor Direito GV):** Professor Fiss, é realmente um prazer ter
- a. o senhor aqui, no Brasil. Seu artigo contém muitos argumentos estimulantes contra a idéia do acordo (*settlement*) como meio para a solução de um conflito. Pergunto-me se, quando pensamos em certos tipos de acordos – por exemplo, a indústria do tabaco ou o acordo feito contra os fabricantes e os traficantes de armas na área metropolitana de Chicago, ou mesmo alguns tipos de acordos que são bastante habituais em casos antitruste - se o acordo, como um instrumento pode ser pensado como uma espécie de meio para se atingir a reforma estrutural – esta é uma das questões que queria tocar. A outra é que, quando pensamos, por exemplo, no acordo da indústria do tabaco, surge uma situação muito curiosa, porque a indústria do tabaco era bastante forte para influenciar o aparecimento de leis muito lenientes ou tolerantes em relação a ela, e o que ocorreu é que o Judiciário, de uma certa forma, colocou-se contra a própria lei, no sentido de que alguma lei foi ignorada, conforme me lembro ter lido no título de um artigo da *Economist Review*. “Quando os processos criam políticas” (*When law suits make policy*) foi a manchete da revista. Gostaria de ouvir
 - b. o senhor a respeito disso.

Professor Cássio Scarpinella Bueno: Professor Fiss, é uma grande honra para mim estar aqui e ter a oportunidade de ouvir tudo o que o senhor nos contou. Fico muito satisfeito que os alunos do primeiro ano tenham tido ocasião de ouvir o senhor falar sobre processo civil, e da maneira como o senhor falou. Minha pergunta baseia-se naquilo que disse Carlos Salles. Gostaria de ouvir do senhor sobre a reforma estrutural aqui no Brasil, focalizando uma única questão: como são escolhidos os juízes nos EUA. Aqui, os juízes de primeira instância não são eleitos, e não sabemos quem são eles. Eles passam por um exame, são bons técnicos. Conhecem as leis, conhecem as normas, conhecem os códigos, conhecem tudo sobre a lei em si, mas nós não os conhecemos e eles não devem provar que conhecem nada mais do que a lei, os códigos, os textos em si. O senhor acha isso democrático? Como o senhor vê a legitimidade da reforma estrutural, por exemplo, nesta base?

Professor Fiss: O título do artigo, Ronaldo, é “Contra o Acordo”, e é, provavelmente, meu melhor título¹⁰. Mas, como todos os bons títulos, eles se excede um pouco. Não é que eu seja contra acordos. Acordos servem para propósitos úteis, mas não acho que eles sejam a

lei. Eles não são leis. São apenas barganhas conseguidas pelas partes. Eles podem ter a lei em sua cabeça, mas têm também uma porção de outras coisas, a saber: custos, vantagens políticas, todas as coisas que você evocou quando falou do acordo do tabaco e dos escândalos recentes a respeito de outras coisas. Devemos tratar os acordos exatamente pelo que são: um contrato ou uma concordância entre as partes. O que me incomoda com os acordos é a tentativa de apresentá-los como se fosse lei. Voltando à sua questão sobre modelos institucionais, temos que lembrar que a autoridade do juiz e das suas decisões, deriva do processo pelo qual é confiado poder à pessoa. Esse processo significa julgar um caso perante a corte, buscar, por fatos e conclusões legais, justificar a decisão com base em princípios e fazer tudo isso em tribunal público. E é daí que provém a autoridade da lei. Não podemos deixar de lado este fato. Em contraste, pelo fato de o acordo ser um procedimento fácil, respeitamos e admiramos mais uma barganha entre as partes do que a sua simples concordância. O que está acontecendo na América, e eu atribuo isso à ascendência do modelo de solução de controvérsias, é que vemos o acordo como Direito pois uma contenda foi decidida entre as partes e somos levados a ver como Direito qualquer mecanismo que resolva uma disputa. Entretanto, se pensarmos no Direito como justiça, e considerarmos que os juízes têm autoridade em virtude dos procedimentos que limitam seu poder, veremos que o acordo não representa o Direito. A autoridade do direito deriva de instituições e processos que envolvem o processo judicial.

¹⁰ “Against the settlement”, texto do Professor Owen Fiss traduzido e publicado no Brasil com o título “Contra o acordo”, na obra *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo, RT, 2004.

Não conheço o suficiente sobre o sistema romano-germânico [*Civil Law* praticado no Brasil – enquanto nos EUA o sistema é o *Common Law*] ou o tratamento dos juízes enquanto classe profissional isolada para poder responder a você satisfatoriamente, Cássio. Pude ver como a dinâmica à qual você se refere pode até impedir que esse modelo de julgamento decole. Quanto à Argentina, que também tem um sistema de romano-germânico, em que juízes que são escolhidos a partir de um núcleo profissional, houve tentativas de implementação da reforma estrutural. Você expressou esta idéia perfeitamente quando disse que todos os juízes conhecem a lei e os códigos. Isto é inadequado. Um juiz não pode saber somente o código. Como eu disse, há diferença entre eficiência e justiça, há também a diferença entre código e Direito e, parece-me, neste espaço entre o código e o Direito, há espaço suficiente para trazer à tona a questão de reforma estrutural.

