

POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIAIS? SIM, ELAS EXISTEM!

Judicial public policies? Yes, they exist!

Ricardo Silveira Ribeiro

Advocacia Geral da União (AGU), Aracaju, SE, Brasil.

Informações do artigo

Recebido em xx/xx/xxxx

Aceito em xx/xx/xxxx



Esta obra está licenciada com uma Licença [Creative Commons Atribuição 4.0 Internacional](#).

Como ser citado (modelo ABNT)

RIBEIRO, Ricardo Silveira. POLÍTICAS PÚBLICAS JUDICIAIS? SIM, ELAS EXISTEM! *Direito, Processo e Cidadania*. Recife, v. 1, n.1, p.159-174, jan./abr., 2022.

Editor responsável

Prof. Dr. José Mário Wanderley Gomes Neto

Resumo

O artigo objetiva demonstrar que o Poder Judiciário desempenha funções políticas e possui um aparato institucional que o qualifica como *policy maker*, um órgão de governo. A partir da descrição de características comuns a toda política pública, o trabalho esclarece como decisões judiciais podem ser concebidas como manifestações de políticas públicas judiciais, dado o potencial de provocarem impactos direta ou indiretamente no meio social, político ou econômico. Ao fim, propõe-se que o foco dos estudos dos impactos de políticas públicas judiciais não esteja circunscrito a uma decisão isolada, mas aos múltiplos efeitos de decisões judiciais tomadas em um mesmo sentido.

Palavras-Chave: Poder Judiciário. Políticas Judiciais. Política Judicial. Políticas Públicas.

Abstract

The article aims to demonstrate that the Judicial Power performs political functions and has an institutional apparatus that qualifies it as a policy maker, a government body. From the description of characteristics common to all public policy, the work clarifies how judicial decisions can be conceived as manifestations of judicial public policies, given the potential to cause direct or indirect impacts on the social, political, or economic environment. Finally, it is proposed that the focus of studies on the impacts of judicial public policies is not limited to an isolated decision, but to the multiple effects of judicial decisions taken in the same direction.

Keywords: Judicial Power. Judicial Policies. Judicial Politics. Public Policies.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, não se costuma tratar o Poder Judiciário como *policy maker*.¹ O discurso tradicional da separação de poderes, ou distinção de funções, sugere que somente a Administração Pública e os órgãos legislativos planejam e/ou executam políticas públicas, enquanto o Poder Judiciário figuraria como um terceiro poder distante do ambiente político. Mesmo quando atua no controle judicial de políticas públicas, o Poder Judiciário o faria de modo excepcional em uma espécie de desvio do sistema instituído pelo art. 2º da Constituição de 1988 ou “a exceção que confirma a regra”. Por esse motivo, as decisões judiciais costumam ressaltar que a intervenção judicial em políticas públicas é apenas excepcional em razão do princípio da separação de poderes (ex.: STF, 2014; STF, 2021; STJ, 2014).

¹ Embora pareça um estrangeirismo desnecessário, a utilização do termo justifica-se por inexistir, em nosso vocabulário, alguma palavra semelhante que possa traduzir com simplicidade e poucas palavras a ideia expressa nele.

Essa expectativa, contudo, contrasta com a realidade do processo decisório judicial. Para o advogado público responsável pela defesa da Administração Pública em ações coletivas, por exemplo, não só resta evidente o peso do Poder Judiciário no processo de produção e implementação de políticas públicas, como isso implica uma responsabilidade adicional: levar para os processos com repercussão significativa para a sociedade argumentos relacionados com os dilemas do planejamento e execução de políticas públicas que, usualmente, não são tratados pela parte autora interessada, nem pelos juízes. O Ministério Público, a Defensoria Pública ou os demais atores coletivos, por outro lado, vêem no Poder Judiciário a *ultima ratio*, a esperança de contornar limitações impostas pela Administração Pública ou pela própria realidade. A tese subjacente às suas demandas seria a de que, diante de qualquer omissão administrativa parcial ou total, poderia o Poder Judiciário intervir para corrigir distorções.

São duas perspectivas que entram em rota de colisão no processo judicial: a visão do “gestor público” e a visão dos “atores coletivos” e, nesse ambiente de incertezas e de informação incompleta, caberá ao Poder Judiciário dar uma decisão final, impondo a última palavra sobre questões controversas capazes de afetar a realidade direta ou indiretamente. Em comum, todos esses atores debatem a alocação de direitos e recursos que podem, em maior ou menor grau, impactar a vida de diversas pessoas.

Tal ambiente evoca duas perguntas: diante do perfil de demandas que chegam ao Poder Judiciário, podemos afirmar que os juízes são *policy makers*? As características do processo judicial tornam o processo decisório judicial uma política pública? Como se verá, este artigo sustenta que ambas as perguntas merecem respostas positivas e, nesse sentido, o Poder Judiciário enfrenta dilemas parecidos com os dos gestores públicos, mesmo diante das peculiaridades inerentes a um ambiente delimitado por regras da legislação processual.

