

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA

Preparado para o II Seminário Discente da Pós-Graduação em Ciência Política da USP, para apresentação na mesa de “Interação entre a burocracia e o sistema político da produção de políticas públicas”.

Lincoln Marcelio Thomaz Noronha

**O STF E O CONTROLE DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDADE – EXPLICAÇÕES
SOBRE A VARIAÇÃO NA ADESÃO À JURISPRUDÊNCIA DO STF POR PARTE DAS
INSTÂNCIAS INFERIORES**

SÃO PAULO

2012

INTRODUÇÃO

Esse *working paper* é fruto de projeto de pesquisa iniciado no começo desse ano, portanto se resume à apresentação de problema de pesquisa e a construção das principais hipóteses a ele relacionadas. O tema geral trata de avaliar o processo decisório entre as diferentes instâncias do poder judiciário, de modo a melhor compreender o seu potencial impacto da formatação de políticas públicas que buscam efetivar direitos. Na primeira parte, recupero os fatores institucionais que favorecem a intervenção do Poder Judiciário brasileiro nas políticas elaboradas pelos demais ramos do Estado, com especial atenção para a pauta da reforma do judiciário ocorrida de 1992 a 2004, em relação ao controle de constitucionalidade.

A agenda da reforma engendra um problema de pesquisa que segue para entender como funciona a interação entre as diferentes instâncias do poder judiciário, e seu impacto nas políticas públicas que constantemente vão parar no banco dos tribunais. Para abordar essa agenda proponho, na parte dois, a adaptação de duas linhas de literatura: 1) a primeira, inspirada no trabalho seminal de Lowi (1972), analisa como diferentes tipos de políticas públicas mobilizam diferentes padrões de interação política por parte dos atores relevantes; 2) a segunda trata diretamente da questão da *compliance* institucional, em particular no caso de decisões judiciais que precisam ser adotadas e implementadas por outros atores, sejam eles tribunais ou as demais instâncias de governo. A parte final tenta amarrar essas perspectivas teóricas em hipóteses que abordem a interação entre as diferentes instâncias judiciais em sede de controle constitucional difuso de políticas públicas.

I - Modelos de controle de constitucionalidade e a pauta da reforma do Poder Judiciário brasileiro.

Pelo menos desde a primeira metade do século XIX, quando Tocqueville identificou, nos EUA, que o poder de juízes julgarem segundo a Constituição em detrimento das leis e demais atos dos Poderes Legislativo e Executivo, o Poder Judiciário foi trazido ao centro do debate político sob as mais diversas perspectivas (Tocqueville 1998).

De lá para cá, o alcance e o escopo da capacidade de juízes interferirem e inovarem nos rumos políticos de seus países parece ter crescido até mais do que as Constituições que lhes autorizam a fazê-lo. Isso ocorreu não apenas nos EUA, onde o controle de constitucionalidade das leis foi inventado pela *Supreme Court* ao arripio do pequeno e pouco emendado texto

constitucional americano, mas em democracias distantes e populosas como a Índia, onde a Suprema Corte Indiana inventou o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais contrariamente a disposição expressa do próprio texto da Constituição indiana, e também em desfavor de repetidas manifestações do parlamento indiano, inclusive através de emendas constitucionais (Sathe 2000).

Notícias sobre judicialização de algum tema político saltam de qualquer veículo de imprensa, referentes a países espalhados pelo mundo inteiro. Aborto, anistia, universalização da saúde, regulação do mundo do trabalho, imigração, política energética, eleições, direitos civis... escolha um tema político para pensar e tenha certeza que algum juiz do mundo está debruçado sobre um caso relacionado a esse tema nesse exato momento, tendo de decidir algo sobre o assunto.

Essa expansão temática foi acompanhada ainda por uma expansão processual, com a invenção de novas modalidades de acesso ao judiciário, entre as quais talvez a mais importante tenha sido a criação, inicialmente na Europa, do controle concentrado de constitucionalidade. A nova maneira de julgar a constitucionalidade das leis habilitou os judiciários do mundo que a adotam a não mais terem de fixar jurisprudência sobre um assunto de maneira vagarosa, caso a caso, mas a derrubarem direta e imediatamente a própria lei, em razão do seu descompasso com a Constituição, mesmo após a sua aprovação pelos demais poderes representativos. Nem mesmo Tocqueville teria pensado possível tal coisa, e de fato duvida que algo assim pudesse acontecer, quando afirma que “Se o juiz tivesse podido atacar as leis de modo teórico e geral; se tivesse podido tomar a iniciativa e censurar a legislação, teria entrado com estardalhaço no cenário político; feito campeão, ou adversário de um partido, teria invocado todas as paixões que dividem o país a tomar parte na luta” Tocqueville 1998, p. 85”. Essa evidência da evolução política do Poder Judiciário se torna ainda mais relevante, se lembrarmos do fato do controle concentrado de constitucionalidade ter sido inventado no continente que sempre foi um tanto avesso à possibilidade de burocratas não eleitos terem poder para questionar a vontade popular¹.

