



Observatório da Jurisdição
Constitucional

Observatório da Jurisdição Constitucional.
Ano 8, no. 1, jan./jul. 2015. ISSN 1982-4564.

Análise Jurídico-Econômica dos Limites à Intervenção do Judiciário em Políticas Públicas

*Débora Costa Ferreira**

Colaborador: *Maurício Soares Bugarin***

Resumo: O presente estudo, após uma breve investigação sobre o fenômeno da judicialização das políticas públicas, se propõe a analisar limites mais bem definidos à interferência do Poder Judiciário no âmbito da produção e execução de políticas públicas, com base na análise econômica do impacto marginal de tal intervenção na sociedade. A partir daí, mensura-se a intervenção da Justiça Estadual nas políticas públicas pela construção do índice IJEPP para os anos de 2009 a 2013, comparando tal indicador com o Índice de Desenvolvimento Humano para observar se esses órgãos já ultrapassaram os limites propostos no estudo. Os resultados demonstraram que a Justiça Estadual ainda não alcançou os referidos limites, mas está cada vez mais próxima deles.

Abstract: This Essay analyses the judicial intervention in public policies in Brazil, with the purpose of establishing more well-defined limits to this performance, based on the economic analysis of the marginal impact of such intervention in society. Since then, it measures this intervention by state courts, constructing the IJEPP index for the years 2009 to 2013, and then compare this indicator to the Human Development Index to observe if these courts have already exceeded the limits proposed in the study. The results showed that the state courts have not reached those limits, but are getting closer to them.

Keywords: *Public Policy. Judiciary. Limits. Cost-benefit analysis.*

Palavras-chave: *Políticas Públicas. Poder Judiciário. Limites. Análise custo-benefício.*

* Graduação em Direito pelo UniCEUB; graduação em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília. Pós-Graduada em Direito Constitucional no Instituto de Direito Público (IDP).

** Bacharelado em Matemática pela Universidade de Brasília (1983), Mestrado em Matemática pela Universidade de Brasília (1988), Master of Science in Economics pela University of Illinois (1994) e PhD in Economics pela University of Illinois (1997). Atualmente é professor titular do Departamento de Economia da Universidade de Brasília e líder do Economics and Politics Research Group (CNPq). Foi professor titular do Insper/Ibmec São Paulo.

1. Introdução

O objetivo central do presente estudo consiste na proposição de um novo parâmetro para limitar a intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas, a partir da análise de custo-benefício social de tais provimentos judiciais. Subsidiariamente, pretende-se mensurar o nível dessa interferência por parte das Justiças Estaduais para verificar se essa atuação ainda se encontra dentro dos limites propostos ou já os ultrapassou.

Muito se discute a respeito dos limites de atuação legítima do Judiciário no âmbito das políticas públicas sem que se transgrida o princípio das separação dos poderes. A atual doutrina e jurisprudência estabelecem suas balizas teóricas com base nos conceitos de mínimo existencial, reserva do possível e razoabilidade da pretensão. Contudo, diante da grande subjetividade que envolve tais definições, propõe-se o estabelecimento de parâmetros mais sólidos e objetivos, por meio da expansão do princípio da razoabilidade para se adentrar na análise de custo-benefício social das decisões judiciais.

2. A Judicialização das Políticas Públicas no Brasil

A intervenção do Poder Judiciário no campo das políticas públicas é um fato incontestável na realidade brasileira (SADEK, 2013), resultando em uma expressiva realocação do sistema de freios e contrapesos. Cunhou-se o termo de “judicialização das políticas públicas” para esse fenômeno, que não se confunde com o “ativismo judicial”, qual seja, a escolha de um modo proativo de interpretar a Constituição (BRANDÃO, 2012).

Sob o enfoque construído por Mariana Magaldi de Sousa (SOUSA, 2010), os principais papéis desempenhados pelo Poder Judiciário atualmente no âmbito da produção e implementação de políticas públicas podem ser resumidos em quatro: o de vetar leis regulamentadoras de políticas públicas (*veto player role*), de amoldar seu conteúdo (*policy player role*), de forçar sua implementação (*referee role*) e de agir como representante alternativo da sociedade, reinterpretando as leis no caso concreto visando a promover justiça social e equilíbrio entre as partes (*alternative societal player role*); os quais serão melhor explicados a seguir e servirão de base para a análise formal que esse estudo trará.

Ressalte-se que aqui o conceito de políticas públicas é tratado em seu sentido amplo, qual seja, o conjunto de diretrizes e ações governamentais que resultam de processos juridicamente regulados visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, tornando efetivos princípios constitucionais relacionados ao conceito de cidadania (LEONEL, 2013 ; BUCCI, 1997).

O fenômeno da judicialização das políticas públicas é fruto de uma conjunção de fatores históricos, políticos, culturais e jurídicos que se somam para realçar o papel político do Judiciário frente à sociedade e à ordem constitucional.

A ampliação do rol de direitos fundamentais exigíveis trazido pela nova ordem constitucional, a expansão dos instrumentos para sua concretização (WATANABE, 2010), a maior conscientização dos cidadãos a respeito de seus direitos, os ideais neoconstitucionalistas e a alteração da visão dos magistrados sobre seu papel na sociedade¹ foram aspectos que, em conjunto, contribuíram para uma maior judicialização, seguindo a tendência mundial denominada de *judicial empowerment* (WOODS, HILBINK, 2009).

Além disso, os aspectos políticos atuais também tiveram importante papel, como a lentidão na produção legislativa (CANIVET, 2006), a conjuntura político-partidária² (GRIMM, 2004), a moralidade política³ (GARAPON, 1999), a divisão vertical e horizontal do poder político – que gera maior fracionamento em seu exercício –, a alternância na ocupação na Presidência da República, o presidencialismo de coalizão e as flutuações na representatividade dos partidos da Câmara dos Deputados, que produziram um quadro político-partidário altamente competitivo, incentivando a constitucionalização de matérias para evitar que o jogo político permita que o vencedor tenha poder irrestrito de alterar a ordem jurídica, impondo-lhe limites de acordo com a Constituição (GINSBURG, 2003).

Não somente os políticos, mas a sociedade também passou a ver o Judiciário como uma arena política vantajosa⁴ para a disputa de interesses que muitas vezes não tinham espaço no Parlamento, uma vez que, independentemente da força política das partes, ambas são ouvidas igualmente em juízo, dando voz a atores e organizações da sociedade civil muitas vezes sufocados pela regra da maioria. Assim, grupos minoritários passam a ser considerados, mesmo que marginalmente, na elaboração das políticas (MILL, 1998).

Até porque se vislumbra no Brasil um “delicado equilíbrio entre a centralização e a descentralização do processo decisório” (PEREIRA e MUELLER, 2003; ALSTON et al., 2006), cuja estabilidade recai sobre a capacidade do Executivo negociar com líderes partidários benefícios eleitorais e orçamentários (*porks*) em troca de apoio parlamentar na votação de projetos de interesse daquele. Apesar dos efeitos positivos, esse processo constitui um “*parliamentary*

¹ Essa alteração de visão foi liderada pelo Supremo Tribunal Federal, sobretudo após a saída do Ministro Moreira Alves. Magistrados passaram a se mostrar mais predispostos a encarar temas políticos.

² Parlamentares deixam de lado questões polêmicas e de longo prazo para se dedicarem à produção legislativa voltada ao ganho de votos para a reeleição, repassando, propositalmente, questões valorativas delicadas para as mãos do Judiciário, para que esses façam as escolhas sem que as repercussões negativas daí decorrentes recaiam sobre aqueles.

³ A moralidade política explica parte da desconfiança em relação às instituições políticas e da expansão da procura pela atuação judicial no combate à corrupção e à improbidade administrativa.

⁴ De acordo com a teoria do *venue-seeking*, grupos de interesse procuram a arena institucional que mais lhes convém. Judiciário é atrativo pela sua capacidade de impor decisões.

agenda cartel' (AMORIM NETO, COX, MCCUBBINS, 2003), que restringe a participação efetiva na produção de políticas públicas a um reduzido grupo de atores, inclusive barrando alguns jogadores de veto dessa deliberação, motivo pelo qual mostra-se necessária a disponibilidade da via judicial para pluralizar o debate político.

Pode-se citar ainda como fatores que ensejaram a judicialização da política, segundo Ran Hirsch (HIRSCH, 2008), a proliferação de agências reguladoras; o aumento da complexidade e contingência das sociedades modernas; a criação e expansão do *Welfare State*; a proliferação de tribunais supranacionais; a delegação de poderes do Legislativo para o Judiciário; a expectativa quanto ao tempo de permanência no poder e uma maior atividade estatal, ainda bastante aquém das diretrizes constitucionais.

Desse modo, enquanto o Judiciário se torna mais eficiente⁵ e realoca seu espaço diante dos outros poderes, suas oportunidades de decidir contra as preferências desses aumentam (graças a mecanismos de freios e contrapesos), o que força os legisladores e gestores a pensarem mais a respeito da adequação constitucional ao elaborarem as leis, inclusive quanto à sua proporcionalidade e razoabilidade, antecipando-se no debate político uma possível reação judicial (SOUSA, 2010).

Mas, diferentemente do que muitos defendem, o Judiciário não encabeçou esse processo, essa judicialização é contingencial (STRECK, 2013). Diante do seu papel intrinsecamente passivo, os magistrados apenas respondem às demandas que lhes são propostas. Consequentemente, a proporção dessa atuação se deverá, em grande medida, aos padrões das negociações políticas e do nível de recorribilidade dos perdedores do jogo político nas instâncias judiciárias (TAYLOR, 2007). De todo modo, a forma como eles respondem pode desencadear maiores demandas futuras, devendo-se atuar com cautela, abstendo-se de substituir os juízos conveniência e oportunidade dos outros Poderes.

De qualquer modo, é indispensável que o Judiciário seja incorporado à análise dos processos decisórios políticos, sob pena de esses serem incorretamente interpretados, ignorando os perdedores do âmbito político que recorrem às instâncias judiciais.

3. Os limites da intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas

3.1. Limites doutrinários e jurisprudenciais

⁵ Grande tem sido a quantidade de estudos no sentido de combater a morosidade do Judiciário. Tornando o Judiciário mais eficiente, capaz de responder às demandas jurisdicionais da sociedade, ele terá mais credibilidade e terá espaço e disposição para desempenhar corretamente seus papéis nas políticas públicas.

O âmbito da atuação do Judiciário nas políticas públicas e o grau de interferência podem ter diferentes repercussões sociais, motivo pelo qual se deve estabelecer limites de até onde o magistrado pode atuar.

É sabido que a discussão quanto aos limites da intervenção do Judiciário em políticas públicas atualmente tem se focado nos parâmetros jurisprudenciais⁶ construídos nos últimos anos, que giram em torno dos conceitos de mínimo existencial, razoabilidade da pretensão e da reserva do possível (GRINOVER, 2013; BURGO, 2011).

Conforme tal entendimento, o Poder Público não pode se escusar a garantir ao cidadão as “condições mínimas de existência humana digna” (BARCELLOS, 2007), por meio de prestações positivas – consubstanciadas em políticas públicas – que atendam ao princípio da razoabilidade (adequação entre medida-fim, necessidade da tutela e utilização do princípio da proporcionalidade), ainda que se invoque a cláusula da reserva do possível, qual seja, a indisponibilidade de verbas suficientes para a realização das prestações (GRINOVER, 2011; WATANABE, 2013).