O leitor poderá observar que o trabalho se subdivide em três seções adicionais. Na seção 2, discutiremos o conceito de políticas públicas. A seguir, demonstraremos a razão pela qual se pode afirmar que o Poder Judiciário, de algum modo, produz políticas públicas judiciais. Por fim, a seção 4 é dedicada à análise de impacto das decisões judiciais.

2 POLÍTICA PÚBLICA: O PROBLEMA CONCEITUAL

O termo “políticas públicas” costuma ser definido de modo significativamente impreciso. A opção corrente da literatura é discutir tipologias, fases e características da política pública sem que se trace os elementos que seriam importantes para conceituar o termo. É como se a definição fosse pressuposta e aceita por todos. Thomas Dye, por exemplo, define políticas públicas como “tudo aquilo que os governos escolhem fazer ou não fazer” (DYE, 1998, p. 2)² e, embora essa definição seja reiteradamente citada pela literatura, seu caráter genérico enquadra qualquer decisão do Estado como uma política pública.

É preciso reconhecer, contudo, que a definição de Dye não traça qualquer linha orientativa para autores interessados em qualificar se um órgão estatal é ou não um *policy maker*. Esse modo genérico de definir política pública torna qualquer decisão ou inação de agentes governamentais uma política pública, por mais que essa decisão não ofereça qualquer sombra de impacto econômico, social ou político na realidade. A definição também não apresenta qualquer orientação sobre como conceituar a palavra “governos” ou como identificar “quem governa”. Por essa razão, uma conceituação genérica oferece pouco suporte teórico para distinguir as decisões sobre políticas públicas das demais decisões estatais. Para contornar essa limitação, preferimos uma abordagem mais restritiva, que possa identificar, com objetividade, características comuns às várias definições existentes.

Birkland (2001, p. 20), após revisão das abordagens correntes na literatura, salientou que as diferentes definições de políticas públicas têm em comum algumas características. Em primeiro lugar, ressaltam que a política pública é *um processo eminentemente público*, ou seja, é um processo que *afeta uma grande variedade de interesses e de pessoas*. Por essa razão, na análise do processo político, deve-se levar em conta não só os agentes públicos como, sobretudo, deve-se investigar como os agentes privados são afetados e procuram interferir no curso das políticas públicas, pois o processo decisório não se dá de maneira neutra diante dos interesses em vigor em uma dada realidade social, política e econômica. No processo de elaboração e implementação de políticas públicas, os grupos de interesse, a mídia ou aqueles que são afetados pelas políticas públicas atuam junto ao governo, em

² “[...] whatever governments choose to do or not to do” (DYE, 1998, p. 2).

maior ou menor grau, forçando ou influenciando decisões que podem acarretar mudanças de curso em todo processo político. Nesse sentido, a decisão governamental, ao final desse processo, envolve “[...] a combinação de decisões fundamentais, compromissos e ações realizadas por aqueles que detêm ou afetam posições governamentais de autoridade” (GERSTON, 1997, p. 6s.).³

Observe-se, contudo, que o papel exercido por esses grupos humanos nada tem a ver com a garantia de que o interesse público, necessariamente, irá prevalecer no processo de concepção e implementação de uma política pública.⁴ Na verdade, o processo decisório que envolve uma política pública apenas se caracteriza por decisões que afetam os indivíduos de maneira diversificada, isto é, desigual. A priori, portanto, não se pode entender que toda ação governamental, para ser política pública, deva satisfazer o interesse público ou, ainda, atender a certas reivindicações de grupos populares. A política é “pública” por afetar diversos grupos e interesses sociais, econômicos e/ou políticos. Não é “pública” por satisfazer o interesse público ou o bem coletivo, pois seus resultados, no limite, podem ser ruins para a coletividade ou apenas beneficiar um grupo em detrimento de outros, gerando desigualdades inaceitáveis.

Em segundo lugar, toda política pública envolve a tomada de decisão de uma autoridade em nome de outras pessoas ou, por outras palavras, é o governo, ou melhor, é o Estado o responsável por tomar as decisões que irão materializar políticas públicas. Isso não significa que a política pública se reduz a decisões exclusivamente materializadas em documentos formais expedidos por autoridades, como atos administrativos e leis. A política pública abriga, na verdade, um processo subjacente composto por atores, ações, preferências e instituições formais ou informais e, para melhor compreender como esta funciona, tradicionalmente os autores classificam esse processo em uma sucessão de estágios, fases ou etapas.