Por fim, o poder político do Poder Judiciário sofreu ainda uma terceira mutação. Além de ter aumentado largamente seu escopo, e criado novas modalidades processuais e poderes para fazê-lo, cumulou à sua postura tipicamente qualificada como “contramajoritária” a capacidade de demandar posturas positivas dos demais poderes de Estado em relação a direitos. Nesse sentido, Holmes e Sunstein (1999) argumentam que todos os direitos necessitam de políticas públicas para serem efetivados, procurando derrubar a noção de que o Judiciário teria de se restringir a uma postura

¹ Para uma análise sobre como as revoluções francesa e americana do século XVIII formataram de maneira diferente o papel do judiciário na Europa e nos EUA, ver Arantes (2004)

meramente “negativa” em relação aos demais poderes, coibindo eventuais violações ativas de direitos. Para os autores, violações de direitos podem ocorrer tanto por ação, quanto por omissão, e como o judiciário é o guardião de direitos, daí segue-se que ele pode obrigar os demais poderes a tomar posturas ativas, apesar de que com isso ele entra em terreno espinhoso da distribuição de recursos escassos, e da escolha entre diferentes políticas públicas.

Essa contínua evolução dos poderes políticos do Poder Judiciário, contudo, não tem ocorrido sem revezes e retrocessos, os quais muitas vezes levam os juízes a agirem de maneira mais conservadora em relação ao leque de prerrogativas adquiridas historicamente. Aqui também os casos são muitos. Talvez o mais conhecido tenha sido o *court packing* ocorrido nos EUA em 1937, quando o presidente americano Franklin Roosevelt enviou uma lei ao Congresso Nacional americano, ameaçando “lotar” a Suprema Corte dos EUA com mais juízes, abrindo a possibilidade para que ele indicasse novos nomes mais afetos à sua política de interferência do Estado na economia, o *New Deal*. Existem outros exemplos. A Índia, novamente, sofreu diversas interferências do parlamento na composição de sua Suprema Corte, com o objetivo de obter julgamentos mais favoráveis aos governos de ocasião (Sathe 2000). Nas chamadas novas democracias, esse tipo de iniciativa dos poderes eleitos influenciarem nas decisões do Poder Judiciário em geral é visto com maus olhos, por evidenciarem problemas de independência dos Judiciários em relação aos demais poderes, qualidade tida de modo geral como benéfica para os regimes democráticos.

O Brasil, por sua vez, se encontra no centro desse *tsunami*² judicial, por cumular todas as características elencadas acima de maneira particularmente incisiva. Temos uma Constituição excepcionalmente ampla e detalhada, mesmo em termos comparativos (ver, por exemplo, Arantes e Couto 2010); um controle de constitucionalidade híbrido, que acumula tanto o método difuso americano quanto o concentrado europeu, além de consagrar um excepcional número de atores qualificados para acessar o controle concentrado de constitucionalidade (Arantes 1997); e um texto constitucional que prevê uma série de novos direitos, como o acesso universal à saúde e à educação, o direito a um meio ambiente saudável, entre tantos outros. Esses direitos convidam uma postura mais ativa das cortes no sentido de forçar os demais poderes a garantir sua realização através das políticas que os juízes entenderem serem as mais adequadas.

Por outro lado, contudo, a interação entre esse ainda muito pouco compreendido ativismo das cortes brasileiras, e as respostas dos demais poderes que são afetados, produz fricções e atritos

² A expressão é de Falcão, Cerdeira e Aguelhes (2011), ao qualificar o avassalador número de ações que chegam ao STF.

que moldam e afetam as instituições políticas e as políticas públicas do Estado. Recentemente, a pesquisa “Supremo em Números”, conduzida na FGV Rio, descortinou que cerca de 90% dos recursos que chegam ao STF advém do poder público. Desses, 68% estão ligados ao poder público federal (Falcão, Cerdeira e Aguelhes 2011).

Na ciência política brasileira, o grande foco que tem concentrado esforços do ainda insuficiente número de pesquisadores que se debruçam sobre o tema tem sido o Supremo Tribunal Federal, e mais precisamente o seu exercício de controle concentrado de constitucionalidade. As razões para isso são óbvias: o Supremo é a cúpula do Poder Judiciário, onde teoricamente todas as questões políticas, mais cedo ou mais tarde, deságuam. E o controle concentrado de constitucionalidade é a modalidade pela qual, para utilizar as palavras de Tocqueville, o Poder Judiciário faz mais “estardalhaço no cenário político”.

Contudo, uma outra importante dimensão do controle de constitucionalidade brasileiro tem sido deixada de lado. Inspirado no modelo americano, o Brasil também possui o chamado controle difuso de constitucionalidade, o qual pode ser exercido por qualquer juiz de direito pelo país afora. O STF atua no controle difuso de constitucionalidade pela via recursal, pois estando no topo da pirâmide do judiciário, possui a última palavra nos casos que envolvem temas constitucionais.