Nesse sentido, Kazuo Watanabe divide os direitos fundamentais em três grupos: o núcleo básico – cujos direitos são imediatamente judicializáveis e contra os quais não se invoca a reserva do possível –; os previstos densamente na Constituição – também judicializáveis de pronto – e os direitos sociais descritos de forma programática na Constituição – que dependem de prévia ponderação, por meio de políticas públicas dos poderes Executivo e Legislativo, que devem ser pensadas coletivamente, com base em juízos de conveniência e oportunidade (WATANABE, 2013). Portanto, para o autor, qualquer ato administrativo ou legislativo que comprometa a integridade e a eficácia dos fins das normas constitucionais dos dois primeiros grupos, será passível de sindicabilidade judicial, que deverá se pautar em adequada e consistente fundamentação e na visão coletiva das políticas públicas, considerando os custos sociais como um todo.

Por outro lado, Canotilho defende que, quanto mais tênue for a vinculação à lei, mais forte será a vinculação aos direitos, liberdades e garantias fundamentais (CANOTILHO, 2003). Já Alexy acrescenta que, quanto mais pesada for a intervenção em direitos fundamentais, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia (lei do sopesamento) e que princípios formais procedimentais só podem superar princípios materiais de direitos fundamentais se conectados a outros princípios materiais (lei da conexão) (ALEXY, 2008).

No mais, levanta-se o aspecto da razoabilidade (ou proporcionalidade), segundo o qual a política pública deve ser se utilizar de meios adequados, proporcionais e necessários ao fim que almeja (GRINOVER, 2013). Como exemplo, pode-se citar o julgado da ADPF 101 em que o STF lançou mão do

⁶ Sobretudo, a ADPF nº 45.

princípio da razoabilidade para proibir a importação de pneus usados em nome de políticas públicas preventivas de doenças graves ou contagiosas, como a dengue.

Conforme se observa pelo posicionamento de grandes doutrinadores (CUNHA JUNIOR, 2004; GRINOVER, 2013; NOVELINO, 2013; WATANABE, 2013) e da jurisprudência (ADPF nº 45/DF), é indispensável que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam fruíveis, sob pena de se retroagir à antiga hermenêutica que dispensa a todos eles mero papel programático. Contudo, esse movimento em prol efetivação dos direitos fundamentais não pode atropelar o planejamento orçamentário do Estado e, em última instância, os direitos fundamentais de uma infinidade de outros cidadãos que se colocam perante o Poder Público em condições de igualdade frente aos demais. Até porque, em tema de políticas públicas, grande parte das demandas envolvem aspectos do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana – como saúde, educação e trabalho –, motivo pelo qual é possível que haja a banalização desses termos com vistas a se permitir a concessão das pretensões individuais.

Em outras palavras:

“Sob pena de ferir o princípio da isonomia, o Estado não pode ser obrigado a prestar algo, em benefício de alguém, ainda que a título de garantir o mínimo existencial, caso também devesse e não pudesse suportar a mesma prestação em favor de todas as pessoas em semelhante situação de necessidade.” (BERNARDES E FERREIRA, 2013).

Nesse ponto, é cediço que mais cuidado requer a análise dos limites dessa intervenção em ações individuais e cautelares, ao se constatar que grandes prejuízos podem decorrer da manipulação do orçamento por decisões judiciais, diminuindo a verba destinada à política geral. Sem contar que o orçamento é parte do planejamento estatal, sem o qual não há consecução coordenada dos direitos sociais, devendo haver discricionariedade política para acomodar a dinamicidade do orçamento (BURGO, 2013; JACOB, 2013).

Isso porque se deve levar em conta que o Legislativo e o Executivo têm maior sensibilidade política e capacidade técnica para fazer diagnósticos e encontrar meios de aprimoramento das políticas públicas, pelo processo de tentativa e erro inerente ao ambiente democrático. Todavia, há situações “atípicas”⁷ nas quais a intervenção do Poder Judiciário é bem-vinda, como releva Waldron (WALDRON, 2006), um dos maiores críticos da revisão judicial.

Desse modo, conclui Oswaldo Canela Júnior:

⁷ Situações essas em que não se encontram presentes os seguintes componentes: instituições democráticas e judiciais não representativas em bom funcionamento; compromisso da maioria da sociedade com a ideia de direitos e um desacordo de boa-fé sobre direitos.

“[...] deverá o orçamento suportar a influência do ato judicial tão somente após o esgotamento de todas as fases processuais” (CANELA JUNIOR, 2011).

Jacob também argumenta que a Constituição conferiu ao Tribunal de Contas a competência de julgar as contas públicas no tocante à economicidade, à legitimidade e à legalidade, restando pouco espaço para a análise do Poder Judiciário sem que isso configure violação constitucional (JACOB, 2011). De todo modo, o descompromisso e o descaso dos partidos e dos parlamentares com os programas de ação afeta o funcionamento regular dos poderes, desequilibrando sua tradicional separação, no sentido de ativar os freios e contrapesos judiciais para conferir ao Judiciário uma maior margem de maleabilidade das políticas públicas em situações excepcionais. A grande questão, aqui discutida, é quanto.

3.2. Análise de custo-benefício social como parâmetro de estipulação dos limites

No presente estudo, apresenta-se uma adequada e inusitada saída por meio da Análise Econômica do Direito, ao reconhecer que a gestão de recursos à disposição do Estado para a consecução dos objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados trata-se de um problema indubitavelmente econômico, uma vez que se trabalha com alocação de recursos escassos.

A partir do momento em que as decisões judiciais intervêm de forma direta no domínio econômico, elas podem gerar ineficiências, tendo-se em vista que ocorre uma alteração de parâmetros econômicos sem o devido conhecimento das características do mercado e dos custos dos fatores de produção. Por esse motivo, uma análise de custo-benefício social, conforme se pretende introduzir, é pertinente.

Por conseguinte, pode-se analisar a intervenção judicial em políticas públicas sob a ótica econômica, considerando-se crescente o custo marginal da intervenção e decrescente o seu benefício marginal, em termos de utilidade da sociedade como um todo. Assim, a intervenção judicial agrega bem-estar à sociedade por meio de incremento de utilidade aos que recebem o provimento judicial, mas, ao mesmo tempo, ela gera custos ao erário, ou até perda de utilidade por parte de outros indivíduos, ao verem seus direitos obstados pela insuficiência de recursos para sua realização em face dessa decisão, diminuindo o bem-estar social. Desse modo, o limite ideal de intervenção judicial seria o ponto em que o benefício marginal dessa decisão compensasse o seu custo marginal (MENEQUIN, 2014).

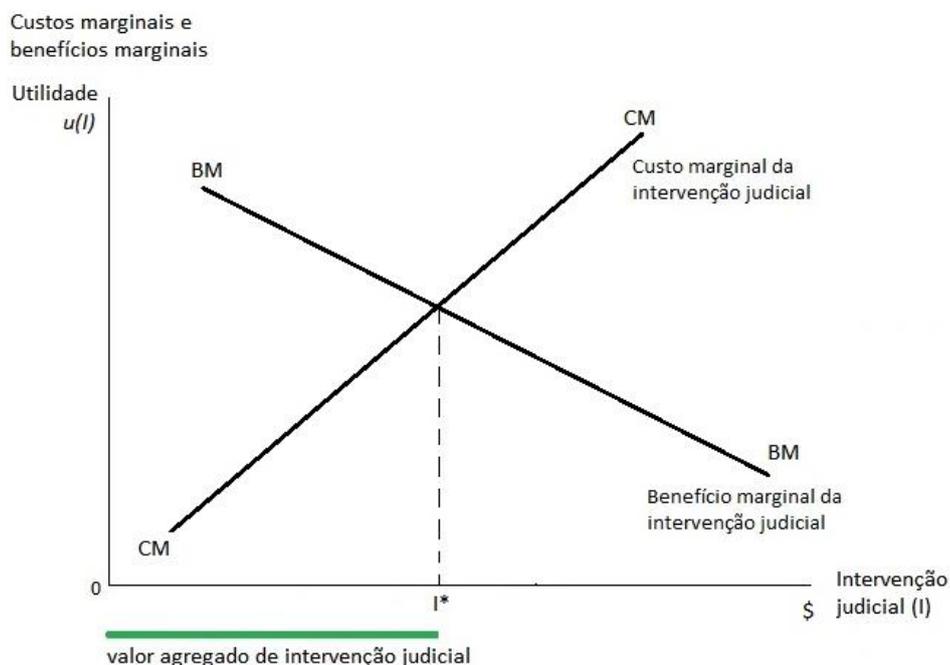


Figura 1 - fonte: MENEGUIN, 2014

É justamente dessa percepção que devem provir os fundamentos para a imposição e estabelecimento de limites à atuação judicial no campo das políticas públicas. Nada mais determinante do que o interesse coletivo, aqui medido em termos de bem-estar, para orientar a fixação de parâmetros claros para tal atuação.

Desse modo, a partir do momento em que o reconhecimento de algum direito social individualmente gerar prejuízos para o atendimento da população como um todo, apesar do incremento de utilidade individual, esse pedido não deverá ser deferido, sob pena de se ferir o princípio da isonomia e da proporcionalidade.

Utilizando-se desse raciocínio, é possível enumerar algumas situações em que a intervenção trará incremento de bem-estar:

- Quando o direito fundamental cuja proteção se pleiteia judicialmente não esteja contemplado em nenhuma das políticas públicas existentes no planejamento orçamentário;
- Quando o planejamento ou programa da política pública inviabilizar ou tornar inútil o direito a ser protegido (CORTEZ, 2010);
- Em caso de reavaliação diante de situações emergenciais (CORTEZ, 2010);
- Em caso de intervenção para assegurar tratamento igualitário aos destinatários do programa (CORTEZ, 2010);

- Para questionar o descumprimento das políticas públicas ou deliberações coletivas (orçamento participativo) (CORTEZ, 2010).

Ademais, além dessas hipóteses, tudo dependerá da análise no caso concreto, sopesando-se os custos sociais em que a sentença incidirá e os seus benefícios. Tais parâmetros, aliás, devem ser mais facilmente identificados por meio dos instrumentos processuais postos ao dispor da sociedade, os quais se colocam como verdadeiras garantias constitucionais.

Vale ressaltar ainda que, a partir dessa análise, esvazia-se o cerne da discussão entre favoráveis e contrários à intervenção do Judiciário em políticas públicas, vez que se observa que a intervenção trará benefícios à sociedade até o ponto I* do gráfico da figura 1 e malefícios ao se ultrapassar esse ponto.

Logo, os parâmetros estabelecidos pelo estudo buscam reduzir o nível de subjetividade na fixação de tais fronteiras e tornar factível a atuação do Judiciário sem o impacto nefasto sobre as contas públicas e sobre os direitos dos demais indivíduos. Em última análise, essa nova perspectiva se apresenta como uma extensão do princípio da razoabilidade, elevando a análise de custo-benefício marginal a patamar privilegiado na fundamentação das decisões judiciais a respeito de políticas públicas.

Conectando essa proposta à teoria de Peter Häberle (HÄBERLE, 1997), segundo a qual a jurisdição constitucional deve abrir seus canais de comunicação, possibilitando que a sociedade tenha voz na interpretação da Constituição, por meio da democratização dos procedimentos, conclui-se que, se a análise judicial não tiver uma visão ampla dos impactos de suas decisões, ineficiências provavelmente surgirão. Para que tal cognição seja a mais ampla possível. Assim, quanto mais amplos os instrumentos processuais disponíveis para a aferição dos custos e benefícios envolvidos no provimento judicial, mais precisa e acertada será a decisão judicial.

4. Análise formal da intervenção judicial em políticas públicas nas justiças estaduais

A presente análise segue a linha de raciocínio desenvolvida pelo livro "*How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking*", (SCARTASCINI, STEIN, TOMMASI, 2010), segundo o qual as instituições democráticas, seus atores e suas arenas políticas afetam o processo de produção e implementação de políticas públicas, observando-se as evidências dos países latino-americanos a despeito de suas inúmeras peculiaridades.