Kingdon (2003, p. 2), por exemplo, entende que uma política pública teria como fases a *formação da agenda*, a *especificação das alternativas* que irão ser objeto de escolha,

³ “[...] the combination of basic decisions, commitments, and actions made by those who hold or affect government positions of authority” (GERSTON, 1997, p. 6s.).

⁴ A ideia de política pública que rege este trabalho nada possui em comum com modelos ideais de processo decisório, como o da democracia deliberativa. Para esta abordagem, o processo político supõe que os cidadãos devam deliberar coletivamente sobre questões relacionadas ao bem público. Essa deliberação, por um lado, deve ser centrada no discurso livre e, sobretudo, deve ser imunizada contra a interferência das relações econômicas e de poder. O resultado desse amplo processo de uso da razão pública deve ser o consenso (YOUNG, 2001, p. 167s.).

uma *decisão* que seria responsável pela escolha dessas alternativas de intervenção e a *implementação* dessa escolha. Feeley e Rubin (2000, p. 149), ao escreverem sobre a reforma das prisões que se seguiu às intervenções das Cortes norte-americanas na administração penitenciária, dividem as fases de uma política pública em *identificação do problema, seleção dos objetivos, decisão* com vistas à solução do problema e *implementação* da decisão.

Perceba-se que esse tipo de classificação, de modo geral, distingue a política pública em dois momentos distintos: a formação inicial de seu desenho e a implementação do desenho que foi escolhido pelo *policy maker*. Na fase de *formação da agenda*, a finalidade seria listar os principais problemas que serão objeto da atenção do governo e, a partir daí, o governo poderia tomar decisões voltadas à solução do problema e encarregar-se de tentar implementar as decisões que foram tomadas com o objetivo de solucionar os problemas que surgiram no calor do processo político.

Não é difícil perceber que decisões tomadas por um dado *policy maker* exigem um aparato institucional e certo número de agentes públicos que possam garantir a obediência à política pública. Nessa cadeia de ações de vários indivíduos, a política pública não é o resultado da decisão de um único agente, mas o próprio processo que compõe desde agentes com alto grau de discricionariedade até agentes que estão, meramente, implementando ordens.

Por exemplo, imagine-se que um dado Governador resolva traçar uma grande política de combate à criminalidade em sua região. Como parte da política, expede um decreto com as diretrizes básicas e resolve criar uma secretaria especial que ficará encarregada de administrar o plano. Ora, a simples decisão geral de combater a criminalidade não é capaz de, realmente, causar impacto social nos indicadores de violência. Nesse sentido, a implementação dessa decisão original envolve uma vasta gama de agentes, tais quais os membros da secretaria, os policiais militares, os policiais civis e mesmo órgãos externos ao Poder Executivo, como o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Nesse sentido, a política pública tanto pode fazer parte de um *processo independente* – a agenda é formada dentro do próprio Poder e as ações são implementadas, exclusivamente, pelo aparato desse Poder – como pode constar de um *processo dependente* de atores internos e externos ao Poder, sendo a decisão da autoridade superior apenas um primeiro momento de uma política pública mais geral que extrapola a atuação exclusiva do Poder Executivo.

Observe-se que, nesse meio complexo, a implementação nem será feita por um só agente, nem por agentes de amplo poder decisório do alto escalão. Ao contrário, a implementação dependerá da ação de agentes públicos que não possuem muito poder decisório (ex.: oficiais de justiça cumprindo mandado judicial, policiais militares), assim como dependerá da ação de outros com certa margem de discricionariedade em suas ações (ex.: o secretário especial). Desse modo, uma política pública é um processo que envolve ações e decisões de múltiplos agentes. A decisão inicial – montar um plano por decreto – é apenas o começo do processo e não gera impactos imediatos capazes de acarretar mudanças sociais significativas.

Dito isso, a partir das características indicadas acima, definimos uma política pública como o conjunto de atos e/ou omissões com objetivos relacionados com (1) a mudança de comportamentos e instituições e/ou (2) a supressão/(re)distribuição de bens/serviços/direitos dos agentes sociais, políticos, econômicos e/ou estatais. Esses atos e/ou omissões, necessariamente, resultam de escolhas realizadas por agentes e/ou órgãos que possuem, direta ou indiretamente, algum tipo de autoridade pública capaz de afetar, significativamente, os diversos atores.

Algumas observações são necessárias sobre essa definição. Primeiramente, para que tenham autoridade pública, esses agentes ou órgãos devem fazer parte do Estado e devem ser capazes de tomar decisões que gerem, direta ou indiretamente, algum impacto sobre parcelas significativas das pessoas físicas e jurídicas que se encontram em dada realidade social, política ou econômica (aqui denominados genericamente de “agentes”). Em segundo lugar, quando estamos nos referindo ao fato de que órgãos e agentes devem ser capazes de afetar, significativamente, os diversos atores, não se pode concluir que toda política pública terá impacto social, político e/ou econômico. Queremos, apenas, deixar claro que esses agentes ou órgãos possuem competências e um aparato institucional para garantir o cumprimento dessas competências. Assim, a capacidade de afetar, significativamente, os diversos atores reside, justamente, na titularidade de prerrogativas institucionais para tanto, não na efetividade da política pública.