Apesar de seu efeito restrito a casos concretos, o efeito cumulativo do controle difuso de constitucionalidade pode ser igualmente politicamente avassalador, pois, retornando mais uma vez ao olhar arguto de Tocqueville, “ora, desde o dia em que o juiz recusa aplicar uma lei, em dado processo, perde ela, no mesmo instante, uma parte da sua força moral. Aqueles que ela lesou são avisados, então, de que existe um meio de se subtraírem à obrigação moral de lhe obedecer; os processos se multiplicam e ela cai na impotência” (Tocqueville 1998, p. 84).

Uma maneira de vislumbrar a importância do controle difuso de constitucionalidade é observar o seu impacto na pauta do STF de 1988 até 2009. Nesse período, o Supremo recebeu 1.120.597 recursos, correspondendo a cerca de 91% do total de processos recebidos no período (Falcão, Cerdeira e Aguelhes 2011, p. 21). E isso diz respeito apenas ao STF. É importante lembrar que o controle difuso pode ser exercido por qualquer juiz do Poder Judiciário.

Ademais, conquanto o uso do controle difuso de constitucionalidade deva se restringir a casos concretos, esses casos podem contar com atores coletivos enquanto potenciais beneficiários, e as decisões podem ser dadas em relação a políticas públicas inteiras, ampliando o alcance da decisão.

Esse volume de decisões e potencial número de atores com capacidade político-institucional de influenciar nas políticas de governo nos diferentes níveis federativos nos leva a uma dificuldade

adicional para compreender o impacto do controle difuso de constitucionalidade na relação do Poder Judiciário com os demais poderes, que é o fato de que, no Brasil, os juízes não estão obrigados a seguir as orientações de tribunais superiores. Apesar do sistema judicial brasileiro ser hierárquico, no sentido de que é possível reverter a decisão de um juiz inferior apelando para um tribunal superior a ele, sendo a última instância o STF, os juízes ou tribunais não precisam seguir a jurisprudência consolidada por tribunais superiores em determinado tema ou problema, tendo liberdade para decidir de maneira independente e diferente. No linguajar jurídico, o Poder Judiciário brasileiro não possui *stare decisis*. Na ciência política, de acordo com a expressão utilizada por Taylor (2008), o Poder Judiciário não dispõe de *controles internos*. A conhecida exceção é a Súmula Vinculante, criada em 2004 justamente para obrigar instâncias inferiores (e advogados do Estado) a seguirem a orientação do STF. Porém, de 2004 até 2011, esse poder foi utilizado apenas em 32 ocasiões.

À despeito do pouco uso do efeito vinculante que o STF pode dar às suas decisões em sede de controle difuso, toda essa possibilidade de divergência entre base e cúpula do Poder Judiciário - dentro de um sistema decisório que se pauta pela hierarquia entre as instâncias - é conducente a uma situação de potencial descompasso naquilo que sai dos diferentes bancos dos tribunais. Esse descompasso pode ser vislumbrado nas 1176 reclamações de descumprimento de decisões do STF, distribuídas apenas entre janeiro e 31 de agosto de 2011³. As ações de reclamação são impetradas toda vez que uma parte entende que determinada jurisprudência vinculante do STF (seja em sede de controle difuso ou concentrado) está sendo preterida por algum juiz ou tribunal inferior.

O tamanho e o efeito dessa dificuldade de lidar com a possibilidade de diferentes interpretações e posicionamentos dados por diferentes juízes e tribunais do Poder Judiciário ainda é desconhecida, mas já produziu intensos debates e modificações constitucionais que distam, no mínimo, de 1992. Nessa esteira, a chamada “reforma do judiciário”, aprovada em 2004, foi apenas mais uma tentativa entre várias de racionalizar a relação da base do judiciário com os tribunais superiores.

Proposta em 1992, a proposta de emenda constitucional que resultou numa das maiores emendas já aprovada, a emenda 45 de 2004, suscitou ao longo do debate para a sua aprovação diversos temas, como a questão do acesso à justiça, o controle concentrado de constitucionalidade, os métodos de escolha dos juízes, o controle externo sobre o Poder Judiciário⁴... mas a pedra de

³ Fonte: STF, acessado em 17/09/2011. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=pesquisaClasse>

⁴ Para um amplo apanhado dos temas em discussão durante a reforma do judiciário, poucos anos antes de sua aprovação, ver Sadek (2001).

toque da reforma foi o impacto que Poder Judiciário vinha tendo sobre as políticas de governo, especialmente sobre as reformas promovidas pelos governos FHC ao longo da década de 90. A lógica de atrito entre governo e judiciário tão foi mola propulsora da reforma, que a mesma só foi aprovada quando o PT, que vinha barrando os esforços de aprovação da reforma no sentido de fortalecer a cúpula do judiciário, deixou a oposição e se tornou governo, passando a enfrentar os mesmos tipos de problemas judiciais que as gestões do PSDB (Arantes 2003).