Como bem observado por Mariana Magaldi de Sousa (SOUSA, 2010), no capítulo quatro desse livro, os principais papéis desempenhados pelo Poder Judiciário atualmente nesse âmbito podem ser resumidos em quatro: o de vetar novas leis (*veto player role*), de amoldar seu conteúdo (*policy player role*), de

forçar seu cumprimento (*referee role*) e de agir como representante alternativo da sociedade, reinterpretando as leis no caso concreto, visando a promover justiça social e equilíbrio entre as partes (*alternative societal player role*).

Além disso, as cortes podem intervir nesse processo tanto direta quanto indiretamente (SOUSA, 2010). No primeiro caso, os juízes são chamados pela via processual a dar seu consentimento a respeito de uma específica política como requisito de sua implementação. Já da segunda forma, o mero contato com demandas judiciais pode produzir mudanças de comportamento dos atores políticos ao se antecipar desaprovação pela Justiça. Os quatro papéis se encaixam somente no modo direto de interferência.

No mais, essa atuação jurisdicional pode ter efeito somente entre as partes do processo (*inter partes*) ou ser aplicável aos demais casos similares (*erga omnes*) e pode alterar ou manter o *status quo* das políticas e das leis.

Apresentadas as premissas teóricas, busca-se então mensurar o desempenho dos quatro papéis pelas Justiças Estaduais para se verificar qual a sua relação atual com o nível de bem-estar social dos respectivos estados federados, com o escopo de determinar qual é o estágio de intervenção da Justiça Estadual nas políticas públicas dentro do instrumental teórico desenvolvido pelo estudo, ou seja, se essa intervenção já superou o nível ótimo ou se ainda está por superar. O período de análise, aliás, foi estabelecido de acordo com a disponibilidade de dados, uma vez que existem dados da pesquisa estatística Justiça em Números do CNJ apenas para os anos de 2009 a 2013.

Ressalte-se novamente que, se a relação entre intervenção judicial nas políticas públicas e bem-estar social – aqui medido pelo Índice de Desenvolvimento Humano – for positivo (medida pelo cálculo da correlação), a atuação dos estados brasileiros ainda não haverá atingido o ponto de inflexão (I*), mas, se essa relação for negativa, significa que a atuação da Justiça Estadual no âmbito das políticas públicas tem apresentado custos sociais superiores aos seus benefícios, devendo, portanto, ser contida.

Tal mensuração, em geral, é feita a nível nacional (CASTRO, 1997; LA PORTA *et al*, 2004; POGREBINSCHI, 2012). Contudo, é crescente o número de estudos que analisam os determinantes das políticas públicas em escala subnacional (estadual) (BESLEY, PERSSON e STRUM, 2005; CALVO e MURILLO, 2004, REMMER, 2007), pela peculiaridade de se manterem relativamente homogêneos os fatores institucionais macro entre os estados⁸, mas com diferentes *outcomes* políticos e econômicos.

Nessa esteira, a consideração dos *checks and balances* judiciais dentre as *proxies* para se estimar a correlação entre esses mecanismos de freios e contrapesos como um todo e as políticas públicas no âmbito estadual brasileiro

⁸ Políticos são eleitos a cada quatro anos por representação proporcional com listas abertas, parlamentares não têm limite de mandatos, governadores podem concorrer à reeleição apenas uma vez, a tomada de decisão é centralizada nas assembleias legislativas, todo estado possui Tribunal de Contas e Tribunal de Justiça.

só foi feita no artigo "*The Predatory or Virtuous Choices Governors Make: The Roles of Checks and Balances and Political Competition*" (ALSTON *et al*, 2010), onde essa interferência foi medida por um índice de eficiência da Justiça Estadual, pela taxa de casos julgados sobre casos novos e pelo número de novos casos abertos por 100.000 habitantes.

No entanto, há detalhes jurídico-processuais nas decisões judiciais nesse contexto que fazem supor que as *proxies* utilizadas não refletem com exatidão como ocorre a interferência do Judiciário nas políticas públicas estaduais, o que torna possível que o presente estudo dê sua contribuição por meio do refinamento e adequação das variáveis representativas do problema em questão.

Segue-se uma descrição pormenorizada dos quatro papéis adaptados à ordem jurídica brasileira e à configuração do Poder Judiciário nacional.

4.1. Papel *Veto player*

O Judiciário tem papel essencial de vetar leis e políticas públicas que estejam em confronto com as Constituições Federal e Estaduais, retirando-as do ordenamento jurídico, de modo a reestabelecer o *status quo* vigente anteriormente à promulgação do ato normativo inconstitucional. Tais decisões, por óbvio, têm efeitos *erga omnes*.

Por falhas na dinâmica do processo político-social, promulgam-se atos normativos que vão de encontro a normas constitucionais que veiculam linhas básicas do Estado, diretrizes e limites ao conteúdo da legislação, por vícios formais ou materiais que diminuem o bem-estar da sociedade como um todo, assim como a previsibilidade das regras institucionais.

Tsebelis (TSEBELIS, 1995, 2002) argumenta que mudanças políticas se tornam mais difíceis ao passo que aumentam os jogadores de veto na arena política. Além disso, a declaração judicial de compatibilidade da política pública com a constituição legitima sua aplicabilidade. Desse modo, o controle de constitucionalidade evidencia-se como instrumento de estabilidade do ordenamento jurídico e, em última instância, das políticas públicas.

Trata-se de um sistema de freios e contrapesos por excelência garantido pelas constituições rígidas, cujos pressupostos são a supremacia formal da constituição e a existência de uma Corte Suprema responsável pela última palavra sobre a jurisdição constitucional – no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal. Sousa (SOUSA, 2010) defende que o papel *veto player* é o mais expressivo no Brasil.

Quanto mais forte e independente dos outros poderes for o Judiciário, mais ele atuará nesse papel (HAMMERGREN, 2002). Contudo, a pura existência de revisão judicial não é suficiente para caracterizar as cortes como *veto players*. A propensão dos magistrados a declarar uma lei inconstitucional dependerá de sua formação jurídico-educacional, do grau de independência que possui, de suas

crenças a respeito de qual é o papel do Poder Judiciário (SOUSA, 2010). Sobre o tema, Sadek (SADEK, 2006) traz pesquisa relevante por meio de entrevistas aos magistrados a respeito da percepção do seu papel na sociedade.

4.1.1. *Papel veto player no Brasil*

A Constituição Federal de 1988 estruturou o sistema de controle de constitucionalidade a partir da incorporação de diversos modelos, sobretudo o austríaco e o americano, resultando no chamado controle misto, o qual pode ser anterior (preventivo) ou posterior (repressivo) à promulgação da lei.

O controle preventivo realizado pelo Poder Judiciário se dá por meio de mandado de segurança impetrado por parlamentar com vistas resguardar seu direito líquido e certo de não deliberar sobre emendas à Constituição que tendam a abolir cláusula pétrea (MS 20.257/DF). Aqui, o poder de veto permite que se atrase a promulgação da lei, ampliando o tempo para o debate democrático e amadurecendo pontos de consenso consoantes com a Constituição.

Já o papel de veto desempenhado repressivamente é muito mais frequente e apresenta-se por meio de um sistema de controle de constitucionalidade que congrega o modelo difuso por via incidental e o concentrado por via principal.

O concreto ou difuso, sedimentado nos Estados Unidos no caso *Marbury v. Madison* (1803), no primeiro grau, permite aos juízes desempenhar o papel *veto player*⁹, sem qualquer restrição, o que não ocorre no âmbito dos tribunais. Em razão do art. 97 da CF/88, os órgãos fracionários dos tribunais (turmas, câmaras e seções) não podem declarar a inconstitucionalidade de políticas públicas, mas somente o Pleno ou o Órgão Especial o fazem por meio do julgamento da Arguição (ou Incidente) de Inconstitucionalidade, pela votação de maioria absoluta de seus membros (cláusula de reserva de plenário ou *full bench*), cuja decisão vincula os demais órgãos fracionários do respectivo tribunal. Apesar do efeito *inter partes*, pode-se observar o papel *veto player* nos tribunais em razão da força vinculante em âmbito estadual das decisões em Arguição de Inconstitucionalidade.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, o controle difuso se dá pela interposição do Recurso Extraordinário – recurso destinado ao STF em que se levantam questões prejudiciais em matéria constitucional –, onde a declaração de inconstitucionalidade decidida por maioria absoluta pode ensejar a suspensão da eficácia da norma (*erga omnes*) pelo Senado Federal, nos termos do art. 52, X, da CF/88.

⁹ Nesse caso, não há efeitos *erga omnes*.

Por outro lado, o controle concentrado é o meio mais utilizado e eficaz para o Judiciário vetar uma política pública inconstitucional, visto que as decisões nesse âmbito possuem efeitos *erga omnes* e vinculantes. O papel de veto revela-se quando se julga procedente uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) ou improcedente a Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC), bem como quando pelo julgamento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental¹⁰ expurga-se a lei que veicula a política pública do ordenamento jurídico¹¹. Nesse ponto, há de se verificar a razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado para a implementação da política pública via controle do STF e a violação aos direitos mínimos tem de ser evidente e arbitrária (MENDES, 2014).

De todo modo, é importante notar que a ADI e a ADC não vinculam o Poder Legislativo, mas somente o Poder Judiciário e a Administração Pública. Isso significa dizer que, apesar da decisão possuir efeito *erga omnes*, o Legislativo pode produzir novas leis em sentido diverso do que foi decidido pelo STF, permitindo que se iniciem novas rodadas no jogo estratégico institucional (NOVELINO, 2013).

4.1.2. Papel veto player nos estados

O papel de *veto player* desempenhado anteriormente à promulgação da lei também se expressa por meio do mandado de segurança preventivo impetrado por parlamentares das assembleias legislativas estaduais, sendo julgados pela segunda instância dos Tribunais de Justiça do respectivo estado federativo.

No âmbito estadual, o questionamento da constitucionalidade de normas estaduais e municipais pode se dar em face da Constituição Estadual, conforme dispõe o art. 125, §2º, da CF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) – ou Representação de Inconstitucionalidade –, cuja competência é concedida ao Pleno ou ao Órgão Especial. O mesmo se aplica à contestação de constitucionalidade de leis distritais tendo como parâmetro a Lei Orgânica do Distrito Federal frente ao seu respectivo Tribunal de Justiça (TJDFT). Novamente, concede-se o efeito *erga omnes* para essas decisões, e a Constituição Estadual prever a ADC, por simetria, no âmbito dos estados, mas nem todas o fazem.

O controle difuso de constitucionalidade das políticas públicas é instrumentalizado pela referida Arguição de Inconstitucionalidade (AI), que instrumentaliza o desempenho do papel *veto player* por ter caráter vinculante com relação aos órgãos vinculantes do tribunal, ou seja, no território do estado.

Contudo, diante da limitação fática de acesso aos dados relativos ao mandado de segurança preventivo, à ADC e à AI, a mensuração do desempenho

¹⁰ A ADPF é de competência somente do STF.

¹¹ A ADPF também pode desempenhar papel de *policy player*.

do papel *veto player* em cada estado pode ser feita pela análise dos dados disponíveis sobre as ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs) julgadas em face da Constituição Estadual pelos respectivos Tribunais.

4.1.3. Índice veto player (VP)

A mensuração do papel *veto player* deu-se com base nos dados relativos às ações diretas de inconstitucionalidade julgadas em cada Tribunal de Justiça dos 26 estados analisados e do Distrito Federal, informações obtidas no campo de "consulta de jurisprudência" de seus sítios oficiais. Por meio da construção de uma base de dados completa, indicando a data de julgamento, o número do processo (para posterior conferência da veracidade dos resultados), a ementa e o resultado do julgamento, foi possível extrair as *proxies* que serão seguir apresentadas.