Por fim, a noção de atos e/ou omissões é ampla o suficiente para contemplar não só ações e omissões humanas em geral, como atos jurídicos formais (ex.: portarias, resoluções, leis). Não é qualquer omissão estatal, contudo, que deve ser reputada como componente de uma política pública. Apenas as resultantes de uma *decisão por se omitir* fazem parte de

nosso conceito, dado que são omissões deliberadamente resultantes de um agir estratégico do agente estatal e/ou do órgão público. Um exemplo pode esclarecer melhor a ideia.

Suponha que uma agência reguladora decida implementar uma ampla política de fiscalização das atividades contábeis das empresas concessionárias com o intuito de verificar se tarifas decorrentes da prestação de serviços públicos estão sendo cobradas de maneira “justa”. Essa fiscalização está completamente relacionada a políticas públicas regulatórias e, obviamente, como toda fiscalização envolve custos, esse tipo de política está submetido à lógica dos estrangimentos orçamentários. Pode ser que não haja recursos suficientes para custear uma ampla fiscalização. Assim, a decisão por escolher empresas e setores que serão fiscalizados e a decisão por omitir-se na fiscalização de outros também poderiam ser consideradas partes da formação da agenda de uma política pública. Caso diferente seria omitir-se na implementação de melhorias gerenciais em hospitais públicos por pura inépcia. Nesse caso, a omissão não é o resultado de uma decisão deliberada da autoridade ou órgão por omitir-se; ao contrário, é apenas o resultado de uma incompetência gerencial. Essa omissão, portanto, não está acobertada pelo conceito de política pública deste trabalho.

3 O PODER JUDICIÁRIO COMO *POLICY MAKER*

A seção anterior levou-nos a definir políticas públicas como atos e/ou omissões fundados em determinações estatais capazes de afetar, significativamente, diversos atores. Não resta claro, contudo, se podemos afirmar que os atos do Poder Judiciário podem ser qualificados na categoria das políticas públicas porque esse Poder possui especificidades significativas quando comparado com os demais. Como Poder, o Judiciário é dotado de inúmeras ramificações que resultam na existência de órgãos relativamente independentes nas esferas federal, estadual e distrital. Mecanismos recursais impedem que essa independência seja total, embora, juridicamente, os órgãos do Judiciário possuam autonomia formal concedida pela Constituição de 1988 para decidir de acordo com suas convicções. Diferentemente do Poder Executivo, contudo, a hierarquia decisória dentro do Poder Judiciário ocorre apenas indiretamente pelas vias recursais e dentro de certos limites decorrentes de regras processuais estabelecidas por leis em sentido formal e material.

Outra especificidade do Poder Judiciário é a frequência com a qual os casos possuem natureza individual. Muito embora, no contexto pós-Constituição de 1988, o ajuizamento de ações coletivas apareça com maior frequência, o fato é que a maior parte dos conflitos se dá de maneira individualizada. Com dados atualizados até 31 de março de 2022, o Cadastro Nacional de Ações Coletivas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ registrou um total de 285.417 processos coletivos em tramitação (CNJ, 2022a)⁵ em um universo de 80.129.206 processos com tramitação pendente (CNJ, 2022b), ou seja, *as ações coletivas compuseram apenas 0,4% do total de processos em tramitação*. Isso significa que, essencialmente, as decisões judiciais tendem a ter efeitos apenas *inter partes*, afetando um grupo pequeno de pessoas físicas e jurídicas em cada processo. Surge, então, um problema: como se poderia entender que existem políticas públicas judiciais se as decisões tendem a afetar, somente, partes delimitadas, e não grupos diversificados, como vimos na definição da seção anterior? A resposta a essa pergunta está em uma mudança no foco da análise das características do Poder Judiciário.

Inicialmente, é um erro imaginar que as políticas judiciais seriam concebidas por cada juiz individualmente, pois nem sempre a decisão judicial em um único processo poderá gerar impacto social, político ou econômico. Entretanto, temos que ter em mente que é bem possível que provocações processuais isoladas possam gerar uma grande quantidade de novas ações semelhantes (“efeito multiplicador”) ou, ainda, que questionamentos judiciais em torno da mesma temática possam gerar múltiplas decisões em diferentes instâncias judiciais que seriam capazes de gerar impacto efetivo.