Um olhar cuidadoso dos dois eixos mais polêmicos da reforma de 2004, a súmula vinculante e a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), mostram que, em ambos os casos, cuidou-se de aumentar o poder da cúpula da hierarquia judicial, os tribunais superiores, em detrimento da base. Mesmo no caso do CNJ, cuja discussão girou em torno de um controle externo do judiciário, acabou que sua função e composição constituíram uma instituição estrategicamente posicionada para realizar fiscalização da base do judiciário por sua cúpula. Mais recentemente, inclusive, o CNJ parece que vem sendo utilizado também para fomentar uniformidade jurisprudencial na base do Poder Judiciário, pelo menos no caso da distribuição de medicamentos (Oliveira e Noronha 2011). Essa motivação da reforma, aliás, está presente pelo menos desde a emenda constitucional nº 3, que criou a Ação Direta de Constitucionalidade, numa clara tentativa de fortalecer o STF em detrimento da base do poder judiciário, abrindo a possibilidade de imediatamente trazer para o Supremo o questionamento sobre a constitucionalidade de uma lei, e emprestando a eventual decisão dada o efeito geral e vinculante típico do controle concentrado (art. 102, parágrafo 2º da CF).

Apesar de ter se constituído como ponto central do que foi a maior reforma institucional ocorrida em qualquer um dos clássicos três poderes republicanos, essa relação entre base e cúpula do Poder Judiciário ainda é praticamente desconhecida tanto de analistas quanto de atores políticos envolvidos no processo. Menos ainda o são os efeitos da reforma. Apenas trabalhos que procuraram entender o impacto do Poder Judiciário em políticas públicas específicas chegaram a dar alguma noção do quanto os juízes participam ativamente das escolhas políticas no país, através do controle difuso de constitucionalidade.

De todos os temas, provavelmente o mais bem pesquisado tem sido o tema da saúde, e mais especificamente a questão da compra de medicamentos por ordem judicial. Curiosamente, a política de saúde brasileira, considerada razoavelmente bem sucedida em expandir o acesso ao direito à saúde e equalizar diferenças regionais desde 1988, também parece ser alvo sensível de judicialização, particularmente via controle difuso. Em julho de 2011, o Ministro da Saúde Alexandre Padilha afirmou que os gastos do governo federal com a compra de medicamentos por

decisão judicial saltou, entre 2003 e 2010, de R\$ 170 mil para R\$ 132 milhões⁵. E isso só no nível federal, sem contar as ações que cobram o mesmo de Estado e Municípios. Toda essa interação entre Poder Judiciário e Poder Executivo na política farmacêutica tem ocorrido pela via do controle difuso de constitucionalidade.

Pesquisar o funcionamento do controle difuso de constitucionalidade, portanto, vem se tornando um problema cada vez mais premente na ciência política, na medida em que através dele, cada juiz do país pode influenciar nas mais diversas políticas públicas dos diferentes governos, e no funcionamento das instituições políticas.

Salta aos olhos o fato de ter ocorrido toda uma “reforma do judiciário”, cuja principal força motriz foi justamente a dificuldade de governos interagirem com as diversas instâncias judiciais na execução de políticas públicas - tendo essa reforma fortalecido a cúpula do judiciário em detrimento da base - porém não termos tido nenhuma avaliação sobre como de fato interagem as diversas instâncias judiciais na sua capacidade difusa de interferir nas instituições e políticas dos governos.

II - Garantindo a efetividade das decisões

Duas literaturas que irão servir para estruturar duas perspectivas acerca do que produz divergência ou convergência entre a jurisprudência da Suprema Corte e a das instâncias inferiores, ao mesmo tempo oferecendo uma visão sobre a interação do Poder Judiciário com o restante do sistema político.

A primeira é a literatura inspirada no trabalho seminal de Lowi (1972), que tematiza como a distribuição de incentivos criada por determinada política pública pode afetar a maneira como se estrutura a disputa política ao redor dela.

Usualmente, esse marco teórico é utilizado em relação a casos que envolvem decisões pelos políticos eleitos. O próprio Lowi (1972) aplica seu modelo para a estruturação da disputa política ao redor de políticas públicas promovidas por diferentes presidentes americanos. Taylor (2008), contudo, encontrou uma maneira criativa de aplicar o raciocínio de Lowi para a judicialização da política no caso brasileiro.

⁵ In: <http://www.brasil.gov.br/noticias/arquivos/2011/07/07/gastos-do-sus-com-acoes-judiciais-chegam-a-r-132-milhoes-em-2010>, acessado em 17/09/2011.