Vinícius Correa Buranelli (Assistente de pesquisa Direito GV): Professor Fiss, por um lado temos esta idéia comum de que um governo confiável proverá políticas públicas eficientes e, conseqüentemente, crescimento econômico e desenvolvimento social. Por outro lado, temos uma corte decidindo sem controle e com alto impacto social. Talvez, na América Latina, no Brasil, tenhamos cortes decidindo sem controle nenhum, ou com pouco controle. Em vista disso, o senhor acredita haver contradição aqui? Gostaria de conhecer sua opinião sobre controlar os juízes. Como podemos controlar os juízes, controlar as decisões, sem abrir mão da idéia de independência?

Professor Fiss: Penso que a independência é uma virtude muito importante do Judiciário e uma das fontes de sua autoridade. Independência é absolutamente crucial se os juízes reivindicarem a competência de serem os porta-vozes do Direito, investidos de autoridade. Mas é igualmente importante que reconheçamos que os juízes fazem parte do sistema democrático e, por isso mesmo, nós não desejamos para eles uma independência absoluta, mas o que eu chamo de um “*Right degree of independence*”.¹¹ Apesar de festejarmos a independência da Justiça Federal nos EUA, sabemos que não há independência absoluta. Por exemplo, os juízes da Justiça Federal são indicados pelo Presidente dos Estados Unidos, sob aconselhamento e consentimento do Senado. Eles não são indicados por outros

Publicado no Brasil na obra *Um novo processo civil: Estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade*. São Paulo, RT, 2004.

juízes, como no caso do Chile. Também sabemos que juízes engajados na reforma estrutural são muitas vezes dependentes do Executivo para a aplicação (*enforcement*) de seus atos. Os juízes não têm bolsa nem espada, (*Judges have neither the purse nor the sword*). Cria-se, assim, uma espécie de dependência. Também acho que devemos nos sentir livres para criticar aos juízes e suas decisões. Por outro lado, embora os juízes estejam sujeitos ao controle através destes mecanismos, devemos estabelecer uma linha separatória. Uma linha que seja traçada nos EUA, e que talvez possa ser apropriada para o Brasil, em que não se possa remover juízes só porque se está em desacordo com a substância de sua opinião. Parece-me que, embora se queira ter juízes que cumpram com o pressuposto de *accountability* dentro do sistema democrático, se os tornarmos removíveis de seu cargo devido à discordância quanto a uma decisão, ou se atribuirmos ao Legislativo o poder de derrubar o resultado da decisão, pelo fato de não concordar com ela, parece-me que estaremos começando a perder a essência da independência que acredito ser necessária para medir a autoridade judicial. A independência não é não deve ser absoluta. Estamos procurando por um grau de independência sustentável. Este grau é, com certeza, específico de cada cultura e de cada nação. Entretanto, trata-se de uma linha muito importante e difícil de se isolar e definir.

Finalização do Debate

Caio Mário da Silva Pereira Neto (Direito GV): Em primeiro lugar, gostaria de convidar a todos para a conferência do Professor Fiss, na quarta-feira, às 10 horas, na USP. Ele falará sobre “Liberdade de expressão”. Todos, então, estão convidados na Sala da Congregação da Universidade de São Paulo.

Gostaria de dizer algumas poucas palavras agradecendo o Professor Fiss por estar aqui.

Creio que muitos, antes de mim, já o fizeram. É realmente um grande prazer tê-lo aqui na Escola, e creio que o Professor Preetz descreveu de uma forma muito boa a maneira que o senhor tem de ensinar, o modo que o senhor tem de falar. O senhor sempre tenta colocar uma questão moral de muito peso no começo de sua aula e tenta fazer com que a focalizem, atacando a questão. Acho que é isso realmente que provoca toda essa discussão. É isso que

faz com que seu trabalho transcenda os leitores americanos e atinja os leitores de outros países, com outras jurisdições e com outros sistemas legais. O que nos liga a todos são as questões morais importantes. Estamos todos aqui, hoje, após essa conferência que nos obriga a pensar, com todas essas questões que ela levantou, e poderíamos continuar realmente até quarta-feira, porque o senhor tocou realmente em grandes questões morais, e estamos interessados nelas.

Professor Fiss: Muito obrigado, Caio. Você deve lembrar que George Preetz foi um de meus estudantes e compartilha das mesmas características que são próprias de meus estudantes. Embora eu coloque uma grave questão moral, nenhum deles jamais concorda com as respostas.

Muito obrigado. Espero que este seja apenas o começo de um longo diálogo, nessa e em outras visitas no futuro. Penso que se trata realmente do começo de uma discussão e de um empreendimento intelectual que levaremos adiante, juntos.

Obrigado.