Outros mecanismos jurídicos podem, até mesmo, reforçar esse impacto. Por exemplo, a expedição de uma súmula, a decisão de uma tese em julgamento de casos repetitivos ou a simples pacificação jurisprudencial dentro de certo tribunal pode gerar incentivos para uma verdadeira *concertação judicial*, ou seja, a formação de uma jurisprudência dominante em todas as instâncias em razão de um alto número de decisões judiciais em um mesmo sentido hermenêutico. Obviamente, um número alto de decisões judiciais individuais em um só sentido cria condições propícias para uma mudança social, econômica ou política em razão da reiteração da aplicação do entendimento em uma dada região ou em todo o território nacional.

⁵ Usando a planilha disponibilizada pelo CNJ (2022a), calculamos esse número do seguinte modo: nº de processos em tramitação em 10 de maio de 2022 – número total de processos ajuizados/instaurados em abril e maio de 2022. Ou seja: 287.896 – 2.479 = 285.417.

Assim, o Judiciário não é *policy maker* porque seus juizes, individualmente, são capazes de tomar decisões com impacto social, político ou econômico, mas, precisamente, porque é um órgão que, como um todo, possui certo poder decisório (discricionariedade) e um aparato institucional e de pessoal capaz de instaurar um processo que poderá levar a uma mudança social, política ou econômica. Por essa razão, o processo decisório do Poder Judiciário preenche todos os requisitos comuns às características de uma política pública: não só, por óbvio, esse Poder faz parte do Estado, como as múltiplas decisões tomadas por vários juizes e Cortes criam um ambiente propício para a afetação de múltiplas pessoas físicas e/ou jurídicas.

Para além desse fato, juizes, com frequência, veem-se diante da necessidade de realizarem escolhas em um ambiente de incerteza. Essa incerteza advém do fato de, normalmente, o magistrado ou Corte ver-se diante de alternativas decisórias possíveis (discricionariedade) que podem resultar em consequências imprevisíveis. Em casos com alternativas decisórias complexas, é difícil até mesmo ordenar cada uma dessas em uma escala da “melhor” à “pior” e, nesse contexto, a escolha entre alternativas apresenta riscos objetivos. Para Dahl (1957, p. 279s.), essa *discricionariedade da decisão e a impossibilidade de total controle de suas consequências econômicas, políticas e sociais* parecem ser os principais qualificadores de uma decisão como “*policy decision*” – uma decisão de política pública. Nesse sentido, decisões judiciais com essas características também materializam políticas públicas. Isso não significa dizer que o Poder Judiciário é um órgão bem estruturado para implementar essas políticas judiciais com efetividade. Na verdade, como veremos a seguir, há um grande debate em andamento sobre o quão aparelhado é esse Poder para provocar mudanças significativas.

4 IMPACTO DAS POLÍTICAS JUDICIAIS: JUÍZES LIMITADOS PELA REALIDADE?

Na literatura em Política Judicial, o debate sobre efetividade das políticas judiciais foi norteado pelo livro de Gerald Rosenberg (1993), intitulado *The Hollow Hope: can courts brings about social change?* Essa obra discute se, realmente, o Poder Judiciário é suficientemente aparelhado para tomar decisões que venham a resultar em mudança social significativa.

Para Rosenberg (1993, p. 9-36), a literatura norte-americana poderia ser dividida em duas grandes concepções acerca das Cortes, a *limitada* (*Constrained Court*) e a *dinâmica* (*Dynamic Court*). Na primeira, as Cortes seriam vistas como órgãos capazes de impor a sua vontade aos atores sociais; na segunda, o Judiciário seria um órgão fraco, incapaz ou, ao menos, limitado, diante dos processos sociais e políticos.

Para o autor, a segunda visão capta melhor aquilo que de fato acontece. Após estudar as mudanças sociais que se seguiram às decisões da Suprema Corte relacionadas ao direito ao aborto, meio-ambiente, direitos criminais, Rosenberg (1993, p. 336s.) concluiu que o Judiciário não está devidamente equipado para garantir a implementação de suas decisões em questões extremamente polêmicas. Na verdade, seu envolvimento em temas muito controversos poderia até mesmo suscitar resistências ferozes dos setores sociais mais tradicionais. Em diversos locais, esse autor constatou que as decisões somente foram implementadas após o apoio político substancial da União, do Congresso ou da elite local, o que só vem a demonstrar a maior relevância dos grupos políticos e sociais, quando comparados ao Poder Judiciário. São bem fortes as palavras de Rosenberg (1993, p. 338):

Dados os limites e as condições, a visão da Corte Limitada é mais acurada: Cortes dos EUA quase nunca são produtoras efetivas de reforma social significativa. No máximo, elas podem seguir os atos de reforma social dos outros poderes do governo. Problemas que são insolúveis no contexto político raramente podem ser resolvidos pelas Cortes.⁶

Em espectro distinto, Canon e Johnson (1999, p. 209s.) preferem qualificar as Cortes de outro modo. Embora reconheçam a existência de possíveis dificuldades na implementação de políticas judiciais, os autores pensam que isso nem sempre ocorre, pois existem dois tipos de política de reforma decorrentes de decisões judiciais, as *reformas que requerem implementação* (*reforms requiring implementation*) e as *reformas de escolha do consumidor* (*consumer choice reforms*). Enquanto estas não dependem da ação do governo para serem realizadas, aquelas, necessariamente, precisam da ação do Poder Executivo ou até mesmo do Poder Legislativo para poderem ser eficazes.