Taylor (2008) faz estudos de caso sobre políticas públicas que foram judicializadas, para avaliar como saliência de uma determinada política influencia em seu grau de judicialização. Essa saliência, por sua vez, é medida em relação à distribuição de custos e benefícios da política. São quatro as situações previstas pelo modelo do autor: a) custos difusos e benefícios difusos; b) custos concentrados e benefícios difusos; c) custos difusos e benefícios concentrados; e d) custos e benefícios concentrados. Os estudos de caso indicam que políticas com benefícios difusos e custos concentrados são as que mais enfrentam contestação judicial, e parecem ser as mais prováveis de ter algum grau de reversão pela via judicial, como demonstrado pelo caso da reforma da previdência de FHC.

Pretendo adaptar essa teoria para tentar explicar a variação na reversão das decisões judiciais das instâncias inferiores, pelo STF. Meu objetivo, contudo, é diferente do de Taylor (2008). Não pretendo analisar a judicialização da política como um fenômeno mais amplo, nem o padrão geral de ativação dos Tribunais por atores políticos, mas a variação entre a jurisprudência da Suprema Corte em relação aos Tribunais inferiores. Porém, da mesma maneira que no modelo de Taylor (2008) a distribuição de custos e benefícios de determinada política pode afetar o seu nível de contestação judicial, esse mesmo cálculo influencia a capacidade do Poder Judiciário obter cumprimento de suas decisões pelos demais poderes. Em razão disso, é possível que haja maior ou menor variação entre a jurisprudência da Suprema Corte, e aquela produzida nos Tribunais inferiores. Isso porque a Suprema Corte, como representante do Poder Judiciário frente aos demais poderes, é a sua última instância decisória, e está na linha de frente para a preservação da autoridade do Poder Judiciário. Outra razão é o fato de os Ministros do Supremo Tribunal Federal terem um processo de indicação com maior interferência dos demais poderes, em relação aos demais Tribunais, portanto, em tese, estariam, na média, mais sensíveis às preocupações e interesses do poder público, do que suas contrapartes nas instâncias inferiores. Nessa perspectiva, o STF decide como última instância judicial, precisando necessariamente se relacionar com os demais poderes representativos, e busca se resguardar em casos nos quais antevê que o amplo impacto político de suas decisões pode gerar represálias, ameaçando a legitimidade do Poder Judiciário.

Essa é uma situação difícil de identificar, pois parte de uma suposição de que o ator (no caso, o STF) restringe a amplitude da sua decisão (no caso, revertendo ativismos judiciais das instâncias inferiores), antevendo que enfrentará dificuldades políticas para a sua execução. Sabe-se que tal coisa acontece, mas em geral apenas é possível capturar o fenômeno quando, de fato, o Poder Judiciário sofre represálias, como no exemplo do *court packing* americano, citado anteriormente. No Brasil também, temos exemplos de represálias sofridas pelo Poder Judiciário em

razão do “estardalhaço” de suas decisões. Na ciência política brasileira, o caso mais famoso talvez seja o da verticalização das coligações imposta pelo Poder Judiciário, mas que foi prontamente respondida por uma emenda constitucional (52/2006) que liberou a possibilidade de um mesmo partido entrar em diferentes coligações, em diferentes distritos eleitorais, numa mesma eleição.

Mesmo autores que propugnam um maior ativismo judicial identificam nessa questão do cálculo da relação custo-benefício de diferentes políticas a chave para compreender o ativismo judicial (Lopes 2006).

Um exemplo explícito de autocontenção do STF é o caso do bloqueio dos cruzados promovido pelo governo Collor. No caso em tela, o arrazoado dos votos vencedores na decisão claramente aponta para os efeitos deletérios que uma postura mais ativista do STF poderia criar ao liberar os cruzados retidos, independente da (in)constitucionalidade da medida. Para ficar apenas numa fala do Ministro Ilmar Galvão, ilustrando o argumento: “Considero dispensável, por ora, apreciar a matéria sob o prisma da constitucionalidade (...) Há que atentar-se, com efeito, não apenas para o dano que a execução da lei impugnada está causando aos depositantes, mas também para o prejuízo que a suspensão da execução desta poderá acarretar para o interesse público (...) Sopesadas as duas situações, considero mais grave o risco do retorno do ritmo inflacionário” (p. 256 - 257)⁶.

Para avaliar a incidência desse tipo de situação, o ferramental criado pelas teorizações produzidas a partir de Lowi permite identificar situações nas quais ambições ativistas dos tribunais, promovidas por partes e por juízes que buscam moldar e reverter políticas públicas, podem encontrar freios no STF, produzindo dessa maneira variação entre a jurisprudência da Suprema Corte e a dos tribunais inferiores, em sede de controle difuso de constitucionalidade.

A segunda literatura que pode ser utilizada para explicar a variação entre a jurisprudência do STF e das instâncias inferiores é aquela que trata de *compliance*. Essa é uma literatura que, ao invés de supor que instituições automaticamente produzem comportamentos de acordo com as decisões que legitimamente podem proferir, procura identificar diferentes maneiras pelas quais instituições conseguem efetivamente fazê-lo, inclusive restringindo seu próprio comportamento.