O índice foi dividido em dois sub-índices: um que mede a taxa de efetividade da ação e outro que mede a demanda. O primeiro foi construído da seguinte forma:

$$evp = \frac{ADI \text{ procedentes}}{ADI \text{ julgadas}} + \frac{1}{2} \left(\frac{ADI \text{ parcialmente procedentes}}{ADI \text{ julgadas}} \right)$$

assumindo-se que os pedidos julgados parcialmente procedentes concederam somente metade do pedido formulado pelos autores. Desse modo, extrai-se a proporção da atuação efetiva do Tribunal de Justiça como *veto player* com relação ao que lhe foi demandado para o desempenho desse papel. Esse índice pode variar de 0 a 1.

Contudo, a utilização exclusiva dessa *proxy* poderia deturpar os resultados, dado que, com um pequeno número de julgados (baixa demanda), o peso de uma única ação julgada procedente seria muito maior do que se tivesse uma alta demanda. Por exemplo, se um estado que possui somente uma ação direta de inconstitucionalidade julgada no ano e essa tem resultado procedente, seu desempenho será 1 (máximo), mas isso não significa que ela tem alta performance na utilização do papel com relação aos outros estados. Portanto, é necessário que o índice de efetividade seja ponderado com o de demanda.

Esse subíndice de demanda é obtido dividindo-se o número de ações diretas de inconstitucionalidade julgadas no ano sobre o número de habitantes do estado dividido por 100.000 no respectivo ano (h_2):

$$dvp = \frac{ADI \text{ julgadas}}{h_2}$$

A partir daí normaliza-se o índice anualmente, dividindo dvp pelo maior valor encontrado a cada ano. Desse modo, temos que $0 \ll dvp \ll 1$.

Enfim, para o cômputo final do índice veto player (VP), somam-se os dois subíndices:

$$VP = \frac{evp + dvp}{2}$$

4.2. Papel *Policy player*

Um segundo papel que o Poder Judiciário possui no processo de produção e implementação de políticas públicas constitui-se na modulação do seu conteúdo, interpretando as leis para determinar seu sentido original e sua aplicabilidade ou reinterpretação-as para se adequarem ao contexto social. É mais usualmente desempenhado quando a lei é ambígua, como, por exemplo, no caso de normas programáticas. Esse papel tem efeitos *erga omnes* e muda o *status quo* jurídico.

Nessa interpretação, as cortes podem tornar algumas questões mais relevantes do que as outras, trazendo-as para o centro de debate político e da sociedade, sobretudo na mídia, podendo expandir sua visibilidade e seus efeitos, o que influencia nas arenas políticas (SOUSA, 2010).

Além disso, o Judiciário pode induzir o Legislativo a tomar medidas corretivas e reformular leis ambíguas ou vagas (omissões legislativas), além de agir como legislador positivo na hipótese da inércia reiterada e injustificada do legislador. Essa postura ativa nos dois casos pode gerar conflitos entre Judiciário e Legislativo, se esse perceber essa atuação como invasão de seus poderes e funções constitucionais. Por isso, esse papel é melhor desempenhado quando há grande interação entre o Judiciário e o Legislativo, motivo pelo qual se deve considerar o ambiente político antes de atuar ativamente (SOUSA, 2010).

4.2.1. Papel *policy player* no Brasil

Além do papel *veto player*, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) também instrumento para o desempenho do papel *policy player*, quando corrige desvios de políticas públicas que tenham gerado ou possam gerar lesão, modificando o modo de atuação do Poder Público. Os mesmos legitimados da ADI podem apresentá-la perante o STF e, se julgada procedente, tem efeitos *erga omnes*, *ex tunc* e vinculante, devendo o Poder Público proceder ao imediato cumprimento da decisão.

Além disso, para o Judiciário induzir o Legislativo e o Executivo a preencher as omissões legislativas o sistema jurídico brasileiro previu dois instrumentos: o mandado de injunção (MI) e a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

O mandado de injunção, disposto no art. 5º, LXXI, da CF, é um remédio constitucional cabível na falta de norma regulamentadora que torne inviável o

exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Tal instrumento se presta, no caso, a atuar em situações em que não há política pública que ampara o direito fundamental do indivíduo, sobretudo prerrogativas de cidadania, de modo a impedir o seu exercício.

Trata-se de uma ação constitucional de garantia individual, encaixando-se como um meio de controle difuso. Pode ser impetrado por qualquer pessoa, inclusive por uma coletividade (mandado de injunção coletivo), conforme a jurisprudência do STF, pleiteando regulamentação de matéria cuja ausência de regras está inviabilizando a fruição de direitos e liberdades de seus membros.

Encaixa-se como meio de intervenção do Judiciário nas políticas públicas no papel *policy player*, pois permite que se pleiteie a fruição de direitos sociais obstados pela falta de norma pela indicação pelo órgão decisório do direito a ser aplicado no caso concreto. Desse modo, é possível que se chame atenção para direitos não contemplados por nenhuma política pública existente.

Analizando-se mais profundamente o tema a respeito dos posicionamentos do Judiciário em relação ao modo de atuação judicial nos mandados de injunção, vislumbram-se quatro visões principais: de que o Judiciário legisla no caso concreto, com efeito *erga omnes*, até que sobrevenha norma integrativa por parte do Legislativo (concretista geral); de que esse ato tem efeito somente *inter partes* (concretista individual direta); de que a atuação ativista deve ser implementada, somente após o esgotamento do prazo para o Legislativo elaborar a norma regulamentadora (concretista individual intermediária) e de que a decisão apenas decreta a mora, reconhecendo formalmente a inércia do Legislativo sem se emprestar ao magistrado qualquer poder legislativo (não concretista).

Dentre todas as posições possíveis, as vertentes concretistas tem sido cada vez mais adotadas, como um desdobramento do processo de judicialização das políticas públicas. Nesse sentido, quanto mais desarrazoada, negligente e desidiosa for a inércia dos outros Poderes, maior a será propensão do Judiciário a se utilizar de uma postura mais próxima ao concretismo, influenciando de modo mais incisivo as políticas públicas analisadas, ou melhor, sua ausência. De todo modo, o Judiciário, ao se utilizar da teoria concretista, deve agir com cautela, calculando cuidadosamente os efeitos da sua atuação como legislador positivo (MENDES, 2014).

Com o mesmo objetivo, mas com pequenas distinções, a Constituição Federal instituiu a ação declaratória de inconstitucionalidade por omissão (ADO), no seu artigo 103, §2º, e na lei 12.063/09, sendo um outro mecanismo de realização desse papel. Diante da falta de medida regulamentadora de dispositivo da Constituição de eficácia limitada, interpõe-se ADO como meio de torná-lo efetivo. Para maior aproveitamento das demandas, o STF reconheceu ser possível a aplicação da fungibilidade entre ADI e ADO. Também é possível em caso de omissão parcial e relativa – quando houver necessidade de atualizar o

programa normativo dos regulamentos editados, ou ferirem o princípio da isonomia, por deixar de contemplar situações que igualmente deveriam estar incluídas no programa normativo (MENDES, 2014).

Julgada procedente a ADO, será dada ciência ao órgão competente, constituindo-o em mora. Em se tratando de órgão administrativo, deverá editar a norma no prazo de 30 dias (ou em prazo razoável, excepcionalmente), sob pena de responsabilidade, reconhecendo-se uma eficácia mandamental média. Mas se a inconstitucionalidade decorrer de órgão legislativo, a Constituição e a lei não cogitaram sequer o prazo para suprimento da omissão, limitando tal decisão a uma eficácia mandamental mínima, tendo em vista que há ao menos uma sanção de natureza política. Além do mais, vale ressaltar que o STF não pode suprir de forma alguma a omissão inconstitucional (NOVELINO, 2014).

Em se tratando de inconstitucionalidades com relação às constituições estaduais, essas devem prever a existência desse instrumento nesse âmbito, para que seja julgado pelo Tribunal de Justiça do estado (MENDES, 2014).

As peculiaridades da atividade parlamentar que afetam o processo legislativo não justificam uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. Temos como exemplo os casos de regulamentação por parte do Judiciário do direito de greve dos servidores públicos, da limitação da taxa de juros a 12% ao ano, dentre outros. Ressalta-se a importância das audiências públicas nessa ação, para que a modulação das políticas públicas se dê em consonância com os interesses sociais e levando-se em conta os fatores técnicos do caso.

Igualmente, a criação do CNJ, com a EC n. 45/2004, tem intensificado a visualização e a discussão de temas jurídicos e sociais polêmicos e que necessitam ser normatizados, gerando insumos democráticos essenciais para a formação de políticas públicas legítimas e estáveis.

4.2.2. Papel policy player nos estados

Na Justiça estadual, o desempenho desse papel só pode se dar pelo mandado de injunção e, dependendo do estado, pela ADO, uma vez que a ADPF é de competência exclusiva do STF. Os Tribunais Estaduais também podem promover audiências públicas para o esclarecimento de controvérsias jurídicas que a ele chegam, mas dados sobre o número de audiências realizadas são de difícil obtenção.

Portanto, para a mensuração do papel *policy player* nos estados utilizar-se-á, por simplificação, diante das limitações de dados, os dados relativos aos mandados de injunção, individuais e coletivos julgados em cada estado em um certo intervalo de tempo.

4.2.3. Índice Policy Player (PP)

Do mesmo modo, para calcular a incidência do papel de *policy player* nos estados, procede-se à uma ponderação entre efetividade do papel e sua demanda. Agora utilizam-se informações relativas aos mandados de injunção julgados anualmente, informações também disponíveis nos sítios oficiais dos Tribunais. Conforme exposto na fundamentação teórica, o mandado de injunção é um bom “termômetro” para medir o nível de desempenho do papel *policy player*, visto que é a oportunidade em que os magistrados têm de agir como legisladores positivos, modulando a política, por intermédio da aplicação da teoria concretista¹². Mesmo que não capte todo âmbito de atuação desse papel, o mandado de injunção aponta a propensão de modulação de políticas públicas por cada tribunal.

Da análise feita acima, pode-se estabelecer o subíndice de efetividade do papel *policy player* como sendo a razão entre o número de mandado de injunções julgados segundo a teoria concretista – na qual o Judiciário determina uma norma a ser aplicada por analogia diante da omissão legislativa – sobre o número total de mandados de injunção julgados:

$$epp = \frac{MI \text{ concretistas}}{MI \text{ julgados}}$$

Igualmente, o subíndice de demanda é construído dividindo-se o número total de mandado de injunção julgados no ano pela população do estado dividida por 100.000 (h_2):

$$dpp = \frac{MI \text{ julgados}}{h_2}$$

Então dividem-se os valores encontrados pelo maior deles em cada ano, para encontrar o índice normalizado entre 0 e 1.

O desempenho final do papel *policy player*, portanto, é mensurado por:

$$PP = \frac{epp + dpp}{2}$$

4.3. Papel Referee Player

O papel de árbitro (*referee*) do Judiciário visa assegurar a efetiva implementação das políticas públicas, evitando os problemas de “legislação simbólica”¹³, sobre os quais discorre Marcelo Neves (NEVES, 2007, p. 40-101). Trata-se de uma supervisão da sua eficaz execução, atuando como uma força

¹² Qualquer das três vertentes apresentadas na subseção 4.2.1..

¹³ Isso ocorre por meio do estabelecimento de normas que visam apenas confirmar valores sociais, demonstrar a capacidade de ação do Estado e adiar a solução de conflitos sociais por compromissos dilatatórios, em lugar de dar-lhes real eficácia.

externa ou um árbitro em acordos envolvendo o governo, demonstrando o poder de coação judicial, ou o termo cunhado no inglês: *enforcement*.

Isso se dá pela fiscalização das atividades administrativas e pela resolução de conflitos do dia a dia envolvendo o Poder Público, que não podem ser resolvidos no âmbito das agências regulatórias ou das próprias partes.

4.3.1. *Papel referee player no Brasil*

No Brasil, esse controle externo da execução das políticas públicas se dá caso a caso, pelo impulso das partes prejudicadas pelo inadimplemento estatal. O eficaz desempenho desse papel pode desincentivar o Legislativo a produzir legislação simbólica, somente para dirimir conflitos políticos e sócias, cujo objetivo implícito é que não venha a produzir efeitos na prática.