Como exemplo das primeiras, citam as políticas judiciais de reforma criminal impostas pela Corte a partir dos casos *Mapp versus Ohio* (1961) e *Miranda versus Arizona*

⁶ "Given the constraints and the conditions, the Constrained Court vies is the more accurate: U.S. courts can almost never be effective producers of significant social reform. At best, they can second the social reform acts of the other branches of government. Problems that are unsolvable in the political context can rarely be solved by courts" (ROSENBERG, 1993, p. 338).

(1966). Segundo Canon e Johnson (1999, p. 211), a pretensão da Corte seria promover uma ampla reforma nas práticas do sistema de persecução penal do país. Esse intuito, entretanto, encontrou fortes resistências dos demais poderes constituídos, as quais terminaram por minar a pretensão original da Corte. Como, realmente, as decisões da Corte dependiam da cooperação dos demais poderes para serem eficazes, só restou ao Judiciário acatar a amplitude limitada do impacto da sua decisão.

Por outro lado, enquadrar-se em uma política judicial de reforma que requer implementação não condena a decisão judicial, automaticamente, ao fracasso. Decisões da Corte procuraram abolir orações e leituras da bíblia nas escolas públicas norte-americanas por julgarem-nas inconstitucionais e, com o passar dos anos, mesmo a despeito resistências dos poderes constituídos, a orientação da Corte terminou consagrando-se definitivamente na realidade (CANON; JOHNSON, 1999, p. 212).

As reformas de escolha do consumidor, por outro lado, possuem eficácia menos problemática. Como terminam por gerar incentivos ao mercado para fazer a provisão dos bens desejados pelo usuário, pouco há o que fazer quando a Corte toma decisões, pois o mercado se encarregará de dar exequibilidade às mesmas. Os exemplos típicos dessas políticas judiciais de escolha do consumidor foram os casos *Roe versus Wade* (1973) e *Roth versus U.S.* (1957). No primeiro, houve a consagração do direito ao aborto; no segundo, foi reconhecido o direito ao consumo de materiais pornográficos. Em ambos os casos, ao suprimir uma vedação, a decisão da Corte abriu novos nichos de mercado que foram ocupados por empresas prontas a prestar serviços aos cidadãos. Com a revogação das proibições impostas pela legislação criminal, o aparato de repressão do Estado pouco pôde fazer para impedir a ampliação do mercado nesses dois flancos (CANON; JOHNSON, 1999, p. 213s.).

Outra pesquisa de relevo, na literatura norte-americana, foi empreendida por Jeffrey Lax e Matthew McCubbins (2004). Usando uma abordagem metodológica sofisticada, os autores examinaram o impacto de decisões judiciais nas ações das empresas de distribuição de cigarro e do tabaco durante a denominada "batalha do tabaco". Em outubro de 1990, um novo diretor da *Food and Drug Administration* - FDA fora apontado por Clinton para liderar essa famosa agência de regulação do mercado de alimentos e de produção e comercialização de drogas. Poucos anos após, em 1995, uma carta do novo diretor foi divulgada no mercado, onde se salientava que a FDA estava planejando incluir a produção e

comercialização de cigarros e derivados entre os itens passíveis de regulação. As empresas de tabaco reagiram rapidamente, ajuizando ações para bloquear as pretensões da FDA.

Lax e McCubbins (2004, p. 15s.) calcularam, estatisticamente, o impacto que as decisões judiciais dos referidos processos provocaram no mercado de ações. Após as devidas análises, descobriram que o mercado reagiu, consideravelmente, às diversas decisões judiciais que se seguiram na "batalha do tabaco". Em um dos casos, uma decisão de um juiz da corte distrital importou uma queda no valor das ações da ordem de seis bilhões de dólares às empresas do referido setor. Daí, pode-se concluir, ainda de acordo com os autores, que as Cortes são capazes de produzir decisões de alto impacto, embora, aparentemente, sejam desprovidas de meios administrativos eficientes para implementá-las.