Em geral, ao voltar-se para o Poder Judiciário, essa literatura trata de relações entre diferentes agências do Estado e o Poder Judiciário (ver, por exemplo, Spriggs II 1997). Para adaptar essa literatura ao caso da interação entre STF brasileiro e instâncias judiciais inferiores, será necessário relativizar algumas considerações, na medida em que as instâncias inferiores não são obrigadas a seguir a orientação do STF (salvo, como já dito, no caso de súmula vinculante, ou em

⁶ Caso do bloqueio dos cruzados. ADI 534 MC / DF – Distrito Federal.

sede de controle concentrado). Isso, contudo, não é um problema, na medida em que a literatura de *compliance* parte justamente da suposição de que instituições não seguem as orientações e decisões de outras instituições simplesmente porque são obrigadas a fazê-lo, e passa a discutir as hipóteses e situações que podem fomentar essa *compliance*. Outra adaptação necessária diz respeito à quando essa literatura se volta aos judiciários em perspectiva comparada, pois nesse caso costuma problematizar a questão do respeito aos tribunais e ao Estado de direito (*rule of Law*) em democracias recém formadas (por exemplo, Epstein, Knight e Shvetsova 2001). Não se trata aqui de lidar com o tipo de situação limite na qual o Poder Judiciário vê sua própria existência institucional seriamente abalada, chegando mesmo à comprometer o regime democrático. Ademais, repito, me preocupo com a interação entre STF e instâncias inferiores, a qual por sua vez pode ser afetada por considerações de *compliance* por parte dos demais poderes, mas não é esta a *compliance* que me interessa, e sim a adesão das instâncias inferiores às decisões do STF.

A principal linha argumentativa contida na literatura sobre *compliance* é a de que órgãos jurisdicionais podem desenhar as suas decisões, de modo a obter mais adesão de instâncias inferiores. Isso pode ser atingido de duas maneiras: direcionando seu posicionamento à média dos posicionamentos dos demais tribunais em determinado tema, ou seja, desviando-se o mínimo possível daquilo que já vem sendo consolidado em instâncias inferiores; ou ainda formatando suas decisões de modo parcialmente vago, deixando em aberto para instâncias inferiores determinarem-se segundo situações específicas. A hipótese aqui é a de que o STF cada vez mais vem se preocupando em ter suas decisões adotadas pelas instâncias inferiores, em especial a partir da criação da repercussão geral.

A repercussão geral⁷ é o instrumento jurídico criado pela emenda 45 com o objetivo de dar ao STF maior liberdade para escolher quais recursos irá admitir para julgamento, numa tentativa de diminuir a carga processual da corte. Ter um termo vago como “repercussão geral” enquanto pré-requisito de admissibilidade de recurso extraordinário possibilita que os juízes do STF avaliem quais recursos consideram importantes de serem julgados pela corte. Porém, de acordo com a lei 1.418/2006 que regula a repercussão geral, uma vez firmada a jurisprudência do STF, os tribunais inferiores ou o próprio STF podem imediatamente aplicar o entendimento firmado num julgamento do caso com repercussão geral para outros casos similares, cujos pedidos de recursos extraordinário se encontrem sobrestados nas instâncias inferiores.

⁷ Art. 102, § 3º da Constituição Federal: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

O único incentivo direto à adoção da jurisprudência da Suprema Corte por parte das instâncias inferiores é não ver suas decisões serem posteriormente revertidas em sede de controle difuso. Contudo, como nem sempre as partes têm recursos para perseguirem a jurisdição do STF, e como também não é certo que o STF irá aceitar o recurso das partes, faz todo sentido para os juízes dos tribunais inferiores tentarem maximizar suas próprias preferências em detrimento da do STF. Ao contrário, para o STF, faz todo sentido tentar obter adesão dos tribunais inferiores à sua própria jurisprudência, para assim não apenas obter maior impacto das suas decisões, mas também diminuir a sua reconhecidamente considerável carga processual.

Nesse sentido, uma vertente em especial da literatura sobre *compliance* me interessa, aquela que estuda *compliance* de países com o direito internacional, e com as decisões de cortes internacionais. Isso porque, de todos os casos de *compliance*, esse caso é o mais análogo à situação das instâncias inferiores do judiciário em relação ao STF. Em relações internacionais é típica a problematização do chamado *problema hobbesiano*, pois não existe autoridade política superior aos Estados nacionais, e estes cooperam ou não entre si e com as instituições de direito internacional por razões que precisam ser explicadas teoricamente, e não podem ser supostas. Mesmo em casos nos quais existem tratados internacionais assinados pelos países, estes podem denunciá-los ou simplesmente deixar de cumpri-los.

Em relações internacionais, uma variável chave para entender a adesão de atores nacionais a tratados e instituições internacionais é quando a política nacional já está previamente alinhada com aquela proposta no meio internacional, tornando assim baixos, ou nulos, os custos de adesão. Nesse sentido, Slaughter (1995) afirma que Estados nos quais já existe o *rule of Law* são mais prováveis de aderirem a obrigações de direito internacional. Mesmo em trabalhos como o de Simmons (2000), que procuram questionar essa visão afirmando que a adesão a regras internacionais também serve para mudar o comportamento de Estados, a variável do próprio interesse dos Estados, seja de curto, médio prazo ou longo prazo, é a chave explicativa da *compliance* com o meio internacional.