Quando as políticas públicas entram em vigência, qualquer pessoa prejudicada pode pleitear judicialmente seu cumprimento, da forma mais eficaz e adequada. Tal atuação pode, segundo estudo de Alston (ALSTON, 2009), diminuir os gastos públicos, déficits fiscais e a corrupção, sendo, pois, indispensável para o crescimento econômico do país. Além disso, cria um ambiente legal seguro para o investimento, onde há previsibilidade quando da promulgação das políticas.

Do mesmo modo, o combate à corrupção e à improbidade administrativa por intermédio de ações judiciais são meios de pressionar os administradores públicos a efetivarem o planejamento orçamentário das políticas públicas, provendo bens públicos, conforme estipulado, ao invés de bens privados. O acompanhamento da destinação dos recursos e a punição dos responsáveis pelo desvio dessas verbas são expressões inequívocas do papel *referee player*.

Além desse meio, há uma grande diversidade de classes de ação que podem ser utilizadas com o mesmo fim de forçar a implementação da política como a ação civil pública, o mandado de segurança individual e coletivo¹⁴, a ação popular¹⁵ ou mera ação de obrigação de fazer ou não fazer.

4.3.2. *Papel referee player para os estados*

Esse controle relativo às políticas públicas estaduais ocorre principalmente no próprio nível da estadual, uma vez que as competências jurisdicionais sobre esse tipo de matéria recaem sobre as Justiças Estaduais e Federal. Entretanto, a última não será tratada no presente artigo por fugir do escopo do estudo e por acabar estendendo com demasia o foco de análise.

¹⁴ Remédio constitucional destinado à busca da proteção de direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, contra atos ou omissões ilegais ou com abuso de poder de autoridade, buscando a preservação ou reparação de interesses transindividuais (individuais homogêneos ou coletivos).

¹⁵ Cabível contra atos estatais de efeitos concretos não editado sob forma de lei.

Elencar exatamente todos os tipos de ações que podem ser utilizados para se realizar o controle dos atos do Poder Público de acordo com as leis dispõem sobre políticas públicas é um trabalho árduo e muito minucioso, talvez até impraticável diante das inovações processuais criadas pelos advogados. Além disso, as questões processuais nos Tribunais são estabelecidas de forma distinta em cada Constituição Estadual e Regimento Interno, o que também dificulta a coleta dos dados.

Desse modo, como melhor forma de medir esse papel do Judiciário estadual apresenta-se o número de ações que figuram como polo passivo o Poder Público¹⁶. O ideal seria se obtivéssemos o número desses processos julgados por período, mas o único dado disponibilizado ao público é o número de ações existentes¹⁷ (casos novos e pendentes) no 1º e no 2º grau de cada Justiça Estadual para os anos de 2009 a 2012, ainda assim havendo grande número de omissões de dados para muitos estados.

4.3.3. Índice Referee Player (RP)

As maiores restrições de dados incidem principalmente nesse papel. Isso porque não foi possível a obtenção de dados que individualizassem as ações em classe, já que o CNJ só possui dados em agregado e as consultas de jurisprudência dos sites dos Tribunais só disponibilizam informações relativas a ações que tramitam no segundo grau (Tribunais de Justiça) – e a maioria das atuações desse papel se dão por meio de ações que se iniciam no primeiro grau de jurisdição, como a ação civil pública, mandados de segurança, dentre outros. Por conseguinte, procurou-se construir as *proxies* mais aproximadas possíveis com o desempenho do papel *referee player*.

Assim, somam-se as seguintes variáveis do Justiça em Números: número de casos novos contra o Estado no primeiro grau (cnce1) e no segundo grau (cnce2); número de casos novos contra o Município no primeiro grau (cncm1) e no segundo grau (cncm2); número de casos pendentes contra o Estado no primeiro grau (cpce1) e no segundo grau (cpce2) e o número de casos pendentes contra o Município no primeiro (cpcm1) e no segundo grau (cpcm2). A partir daí divide-se a soma pela população dividida por 100.000 (h_2):

$$RP = \frac{cnce1 + cnce2 + cncm1 + cncm2 + cpce1 + cpce2 + cpcm1 + cpcm2}{h_2}$$

E, enfim, normaliza-se *RP* pelo maior índice do ano. Temos que $0 \ll RP \ll 1$.

¹⁶ Incluem-se Estados, Municípios, Autarquias, Fundações e Empresas Públicas Federais, Estaduais, Distritais e Municipais

¹⁷ Dados do CNJ de 2009 a 2011.

4.4. Papel *alternative societal representative player*

Quando o Poder Judiciário atua como representante alternativo da sociedade para trazer justiça social e representação aos hipossuficientes ou vulneráveis, ele está desempenhando seu quarto papel.

Sem mudar a legislação vigente, alguns juízes, amigáveis à visão do Judiciário como instituição promotora de justiça social e corretora de normas míopes em relação às desigualdades fáticas, tentam, por meio da interpretação diferenciada dessas – ainda que contra a letra da lei (*contra legem*) –, reequilibrar a posição das partes no processo, redistribuindo os recursos legais de modo a favorecer as partes mais hipossuficientes jurídica e organizacionalmente. Tal conduta acaba por mudar o *status quo* legal e tem efeito *inter partes*. Extrapola-se o âmbito da judicialização para adentrar na seara do ativismo judicial.

“Trata-se da utilização, via interpretação diferenciada das contradições, ambiguidades e lacunas do direito legislado numa ótica democratizante” (WOLKMER, 2012)

Além de utilizarem o direito de modo alternativo, promovem um fórum (uma arena política) para defesa dos direitos civis e sociais, sob o princípio da igualdade anterior à lei, tornando alguns conflitos mais salientes que outros. Atuam como a voz de certas camadas da população que, normalmente, não têm acesso efetivo ao ambiente político, desempenhando um verdadeiro papel contramajoritário, o que expande a visibilidade pública desses conflitos para sua reformulação legal e o leque de atores que podem influenciar na implementação de políticas públicas.

Entretanto, a questão que se coloca é que os juízes não são eleitos democraticamente, portanto, não são objeto de *accountability* eleitoral (WALDRON, 2006). Assim, eles não são convencionalmente legítimos representantes da sociedade e, por isso, a denominação de representante alternativo da sociedade.

Ademais, há grande quantidade de especialistas que são contrários a essa atuação, uma vez que ela diminui a segurança jurídica, pois o grau de discricionariedade dos juízes é tão alto que impede que haja previsibilidade sobre o teor da decisão, aumentando sua demanda¹⁸ (GICO, 2010). Isso torna todo processo judicial muito subjetivo e nem sempre equalizador das condições entre as partes, além do fato de que o Judiciário pode ser capturado por grupos de interesse.

4.4.1. Papel alternative societal representative player no Brasil

A crença de que o direito é instrumento de luta a favor da emancipação dos menos favorecidos e injustiçados, numa sociedade estratificada como a

¹⁸ Maior probabilidade de obter decisão favorável apesar de não ter direito segundo a interpretação da lei estritamente.

brasileira, faz com que se descarte o caráter de apoliticidade, imparcialidade e neutralidade dos juízes, utilizando-se o método histórico-social dialético, pela interpretação jurídico-progressiva, com o fim de levantar as contradições, omissões e incoerências do sistema legal (WOLKMER, 2012). Ocorre mais frequentemente nas áreas trabalhistas, ambientais, previdenciárias, de regulação de serviços públicos, operações de crédito e relações de consumo.

No Brasil, somente na segunda metade dos anos 80 o movimento dos juízes adeptos ao uso alternativo do direito começaria a se solidificar e se institucionalizar, iniciando-se no Rio Grande do Sul¹⁹. Esse processo se desenvolveu e ganhou mais adeptos desde então, com expoentes como Sérgio Gischow Pereira.

Segundo Amilton Carvalho, o uso alternativo do direito seria a procura de um instrumental teórico e prático a ser utilizado por profissionais que desejam colocar seu saber a serviço da "emancipação popular". Segundo o autor, a América Latina viveria uma "incipiente democratização", o que faria com que o direito se tornasse indispensável instrumento para que as classes populares resistissem à dominação. Nesse contexto, o Judiciário deveria ser uma arena democrática, disponível aos cidadãos para que lutassem por seus direitos como, por exemplo, os aposentados na luta por reajustes em proventos ou mutuários prejudicados no Sistema Financeiro de habitação (GUANABARA, 1996).

Hoje há uma grande corrente de juízes que se utilizam dessa linha de pensamento, principalmente, os de primeira instância, uma vez que as instâncias superiores tendem a seguir linhas jurisprudenciais mais conservadoras. Grandes têm sido os reflexos da aplicação dessa teoria, por vezes bons; por outras, não, mas que, sem dúvida repercutem na esfera do processo de produção de políticas públicas. Em uma pesquisa realizada nos juízos e tribunais constatou que 73,1% dos magistrados acreditam que é possível que se tomem decisões que violem os contratos com objetivo de buscar a justiça social (ZYLBERSZTAJN, STAJN, 2005).

Isso faz com que os contratos se tornem mais incerto, pois podem ou não ser respeitados pelos juízes, dependendo da forma com que ele encara a não-neutralidade e a posição relativa das partes, tornando as transações mais arriscadas²⁰. Nos casos em que essa não neutralidade é clara e sistemática, esse segmento menos privilegiados são penalizados com prêmios de risco mais altos ou até pela não inserção no mercado.

¹⁹ Em 1986, ocorreu o congresso da Associação de Juízes do Rio Grande do Sul, quando se reuniram para coletar sugestões para a Constituinte no ano seguinte. Houve grande convergência do ponto de vista dos juízes em relação às ideias do atual uso alternativo do direito, sugerindo-se até a realização de eleições diretas para desembargadores e presidentes de Tribunais.

²⁰ Prêmios de risco que reduzem salários e aumentam juros, aluguel e preços em geral.

4.4.2. *Papel alternative societal representative nos estados*

Uma forma de se medir essa atuação do Judiciário de cada estado como representante alternativo da sociedade é pela proporção de recursos interpostos contra decisões dos magistrados que são julgados procedentes no sentido de reverter a decisão da instância inferior, demonstrando que o órgão revisor hierárquico não concorda com a forma como está sendo interpretado a norma no caso concreto, por primar pela legalidade.

4.4.3. *Índice Alternative Societal Representative Player (ASP)*

A última das quatro estatísticas que constroem o índice final trata-se da mensuração do quanto cada Justiça Estadual atua como representante alternativo da sociedade, interpretando a lei de forma anômala para realizar justiça social entre as partes. Com esse objetivo, e levando-se em conta a dificuldade fática de medir o desempenho desse papel, utilizamos as estatísticas que expõe o índice de reversibilidade das decisões de primeiro grau (rd1) e no segundo grau (rd2) em cada ano – proporção de recursos interpostos contra decisões de primeiro e segundo graus em que se decidiu pela reversão da sentença, ainda que parcialmente, em relação ao número total de recursos interpostos às respectivas instâncias –, do Justiça em Números (CNJ) ($0 \ll rd1, rd2 \ll 1$).

Como também há grande defasagem de dados, decidiu-se pelo uso da média quando houver as duas estatísticas:

$$ASP = \frac{rd1 + rd2}{2}$$

e somente uma delas, quando não houver as duas:

$$ASP = rd1 \text{ ou } ASP = rd2$$

Contudo, ainda permanecem sem índice os estados em que não existe informações nem sobre rd1 nem sobre rd2²¹. (Havendo ASP,) . A seguir divide-se o índice pelo maior valor encontrado a cada ano, normalizando-o ($0 \ll ASP \ll 1$).