Dessa rápida revisão da literatura, pode-se tirar duas conclusões: (1) o Poder Judiciário não é, propriamente, o órgão mais aparelhado para fazer a implementação das políticas que importam em grande transformação da realidade; (2) isso não quer dizer, entretanto, que as decisões judiciais não possam gerar mudanças sociais significativas. De fato, nas análises acima, todos os autores concordaram com a afirmativa 1. A divergência está, entretanto, no segundo aspecto salientado. Enquanto Rosenberg (1993) é extremamente cético a respeito de uma mudança por via judicial, Canon e Johnson (1999) e Lax e McCubbins (2004) pensam de maneira absolutamente diferente. Esses últimos ressaltam o relativo potencial das decisões judiciais produzirem impactos diretos e indiretos ao meio social.

Realmente, a argumentação mais consistente está no último grupo de autores. Embora o trabalho de Rosenberg tenha se tornado referência obrigatória em matéria de estudo sobre mudança social advinda das Cortes, salta aos olhos as deficiências metodológicas do trabalho no pertinente à análise de impacto. O livro, em geral, limita-se a fazer uma revisão de literatura e a empreender análises estatísticas muito simples para captar possíveis impactos das decisões das Cortes no meio social. Nesse sentido, o trabalho de Lax e McCubbins ganha destaque diante dos demais. Usando "análise de eventos", os autores conseguiram, realmente, mensurar os efeitos das decisões tomadas pelos juízes e houve assim um ganho de rigor científico difícil de rejeitar.

Há, entretanto, outras razões pelas quais se deve acreditar no impacto do Poder Judiciário junto ao meio social, econômico e político. Esse impacto, todavia, não se

mensura pela análise de uma só decisão, mas pelo funcionamento de todo o Poder. Pesquisas do neoinstitucionalismo econômico vêm enfatizando o papel determinante das instituições no mercado. Instituições ineficientes e baixa proteção aos direitos de propriedade podem levar a um aumento do que os economistas denominam de custos de transação, dificultando assim as trocas comerciais operadas pelo mercado (NORTH, 2005, p. 2). O Judiciário, por compor o quadro institucional de um país, funciona como guardião importante da proteção aos direitos de propriedade, pois cabe ao mesmo dirimir conflitos relacionados ao direito a reaver o crédito e à manutenção dos termos dos contratos. Se a execução dos contratos não funciona bem, isso significa dizer que os custos de transação se elevam e o mercado perde eficiência. Instituições como o Judiciário são, portanto, fundamentais à economia porque elas limitam ou criam incentivos para os agentes econômicos em uma dada sociedade (NORTH, 2001, p. 81; WORLD BANK, 2002, p. 3), induzindo ou minimizando riscos jurídicos embutidos nos preços praticados no mercado (PINHEIRO, 2003, p. 95.).

Pesquisas empíricas comparativas também apontam para a importância da independência do Poder Judiciário sobre variáveis econômicas e políticas. La Porta et al (2003, p. 468) concluíram, após várias análises estatísticas, que a independência judicial é um fator decisivo na proteção aos direitos de propriedade e, em certa medida, aos níveis de democratização de um país. Voigt, Gutmann e Feld (2014, p. 17) também descobriram que a independência judicial *de facto* está fortemente associada com o crescimento econômico. Em suma, as políticas públicas judiciais geram impactos direta ou indiretamente nos meios social, econômico e político, tenham ou não os juízes ou a doutrina a consciência disso.

5 CONCLUSÃO

A reflexão até então demonstrou que o Poder Judiciário, direta ou indiretamente, produz políticas públicas. Na seção inicial, discutimos o conceito de políticas públicas e, em seguida, foi demonstrada a razão pela qual se pode afirmar que o Poder Judiciário, de algum modo, produz políticas públicas judiciais. Esclarecemos que as decisões do Poder Judiciário implicam escolhas estatais em um ambiente de incertezas que podem (ou não) resultar em impactos de natureza social, econômica ou política em dada realidade. Com isso, numerosos interesses de pessoas físicas e/ou jurídicas podem ser afetados pelo processo

decisório judicial. Por fim, a terceira seção foi dedicada à análise de trabalhos empíricos que destacam evidências em favor da hipótese central deste artigo, a de que o Poder Judiciário pode ser considerado um *policy maker* e, conseqüentemente, um verdadeiro órgão de governo com aptidão para gerar mudanças em maior ou menor grau.

Como se vê, essa abordagem sugere novas formas de analisar o processo político que envolve a atuação do Poder Judiciário. Sob a lupa do olhar político, linhas de investigação e perguntas podem ser deflagradas: como os juízes usam seu poder para decidir? Seguem meramente normas? Decidem de acordo com preferências políticas? São sensíveis ao ambiente político e econômico em geral? Em que setores da sociedade o impacto das decisões judiciais é significativo?