Da mesma maneira, é possível verificar em que medida o STF procura calibrar ao menos parte de suas decisões de acordo com posicionamentos prévios já existentes nas instâncias inferiores. E como isso posteriormente afeta a recepção da nova jurisprudência do STF.

Outra estratégia crível também é decidir de maneira vaga, deixando uma esfera de discricionariedade da questão nas mãos das instâncias inferiores. Staton e Vanberg (2008) argumentam que decisões mais vagas auxiliam juízes a administrar o problema da incerteza sobre resultados de decisões em políticas públicas, além de favorecerem ao prestígio da instituição que não vê suas decisões frontalmente desafiadas pelos outros poderes e agentes do Estado. De maneira

análoga, abrir uma esfera de discricionariedade às instâncias inferiores pode facilitar ao Poder Judiciário como um todo a lidar com casos específicos, e também aumenta o prestígio da Corte que vê sua jurisprudência mais e mais adotada pelos tribunais. Vimos isso acontecer em pelo menos um caso, o da fidelidade partidária, no qual o STF manteve a decisão do TSE sobre a possibilidade de perda de cargo em razão de migração de parlamentar de um partido para o outro, porém também manteve a possibilidade de migração em situação onde seja encontrada “justa causa” (MS 27938 / DF – Distrito Federal). O que se constituirá como “justa causa” é algo a ser determinado em cada caso.

Essas duas literaturas oferecem perspectivas distintas de uma Suprema Corte a qual, para ver suas decisões implementadas, precisa ao mesmo tempo se preocupar com seu papel enquanto representante do Poder Judiciário frente os demais poderes, mas também com sua situação como órgão de cúpula de uma longa pirâmide de juízes e tribunais que decidem e filtram os diversos casos judiciais antes deles chegarem ao STF.

III – Principais hipóteses

A primeira hipótese que desejo verificar é a de que a criação da repercussão geral em recursos extraordinários, além do seu objetivo original de habilitar a Corte a filtrar mais a sua própria pauta, também possibilitou à Corte obter maior efetividade de suas decisões. Parece haver uma alteração na postura do Tribunal, que passou a dar decisões mais vagas e abrangentes, ao invés de funcionar simplesmente como uma terceira ou quarta instância, na expectativa de ver sua jurisprudência, em sede de controle difuso, ser mais aplicada pelas instâncias judiciais inferiores (Oliveira e Noronha 2011). Quero testar também se a Suprema Corte modula as suas decisões avaliando aquilo que está estabelecido nas instâncias inferiores, de modo a não se distanciar muito das preferências já sedimentadas dentro do Poder Judiciário, correndo o risco de ver a sua própria jurisprudência não ser adotada nas instâncias inferiores, e encontrar-se às voltas com uma avalanche ainda maior de recursos que buscam reverter interpretações conflitantes entre a sua jurisprudência e a do resto do Poder Judiciário. Por fim, quero verificar se essa modulação decisória de fato produz maior adesão à jurisprudência da Corte Suprema.

A segunda hipótese principal que pretendo testar é se a natureza da política pública tratada influencia na variação entre a jurisprudência do Supremo e a jurisprudência dos Tribunais inferiores selecionados. Essa hipótese segue a tipologia elaborada por Taylor (2008), que por sua vez é uma adaptação do trabalho seminal de Lowi (1972), para ser utilizada em relação ao Poder Judiciário. Taylor (2008) verifica, para o caso brasileiro, se a natureza de uma política implica em padrões diferentes de judicialização, tendo como objeto as ADIns (Ações Diretas de Inconstitucionalidade). Como modelo de análise, sua tipologia divide as políticas públicas de acordo com sua capacidade de distribuição de recursos em relação aos atores afetados pelas políticas. De maneira geral, Taylor indica que políticas com custos concentrados levam a um maior nível de ativação dos Tribunais e a uma maior judicialização da política.

De acordo com essa segunda hipótese, jurisprudência que necessite mobilizar altos custos para a sua implementação, concentrados em poucos agentes do Estado, devem resultar em uma atitude mais conservadora da Suprema Corte, em relação a eventuais ativismos de Tribunais inferiores. De maneira oposta, jurisprudência com baixos custos de implementação, difundidos por vários agentes do Estado, facilitariam seu cumprimento por parte dos demais atores do poder público, e isso em contrapartida ensejaria maior sincronia entre a jurisprudência do STF e a das instâncias inferiores, pois considerações instrumentais acerca do impacto da decisão não entrariam no cálculo do STF, quando este avaliasse reverter ou não o posicionamento dos Tribunais inferiores.