Decidiu-se pela utilização dessa variável, porque presume-se que as instâncias superiores tendem a seguir entendimentos mais uniformizados e consoantes com o sentido original das legislações, reformando, portanto, grande parte das ações julgadas pelos magistrados com o ímpeto de desempenhar o papel de *alternative societal representative player*. Pelos argumentos aventados na seção 3.4.1, espera-se que esse índice ASP tenha correlação negativa com o IDH.

²¹ Completa-se tal lacuna novamente com o método *Expectation-Maximization algorithm* (ou *EM algorithm*).

4.5. Índice de Intervenção da Justiça Estadual em Políticas Públicas (IJEPP)

O índice de Intervenção da Justiça Estadual em Políticas Públicas (IJEPP) consubstancia-se no somatório do desempenho dos quatro papéis acima apresentados, ponderados igualmente pelo fato de não haver possibilidade de minucioso estabelecimento das participações relativas de cada papel. Assim sendo, temos:

$$IJEPP = \frac{VP + PP + RP + ASP}{4}$$

4.6. Índice de Desenvolvimento Humano

Como meio de se verificar o bem-estar social de cada estado, assim expresso no resultado líquido entre custos e benefícios sociais das decisões judiciais que se imiscuem em políticas públicas, dentre outros fatores, utiliza-se o Índice de Desenvolvimento Humano desses estados, disponibilizado pelo PNUD para os anos de 2005, 2010 e 2013.

Utilizando-se a técnica da polarização de índices, é possível obter-se tais valores para todos os anos entre 2009 e 2013, para se proceder à análise frente ao IJEPP.

4.7. Resultados

Coletados e tratados os dados para os anos de 2009 a 2013, obtiveram-se os resultados das mensurações para os anos individualmente e para o período como um todo.

Optou-se por dividir em três níveis o desempenho do índice IJEPP:

- Alto – maior que 0,4 (em verde)
- Médio – entre 0,4 e 0,4 (em amarelo)
- Baixo – menor que 0,2 (em vermelho)

Tais parâmetros foram estabelecidos tendo-se em vista que os valores máximos do IJEPP giram em torno de 0,6. Desse modo, os três níveis representam intervalos de valores igualmente divididos.

A tabela a seguir expõe o índice de correlação entre o IDH de cada ano com o respectivo desempenho do índice IJEPP:

Ano	Correlação IDH e IJEPP	Gráficos																																																								
2009	0,67	<p>IJEPP 2009</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Estado</th> <th>Correlação</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>TJRS</td><td>0,56</td></tr> <tr><td>TJDF</td><td>0,38</td></tr> <tr><td>TJGO</td><td>0,33</td></tr> <tr><td>TJPR</td><td>0,32</td></tr> <tr><td>TJPB</td><td>0,31</td></tr> <tr><td>TJSP</td><td>0,30</td></tr> <tr><td>TJMS</td><td>0,29</td></tr> <tr><td>TJSC</td><td>0,28</td></tr> <tr><td>TJMG</td><td>0,28</td></tr> <tr><td>TJMT</td><td>0,28</td></tr> <tr><td>TJES</td><td>0,27</td></tr> <tr><td>TJMA</td><td>0,26</td></tr> <tr><td>TJSE</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJTO</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJRN</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJRU</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJAP</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJRO</td><td>0,19</td></tr> <tr><td>TJRR</td><td>0,17</td></tr> <tr><td>TJPE</td><td>0,15</td></tr> <tr><td>TJPA</td><td>0,14</td></tr> <tr><td>TJPI</td><td>0,13</td></tr> <tr><td>TJCE</td><td>0,12</td></tr> <tr><td>TJAL</td><td>0,11</td></tr> <tr><td>TJBA</td><td>0,08</td></tr> <tr><td>TJAC</td><td>0,05</td></tr> </tbody> </table>	Estado	Correlação	TJRS	0,56	TJDF	0,38	TJGO	0,33	TJPR	0,32	TJPB	0,31	TJSP	0,30	TJMS	0,29	TJSC	0,28	TJMG	0,28	TJMT	0,28	TJES	0,27	TJMA	0,26	TJSE	0,25	TJTO	0,25	TJRN	0,25	TJRU	0,25	TJAP	0,25	TJRO	0,19	TJRR	0,17	TJPE	0,15	TJPA	0,14	TJPI	0,13	TJCE	0,12	TJAL	0,11	TJBA	0,08	TJAC	0,05		
Estado	Correlação																																																									
TJRS	0,56																																																									
TJDF	0,38																																																									
TJGO	0,33																																																									
TJPR	0,32																																																									
TJPB	0,31																																																									
TJSP	0,30																																																									
TJMS	0,29																																																									
TJSC	0,28																																																									
TJMG	0,28																																																									
TJMT	0,28																																																									
TJES	0,27																																																									
TJMA	0,26																																																									
TJSE	0,25																																																									
TJTO	0,25																																																									
TJRN	0,25																																																									
TJRU	0,25																																																									
TJAP	0,25																																																									
TJRO	0,19																																																									
TJRR	0,17																																																									
TJPE	0,15																																																									
TJPA	0,14																																																									
TJPI	0,13																																																									
TJCE	0,12																																																									
TJAL	0,11																																																									
TJBA	0,08																																																									
TJAC	0,05																																																									
2010	0,63	<p>IJEPP 2010</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Estado</th> <th>Correlação</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>TJRS</td><td>0,70</td></tr> <tr><td>TJDF</td><td>0,57</td></tr> <tr><td>TJSC</td><td>0,52</td></tr> <tr><td>TJSE</td><td>0,51</td></tr> <tr><td>TJGO</td><td>0,49</td></tr> <tr><td>TJMG</td><td>0,48</td></tr> <tr><td>TJMS</td><td>0,47</td></tr> <tr><td>TJPI</td><td>0,46</td></tr> <tr><td>TJSP</td><td>0,45</td></tr> <tr><td>TJRN</td><td>0,44</td></tr> <tr><td>TJRR</td><td>0,43</td></tr> <tr><td>TJPE</td><td>0,37</td></tr> <tr><td>TJRU</td><td>0,33</td></tr> <tr><td>TJES</td><td>0,32</td></tr> <tr><td>TJCE</td><td>0,31</td></tr> <tr><td>TJPR</td><td>0,30</td></tr> <tr><td>TJPB</td><td>0,29</td></tr> <tr><td>TJAP</td><td>0,28</td></tr> <tr><td>TJMT</td><td>0,27</td></tr> <tr><td>TJAM</td><td>0,26</td></tr> <tr><td>TJTO</td><td>0,25</td></tr> <tr><td>TJRO</td><td>0,24</td></tr> <tr><td>TJPA</td><td>0,23</td></tr> <tr><td>TJMA</td><td>0,22</td></tr> <tr><td>TJAL</td><td>0,21</td></tr> <tr><td>TJBA</td><td>0,20</td></tr> <tr><td>TJAC</td><td>0,19</td></tr> </tbody> </table>	Estado	Correlação	TJRS	0,70	TJDF	0,57	TJSC	0,52	TJSE	0,51	TJGO	0,49	TJMG	0,48	TJMS	0,47	TJPI	0,46	TJSP	0,45	TJRN	0,44	TJRR	0,43	TJPE	0,37	TJRU	0,33	TJES	0,32	TJCE	0,31	TJPR	0,30	TJPB	0,29	TJAP	0,28	TJMT	0,27	TJAM	0,26	TJTO	0,25	TJRO	0,24	TJPA	0,23	TJMA	0,22	TJAL	0,21	TJBA	0,20	TJAC	0,19
Estado	Correlação																																																									
TJRS	0,70																																																									
TJDF	0,57																																																									
TJSC	0,52																																																									
TJSE	0,51																																																									
TJGO	0,49																																																									
TJMG	0,48																																																									
TJMS	0,47																																																									
TJPI	0,46																																																									
TJSP	0,45																																																									
TJRN	0,44																																																									
TJRR	0,43																																																									
TJPE	0,37																																																									
TJRU	0,33																																																									
TJES	0,32																																																									
TJCE	0,31																																																									
TJPR	0,30																																																									
TJPB	0,29																																																									
TJAP	0,28																																																									
TJMT	0,27																																																									
TJAM	0,26																																																									
TJTO	0,25																																																									
TJRO	0,24																																																									
TJPA	0,23																																																									
TJMA	0,22																																																									
TJAL	0,21																																																									
TJBA	0,20																																																									
TJAC	0,19																																																									

<p>2011</p>	<p>0,62</p>	<p>IJEPP 2011</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Body</th> <th>Value (approx.)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>TJDF</td><td>0.63</td></tr> <tr><td>TJRS</td><td>0.59</td></tr> <tr><td>TJGO</td><td>0.54</td></tr> <tr><td>TJSC</td><td>0.48</td></tr> <tr><td>TJSP</td><td>0.46</td></tr> <tr><td>TJRN</td><td>0.45</td></tr> <tr><td>TJPI</td><td>0.45</td></tr> <tr><td>TJRO</td><td>0.42</td></tr> <tr><td>TJES</td><td>0.33</td></tr> <tr><td>TJPE</td><td>0.30</td></tr> <tr><td>TJPR</td><td>0.27</td></tr> <tr><td>TJMG</td><td>0.25</td></tr> <tr><td>TJMT</td><td>0.24</td></tr> <tr><td>TJMS</td><td>0.23</td></tr> <tr><td>TJSE</td><td>0.21</td></tr> <tr><td>TJTO</td><td>0.20</td></tr> <tr><td>TJRJ</td><td>0.20</td></tr> <tr><td>TJCE</td><td>0.19</td></tr> <tr><td>TJRR</td><td>0.17</td></tr> <tr><td>TJMA</td><td>0.16</td></tr> <tr><td>TJAP</td><td>0.14</td></tr> <tr><td>TJPB</td><td>0.12</td></tr> <tr><td>TJAM</td><td>0.11</td></tr> <tr><td>TJAL</td><td>0.09</td></tr> <tr><td>TJAC</td><td>0.07</td></tr> <tr><td>TJPA</td><td>0.06</td></tr> <tr><td>TJBA</td><td>0.04</td></tr> </tbody> </table>	Body	Value (approx.)	TJDF	0.63	TJRS	0.59	TJGO	0.54	TJSC	0.48	TJSP	0.46	TJRN	0.45	TJPI	0.45	TJRO	0.42	TJES	0.33	TJPE	0.30	TJPR	0.27	TJMG	0.25	TJMT	0.24	TJMS	0.23	TJSE	0.21	TJTO	0.20	TJRJ	0.20	TJCE	0.19	TJRR	0.17	TJMA	0.16	TJAP	0.14	TJPB	0.12	TJAM	0.11	TJAL	0.09	TJAC	0.07	TJPA	0.06	TJBA	0.04
Body	Value (approx.)																																																									
TJDF	0.63																																																									
TJRS	0.59																																																									
TJGO	0.54																																																									
TJSC	0.48																																																									
TJSP	0.46																																																									
TJRN	0.45																																																									
TJPI	0.45																																																									
TJRO	0.42																																																									
TJES	0.33																																																									
TJPE	0.30																																																									
TJPR	0.27																																																									
TJMG	0.25																																																									
TJMT	0.24																																																									
TJMS	0.23																																																									
TJSE	0.21																																																									
TJTO	0.20																																																									
TJRJ	0.20																																																									
TJCE	0.19																																																									
TJRR	0.17																																																									
TJMA	0.16																																																									
TJAP	0.14																																																									
TJPB	0.12																																																									
TJAM	0.11																																																									
TJAL	0.09																																																									
TJAC	0.07																																																									
TJPA	0.06																																																									
TJBA	0.04																																																									
<p>2012</p>	<p>0,47</p>	<p>IJEPP 2012</p> <table border="1"> <thead> <tr> <th>Body</th> <th>Value (approx.)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>TJRS</td><td>0.63</td></tr> <tr><td>TJDF</td><td>0.53</td></tr> <tr><td>TJSE</td><td>0.47</td></tr> <tr><td>TJSP</td><td>0.43</td></tr> <tr><td>TJRN</td><td>0.43</td></tr> <tr><td>TJPI</td><td>0.42</td></tr> <tr><td>TJSC</td><td>0.40</td></tr> <tr><td>TJBA</td><td>0.35</td></tr> <tr><td>TJES</td><td>0.35</td></tr> <tr><td>TJMG</td><td>0.30</td></tr> <tr><td>TJMT</td><td>0.28</td></tr> <tr><td>TJPR</td><td>0.28</td></tr> <tr><td>TJAM</td><td>0.27</td></tr> <tr><td>TJRJ</td><td>0.26</td></tr> <tr><td>TJPB</td><td>0.25</td></tr> <tr><td>TJAP</td><td>0.24</td></tr> <tr><td>TJTO</td><td>0.22</td></tr> <tr><td>TJGO</td><td>0.21</td></tr> <tr><td>TJPE</td><td>0.20</td></tr> <tr><td>TJMS</td><td>0.19</td></tr> <tr><td>TJRO</td><td>0.18</td></tr> <tr><td>TJCE</td><td>0.17</td></tr> <tr><td>TJAC</td><td>0.15</td></tr> <tr><td>TJPA</td><td>0.14</td></tr> <tr><td>TJMA</td><td>0.14</td></tr> <tr><td>TJAL</td><td>0.10</td></tr> <tr><td>TJRR</td><td>0.03</td></tr> </tbody> </table>	Body	Value (approx.)	TJRS	0.63	TJDF	0.53	TJSE	0.47	TJSP	0.43	TJRN	0.43	TJPI	0.42	TJSC	0.40	TJBA	0.35	TJES	0.35	TJMG	0.30	TJMT	0.28	TJPR	0.28	TJAM	0.27	TJRJ	0.26	TJPB	0.25	TJAP	0.24	TJTO	0.22	TJGO	0.21	TJPE	0.20	TJMS	0.19	TJRO	0.18	TJCE	0.17	TJAC	0.15	TJPA	0.14	TJMA	0.14	TJAL	0.10	TJRR	0.03
Body	Value (approx.)																																																									
TJRS	0.63																																																									
TJDF	0.53																																																									
TJSE	0.47																																																									
TJSP	0.43																																																									
TJRN	0.43																																																									
TJPI	0.42																																																									
TJSC	0.40																																																									
TJBA	0.35																																																									
TJES	0.35																																																									
TJMG	0.30																																																									
TJMT	0.28																																																									
TJPR	0.28																																																									
TJAM	0.27																																																									
TJRJ	0.26																																																									
TJPB	0.25																																																									
TJAP	0.24																																																									
TJTO	0.22																																																									
TJGO	0.21																																																									
TJPE	0.20																																																									
TJMS	0.19																																																									
TJRO	0.18																																																									
TJCE	0.17																																																									
TJAC	0.15																																																									
TJPA	0.14																																																									
TJMA	0.14																																																									
TJAL	0.10																																																									
TJRR	0.03																																																									