Respostas a essas perguntas estão fora do escopo deste trabalho, mas simples questionamentos desse tipo já são uma abordagem diferenciada em uma área do conhecimento que costuma afirmar, categoricamente, que juízes são neutros ou, ao menos, deveriam ser neutros diante do processo político. Por outras palavras, diferentemente do que uma abordagem tradicional poderia sugerir, os juízes governam em maior ou menor grau e suas decisões, ao menos sob uma perspectiva “macro”, representam um modo diferenciado de fazer política pública; manifestam uma espécie de política pública judicial.

REFERÊNCIAS

BIRKLAND, Thomas. **An introduction to the policy process: theory, concepts and models of public policy making**. M. E. Sharpe: Armonk/London, 2001.

CANON, Bradley; JOHNSON, Charles. **Judicial policies: implementation and impact**. Washington D.C.: CQ Press, 1999.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Painel CACOL - Cadastro Nacional de Ações Coletivas do Conselho Nacional de Justiça - CNJ**. Disponível em: <https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=1d54bc4d-81c7-45ae-b110-7794758c17b2&sheet=87f1a661-cf86-4bda-afe4-61dfc6778cd4&lang=pt-BR&opt=ctxmenu,currsel%E2%80%8B>. Acesso em 22 jun. 2022a.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA – CNJ. **Estatísticas do Poder**. Disponível em: <https://painel-estatistica.stg.cloud.cnj.jus.br/estatisticas.html>. Acesso em 22 jun. 2022b.

DAHL, Robert. Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker. **Journal of public law**, n. 6, p. 279-295, 1957.

DYE, Thomas. **Understanding public policy**. New Jersey: Prentice-Hall, 1998.

FEELEY, Malcom; RUBIN, Edward. **Judicial policy making and the modern state: how the courts reformed America's prisons**. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

GERSTON, Larry. **Public policy making: process and principles**. M. E Sharpe: Armonk/London, 1997.

KINGDON, John. **Agendas, alternatives, and public policies**. New York: Longman, 2003.

LA PORTA, Rafael et al. Judicial checks and balances. **Journal of political economy**, v. 112, p. 445-470, 2004.

LAX, Jeffrey; MCCUBBINS, Matthew. **Where there's smoke, there's fire: the impact of court decisions**. Disponível em: <<http://mccubbins.ucsd.edu>>. Acesso em: 20 set. 2005, 2004.

NORTH, Douglas. **Instituciones, cambio institucional y desempeño económico**. México: Fondo de Cultura Econômica, 2001.

NORTH, Douglas. **Understanding the process of economic change**. Princeton: Princeton University Press, 2005.

PINHEIRO, Armando. **Judiciário, reforma e economia: a visão dos magistrados**. Texto para discussão. Rio de Janeiro: Ipea, n. 963, p. 1-25, jul. 2003.

ROSENBERG, Gerald. **The hollow hope: can courts bring about social change?** Chicago/London: The University of Chicago, 1993.

SABATIER, Paul; JENKINS-SMITH, Hans. The study of public policy processes. In: SABATIER, Paul; JENKINS-SMITH, Hans. **Policy change and learning: an advocacy coalition approach**. Boulder/San Francisco: Westview Press, 1993, p. 1-9.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **ARE 745745 AgR/MG**, relator Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe-250 DIVULG 18-12-2014 PUBLIC 19-12-2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur289204/false>. Acesso em: 14 jun. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **ADPF nº 825/DF**, redator para acórdão Ministro Nunes Marques, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2021, DJe-234 DIVULG 25-11-2021, PUBLIC 26-11-2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur456546/false>. Acesso em: 14 jun. 2022.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ. **REsp nº 1.880.546/SC**, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 16/11/2021. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>. Acesso em: 14 jun. 2022.

VOIGT, Stefan; GUTMANN, Jerg; FELD, Lars P. **Economic Growth and Judicial Independence, a Dozen Years On: Cross-Country Evidence Using an Updated Set of Indicators**. CESifo Working Paper. Munich: Center for Economic Studies and ifo Institute (CESifo), nº 5010, 2014.

WORLD BANK. Legal and judicial reform: observations, experiences and approach of the Legal Vice Presidency. World Bank: New York, 2002.

Detalhes do Autor

Ricardo Ribeiro

Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco/UFPE com período de Doutorado "Sanduíche" como fellow no Population Research Center-PRC/University of Texas at Austin/USA (Programa Vilmar Faria em Análise Quantitativa de Políticas Públicas/CAPES). Procurador Federal da Advocacia-Geral da União/AGU e membro do Subnúcleo de Infraestrutura, Desenvolvimento Econômico e Saúde da Equipe de Atuação Prioritária da Procuradoria Regional Federal da 5ª Região.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2237830144993212>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2413-2468>

Email: ricardosribeiro1976@gmail.com