Em relação aos benefícios, trabalhos recentes que têm buscado avaliar a jurisprudência de instâncias inferiores já apontam para o fato de que ações coletivas, nas quais não é possível determinar os eventuais beneficiários difusos pela sociedade, ensejam maior conservadorismo do Poder Judiciário, enquanto que ações nas quais os pedidos são concentrados relativamente a indivíduo ou indivíduos específicos resultam em maior tranquilidade para juízes tomarem uma postura mais ativista (Lopes 2006, Ferreira *et all* 2004). Isso tem a ver com a relação entre o número de beneficiados e o impacto político geral da decisão como um todo em termos de modelo de política pública, além dos eventuais custos gerados por uma decisão que potencialmente pode m alocar grandes quantidades de recursos para um número desconhecido de pessoas. Dessa maneira, espero encontrar maior descompasso entre a jurisprudência da Suprema Corte e aquela dos Tribunais inferiores em relação a pedidos com benefícios difusos, do que naqueles onde os benefícios são concentrados.

Haverá na análise, portanto, uma inferência causal de que determinada jurisprudência, em relação a determinadas políticas, produzem maior resistência de cumprimento por parte dos demais agentes do poder público e dos Poderes de Estado. Não pretendo averiguar se, de fato, certas

decisões estão sendo ou não cumpridas, apesar de que alguns casos ilustrativos podem vir a serem apresentados. Essa inferência, contudo, segue os supostos gerais elaborados inicialmente por Lowi (1972) de que a *policy* produz variações na *politics*.

Essas duas hipóteses acima são as principais, pois descortinam um STF que ao mesmo tempo é a cúpula do Poder Judiciário, o qual por sua vez constitui um corpo burocrático institucionalmente isolado, capaz de interferir nas mais diversas políticas públicas, mas também um STF que representa um poder de Estado. Esse poder de Estado precisa necessariamente se relacionar com os demais poderes, e precisa da sua colaboração para ver as suas decisões implementadas.

BIBLIOGRAFIA

- ARANTES, Rogério B. e Cláudio Couto. 2010. “Construção Democrática e Modelos de Constituição”. *Revista Dados*. Rio de Janeiro. Impresso. v. 53. pp. 545-585.
- ARANTES, Rogério Bastos. 2004. Judiciário: entre a Justiça e a Política. In: Lucia Avelar; Antônio Octávio Cintra. (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro e São Paulo: Fundação Konrad-Adenauer e Unesp.
- ARANTES, Rogério Bastos 2003. Consensos e Dissensos na Reforma Constitucional do Judiciário. In: Armando Castelar Pinheiro. (Org.). *Reforma do Judiciário. Problemas, desafios, perspectivas*. Rio de Janeiro: Booklink, v. , p. 120-137.
- EPSTEIN, Lee, Jack Knight, e Olga Shvetsova. 2001. The Role of Constitutional Courts in the Establishment and Maintenance of Democratic Systems of Government. *Law and Society Review* 35, no. 1: 117-64.
- FALCÃO, CERDEIRA e AGUELHES. 2011. *O Supremo em Números: O Múltiplo Supremo*. Fundação Getúlio Vargas. <http://www.supremoemnumeros.com.br/wp-content/uploads/2011/05/I-Relat%C3%B3rio-Supremo-em-N%C3%BAmeros.pdf>. Acessado em 16/09/2011.
- FERREIRA, Camila Duran *et all*. 2004. *O Judiciário e as políticas de saúde no Brasil: o caso Aids*. São Paulo. Monografia vencedora do Concurso de Monografias “Prêmio IPEA 40 anos”.
- HOLMES, Stephen e Cass Sunstein. 1999. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. Nova York: W. W. Norton & Company, Inc.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. 2006. *Direitos Sociais: Teoria e Prática*. Editora Método, São Paulo.
- LOWI, Theodore J. 1972. Four Systems of Policy, Politics and Choice. *Public Administration Review* 33: 298 – 310.
- SADEK, Maria Tereza. (Org.). 2001. *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer.
- OLIVEIRA, Vanessa Elias ; NORONHA, Lincoln. 2011 (no prelo). Judiciary-Executive Relations in Policy Making: The Case of Drug Distribution in the State of São Paulo. *Brazilian political science review*.

SATHE, S. P. 2000. *Judicial Activism in India: Transgressing borders and enforcing limits*. Nova Delhi: Oxford University Press.

SIMMONS, Beth A. .2000. International Law and State Behavior: Commitment and Compliance in International Monetary Affairs." *American Political Science Review* 94, no. 4: 819-835.

SLAUGHTER, Anne-Marie. 1995. International Law in a World of Liberal States. *European Journal of International Law*, no.6: 503 – 538.

SPRIGGS II. 1997. James F. "Explaining Federal Bureaucratic Compliance with Supreme Court Opinions." *Political Research Quarterly* 50, no. 3: 567-93.

TAYLOR, Mathew. 2008. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press.

TOCQUEVILLE, Alexis de. 1998. *A Democracia na América*. São Paulo: EDUSP.