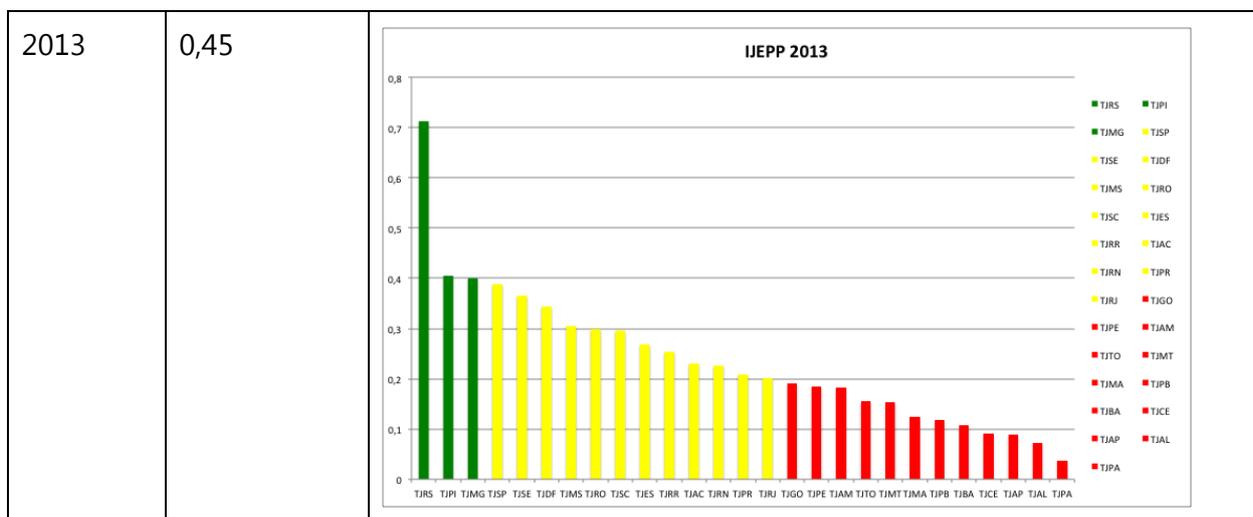


Tabela 1: índice de correlação e gráficos de desempenho do IJEPP.

Observa-se uma tendência de queda nos valores de correlação no decorrer dos anos, sendo um forte indício de que as Justiças Estaduais ainda se encontram no nível em que suas decisões no campo das políticas públicas aumenta mais do que diminui o bem estar social, mas encaminham-se a cada vez mais ao ponto de inflexão I*, a partir do qual essas decisões passarão a produzir efeitos negativos sobre o bem-estar social e, conseqüentemente, ao desenvolvimento do ente federativo.

Apresenta-se a seguir o desempenho do índice IJEPP, de modo agregado, de 2009 a 2013, que permitirá realizar a análise líquida do período, afastando impactos conjunturais de cada ano.

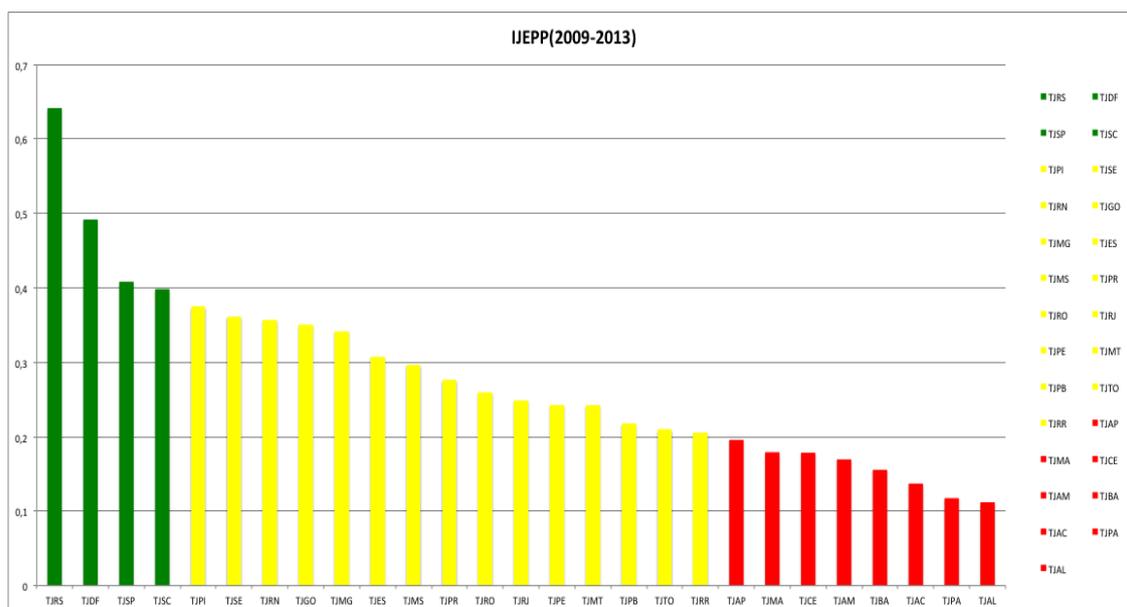


Figura 2: IJEPP 2009-2013

Como se observa, há uma concentração do desempenho dos estados em torno dos valores de 0,2 a 0,4 do IJEPP – performance média. E, como se esperava, o Rio Grande do Sul obteve o primeiro lugar no ranking, confirmando seu histórico engajamento na produção e implementação de políticas públicas. Quanto ao TJDFT, levanta-se a hipótese de que esse alto nível de intervenção nas políticas públicas reflete uma maior atuação do Ministério Público da União e de outros legitimados na fiscalização da legalidade e legitimidade dessas políticas ou o próprio posicionamento dos magistrados a respeito do seu papel nesse processo.

Observa-se também que os estados com os mais baixos desempenhos foram todos do Nordeste e Norte do País, talvez representando sua insuficiência institucional e o fraco aparelhamento material para desempenhar esses papéis.

Para melhor ilustrar a alta correlação entre o índice IJEPP e o IDH, apresenta-se o seguinte gráfico com os valores de IDH²² de cada estado, colorindo cada um deles de acordo com sua performance no índice IJEPP. Observe-se:

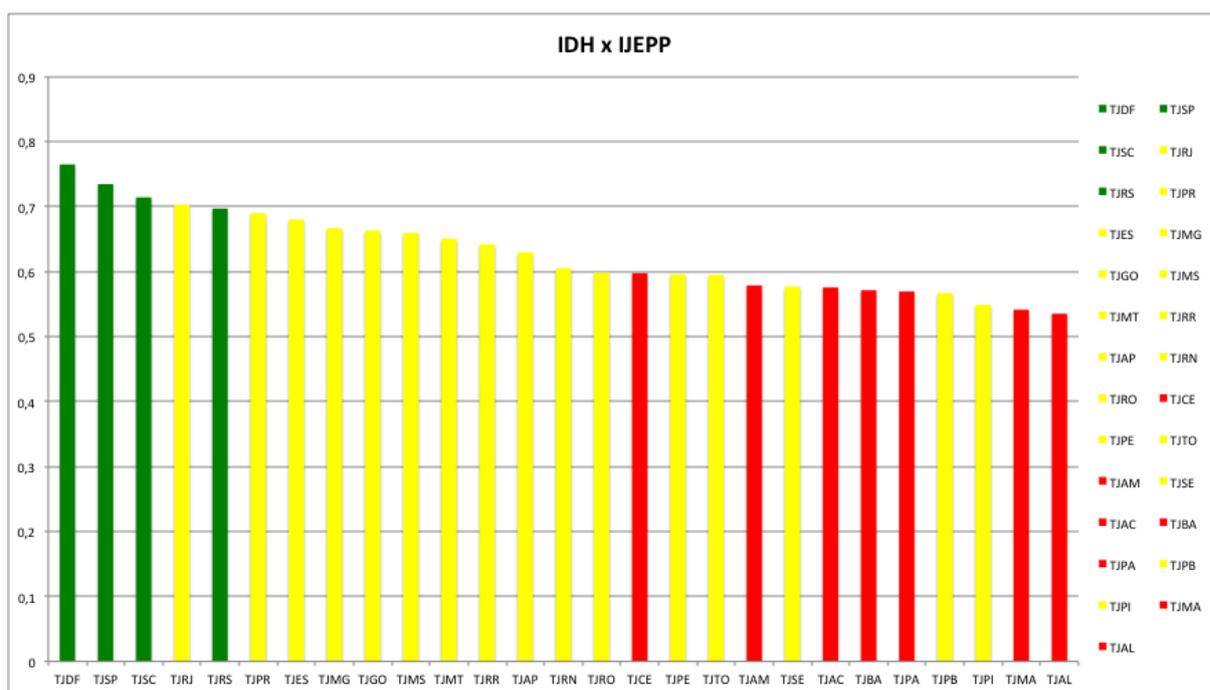


Figura 3: IDH x IJEPP

Deste gráfico fica clara a forte relação entre os dois indicadores e, portanto, entre os dois fenômenos – a judicialização das políticas públicas e o desenvolvimento econômico. Não há como indicar com precisão exata qual a

²² Utilizou-se o valor médio do IDH para os anos de 2009 a 2013.

relação de causalidade entre eles²³. Todavia, inequívoco é que essa intervenção ainda tem sido benéfica durante todo esse período, encontrando-se, pois, em estágio de intervenção anterior ao ponto I* da figura 1, aproximando-se, porém, a cada vez mais desse.

Nota-se, sobretudo, que praticamente todos os estados com maior IDH apresentam alto desempenho do índice IJEPP, enquanto que a maioria dos estados com menor IDH têm baixos valores desse indicador de intervenção.

5. Conclusão

O presente estudo, após investigar o fenômeno da judicialização das políticas públicas, se propôs a analisar os limites à interferência do Poder Judiciário no âmbito da produção e execução de políticas públicas, com base na análise econômica do impacto marginal de tal intervenção na sociedade, perspectiva essa não utilizada convencionalmente pelos autores que tratam do tema, mas que se mostrou bastante adequada e pertinente, se combinada com ferramentas processuais inovadoras que ampliem o máximo o nível de cognição do processo. A partir daí, mensurou-se a intervenção da Justiça Estadual nas políticas públicas pela construção do índice IJEPP para os anos de 2009 a 2012, comparando tal indicador com o Índice de Desenvolvimento Humano para observar se esses órgãos já ultrapassaram os limites propostos no estudo.

Das análises feitas pelo presente estudo, constatou-se que:

1. O fenômeno da judicialização das políticas públicas é um fato incontestável na realidade brasileira, fruto de uma série de fatores conjunturais, políticos, paradigmáticos e legais, ao qual as instituições devem se adaptar, para que se desenvolva da forma mais democrática possível;
2. Atualmente, o descompromisso e o descaso dos partidos, dos parlamentares e do Executivo com os programas de ação afeta o funcionamento regular dos poderes, desequilibrando sua tradicional separação, no sentido de ativar os freios e contrapesos judiciais para conferir ao Judiciário uma maior margem de maleabilidade das políticas públicas em situações excepcionais;
3. É indispensável que os direitos fundamentais previstos na Constituição sejam fruíveis, ainda que por meio de intervenção judicial; de todo modo, esse movimento em prol efetivação dos direitos fundamentais não pode atropelar o planejamento orçamentário do Estado e, em última instância, os direitos fundamentais de uma infinidade de outros cidadãos que se

²³ Isso porque que alto desenvolvimento pode contribuir para a maior conscientização da população a respeito dos seus direitos frente ao Estado, pleiteando-os perante o Judiciário, ao mesmo tempo que uma maior judicialização das políticas públicas, dentro dos limites aqui estabelecidos, pode propiciar uma maior qualidade e efetividade dessas, gerando maior desenvolvimento.

colocam perante o Poder Público em condições de igualdade frente aos demais, nem gerar ineficiências em termos de bem-estar social. Assim, deve-se estabelecer limites claros a essa atuação;

4. A discussão quanto aos limites da intervenção do Judiciário em políticas públicas atualmente tem se focado nos parâmetros jurisprudenciais²⁴ construídos nos últimos anos, que giram em torno dos conceitos de mínimo existencial, razoabilidade da pretensão e da reserva do possível (GRINOVER, 2013; BURGO, 2013). Contudo, tais parâmetros são dotados de definição fluida e subjetiva no caso concreto, motivo pelo qual se deve procurar estabelecer limitações mais objetivas, sob pena de ferir o princípio da separação dos poderes e da igualdade além de gerar grandes malefícios à sociedade;
5. A análise econômica de benefícios e custos marginais da intervenção das decisões judiciais nas políticas públicas é solução hábil a nortear a atuação dos magistrados para que suas decisões efetivamente tragam aumento de bem-estar social, perspectiva essa que se mostrou útil e inovadora. Além disso, quanto mais amplos os instrumentos processuais disponíveis para a aferição dos custos e benefícios envolvidos no provimento judicial, mais precisa e acertada será a decisão judicial, retomando o ideal de um novo processo, capaz de instrumentalizar as pretensões das partes que litigam em ações em que se discutem políticas públicas;
6. Quanto à análise empírica do nível de intervenção das Justiças Estaduais nas políticas públicas nos anos de 2009 a 2013, os estudos realizados permitiram verificar que no Brasil:
 - 6.1 A intervenção decorrente da atividade judicial desses órgãos judiciais ainda não alcançou os limites aqui propostos, gerando ainda benefícios líquidos em âmbito estadual, ou seja, a intervenção das Justiças estaduais ainda tem contribuído para melhorar o acesso a direitos fundamentais, como saúde, educação e trabalho, sem afetar de forma desastrosa o planejamento orçamentário das políticas públicas planejado pelo Executivo e Legislativo
 - 6.2 Contudo, tal intervenção está caminhando para atingir os referidos limites, uma vez que há uma progressiva diminuição dos valores de correlação encontrados entre o índice IJEPP e o IDH estadual. Desse modo, esses efeitos positivos não subsistirão se esse processo não for freado.

Portanto, tais indícios servem de alerta para que se tenha cautela ao intervir no âmbito das políticas públicas, procurando considerar da forma mais

²⁴ Sobretudo, a ADPF nº 45.

abrangente os custos e benefícios globais do provimento. Assim, extrai-se que o cenário das políticas públicas brasileiras ainda necessita da intervenção do Poder Judiciário, mas essa deve ser adequada, o que só será possível por meio de um novo modelo de processo, mais atencioso às demandas sociais envolvidas no caso concreto.

Expressiva é a evolução no estado das artes pela mensuração apurada da intervenção do Judiciário nas políticas públicas e pela observação de sua relação causal com o IDH, análise inédita para a realidade brasileira. De todo modo, há diversos aspectos da pesquisa que necessitam ser aprimorados por estudos futuros, refinando cada vez mais a análise desse fenômeno. Aqui cabe o apelo por uma maior sistematização dos dados sobre as Justiças Estaduais pelo CNJ e pelos próprios órgãos estaduais, ponto de significativa restrição do trabalho. Assim sendo, novos estudos devem expandir tal análise e buscar aplicação empírica cada vez mais condizente com a realidade para melhor vislumbrar os impactos dessa atuação..

Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Balancing, constitutional review and representation. *Yale Law Journal*, v. 93, 1984.

_____. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALSTON, Lee J. *A framework for understanding the new institutional economics*. Dept. of Economics, University of Illinois, 2009.

_____; MELO, Marcus André; MUELLER, Bernardo; PEREIRA, Carlos. *The Predatory or Virtuous Choices Governors Make: The Roles of Checks and Balances and Political Competition*. LASA. 2010.

BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional* – tomo II. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

BESLEY, Timothy; PERSSON, T.; STURM, D. Political Competition and Economic Performance: Theory and Evidence from the United States. *London School of Economics working paper*, 2005.

BUCCI, Maria P. D. Políticas públicas e direito administrativo. Brasília: *Revista de Informação Legislativa*, 1997, Pp. 89-98. Disponível no endereço: <http://ftp.unisc.br/portal/upload/com_arquivo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf>, acesso em 31/03/2014.

BURGO, Victor. O controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, pp. 73-93.

CALVO, E.; MURILLO; M.V.. Who Delivers? Partisan Clients in the Argentine Electoral Market, *American Journal of Political Science*, Vol. 48, No. 4, 2004, p. 742-757.

CANELA JUNIOR, Osvaldo. O orçamento e a reserva do possível: dimensionamento no controle judicial de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO. M. F. The courts, law and democracy in Brazil. *International Social Science Journal*, v. 152, p. 241-252, 1997.

CORTEZ, Luís Francisco Aguilar. Outros limites ao controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Controle judicial das omissões do Poder Público: em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 2004.

GICO, Ivo T. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *Economic Analysis of Law Review*, v. 1, nº 1, p. 7-33, 2010.

_____. *A tragédia do Judiciário: subinvestimento em capital jurídico e subutilização e sobreutilização do Judiciário*. Brasília, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 94-125.

_____. "Ações coletivas ibero-americanas: novas questões sobre a legitimação e a coisa julgada", in *Revista Forense*, n. 361. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional*. 1ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

JACOB, Cesar Augusto Alkmin. A reserva do possível: obrigação de previsão orçamentária e de aplicação de verba. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdictional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013.

LA PORTA, Rafael; LOPEZ-DE-SILANEZ, Florencio; POP-ELECHES, Cristian; SHIEFER. Judicial checks and balances. *Journal of Political Economy*, v. 112, n. 2, p. 445-470, 2004.
LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual de Processo Coletivo*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENEGUIN, Fernando B. *Qual a quantidade ótima de intervenção judicial nas políticas públicas?* 2014. Disponível em: < <http://www.brasil-economia-governo.org.br/2014/02/10/qual-a-quantidade-otima-de-intervencao-judicial-nas-politicas-publicas/>>, acessado em 7 de abril de 2014.

MILL, John Stuart. Considerations on representative government. In: MILL, John Stuart. *On liberty and other essays*. Nova Iorque: Oxford World Classics, 1998.

NEVES, Marcelo A. *A Constitucionalização simbólica*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007. (coleção Justiça e Direito).

NOVELINO, Marcelo. *Manual de Direito Constitucional*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

POGREBINSCHI, Thamy. *Judicialização ou Representação?* Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, Konrad Adenauer e Ed. Campus, SADEK, Maria Tereza. Judiciário e arena pública: um olhar a partir da Ciência Política. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 1-32.

SCARTASCINI, C.; STEIN, E.; TOMMASI, M. (ed.). *How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking*. Washington: Inter-American Development Bank, 2010. Disponível em: <http://www.iadb.org/en/research-and-data/publication-details,3169.html?pub_id=idb-bk-101>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

SOUSA, Mariana Magaldi de. How Courts Engage in the Policymaking Process in Latin America: The Different Functions of the Judiciary. In: SCARTASCINI, C.; STEIN, E.; TOMMASI, M. (ed.). *How Democracy Works: Political Institutions, Actors and Arenas in Latin American Policymaking*. Washington: Inter-American Development Bank, 2010. Disponível em: <http://www.iadb.org/en/research-and-data/publication-details,3169.html?pub_id=idb-bk-101>. Acesso em: 20 de junho de 2013.

STRECK, Lênio Luiz. O que é isto, o ativismo judicial, em números? In: *Conjur*. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2013-out-26/observatorio-constitucional-isto-ativismo-judicial-numeros#_ftn1_7788. Acesso em: jun 2014.

TAYLOR, Matthew M. O Judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, v. 50, n. 2, p. 229-257, 2007.

TSEBELIS, George. Decisionmaking in Political Systems: Veto Players in Presidentialism, Parliamentarism, Multicameralism, Multipartyism. *British Journal of Political Science*, 25(3): 289-325, 1995.

WALDRON, Jeremy. The core of the case against judicial review. *Yale Law Journal*, v. 115, 2006.

WATANABE, Kazuo. Controle jurisdicional da políticas públicas – mínimo existencial e demais direitos fundamentais imediatamente judicializáveis. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (ed). *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2013, p. 33-72.

WHITTINGTON, Keith. James Madison has left the building: a review of J. Mitchell Pickerill, constitutional deliberation in Congress. *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 3, 2005.

WOODS, Patricia J.; HILBINK, Lisa. Comparative sources of judicial empowerment: ideas and interests. *Political Research Quarterly*, v. 62, n.4, p. 745-752, 2009.

WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2012.

ZYLBERSZTAJN, Décio; STAJN, Rachel. *Direito e economia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

*Artigo recebido em 19 de maio de 2015.
Artigo aprovado para publicação em 19 de agosto de 2015.*

DOI: 10.11117/1982-4564.08.04