

Preferências, Estratégias e Motivações: Pressupostos institucionais de teorias sobre comportamento judicial e sua transposição para o caso brasileiro * ¹

Preferences, Strategies and Motivations: Institutional assumptions of theories on judicial behavior and their transposition to the Brazilian case

Leandro Molhano Ribeiro²

Diego Werneck Arguelhes³

Resumo:

Nas últimas décadas, a partir de estudos sobre a Suprema Corte dos EUA, construiu-se um conjunto de modelos explicativos da tomada de decisão judicial. Teorias como essas informam, cada vez mais, estudos de comportamento judicial em diversos países, incluindo o Brasil. No entanto, os modelos foram originalmente desenvolvidos para explicar a atuação judicial em um contexto institucional específico – o dos EUA –, e não há razão para assumir que elas seriam automaticamente aplicáveis a outros contextos. Nesse cenário, o objetivo deste artigo é analisar os pressupostos institucionais dos principais modelos de comportamento judicial desenvolvidos nos EUA, usando como eixo condutor o “modelo atitudinal”. A partir da reconstrução desse debate, indicaremos um conjunto de perguntas sobre o desenho institucional judicial no Brasil e de problemas teóricos relevantes para o desenvolvimento de uma agenda de estudos empíricos sobre o Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chaves: direito e política, comportamento judicial, modelo atitudinal e modelo estratégico.

Abstract:

In recent decades, several studies on the United States Supreme Court have built a set of explanatory models of judicial decision-making. Such theories have had a growing influence on studies on judicial behavior across many countries, including Brazil. However, these models were originally developed to explain judicial behavior in a specific institutional context - the U.S. one -, and there is no reason to believe that they would be readily applicable in different contexts. In this

* Os autores gostariam de agradecer a Gabriel Dias pela revisão e a Fabiana Luci de Oliveira, a Mariana Mota Prado e a um parecerista anônimo pela leitura crítica e diversos comentários. Uma versão anterior deste trabalho foi apresentada no Encontro da Associação Brasileira de Ciência Política (ABCP), Gramado (RS), Agosto de 2012. Agradecemos aos participantes da Área Temática “Direito, Política e Judiciário” pelos debates, críticas e sugestões.

¹ Artigo recebido em 23 de setembro de 2013 e aceito em 24 de outubro de 2013.

² Professor Pesquisador da FGV Direito Rio. Email: leandro.ribeiro@fgv.br.

³ Professor Pesquisador da FGV Direito Rio. Email: diego.werneck@fgv.br.

scenario, the goal of this paper is to identify and analyze the main institutional assumptions that underlie the main models of judicial behavior that have been developed in the U.S. literature, by means of a reconstruction of the debate on the "attitudinal" model. We then use our reading of the debate on the "attitudinal model" to map a few theoretical problems and questions regarding the design of judicial institutions in Brazil that, we suggest, are central to the further development of an agenda of empirical studies on the Brazilian Federal Supreme Court (STF).

Keywords: law and politics, judicial behavior, attitudinal model and strategic model.

1. Introdução

Na última década, a academia brasileira assistiu a um aumento significativo na quantidade de estudos empíricos sobre o Supremo Tribunal Federal. Em suas variadas abordagens – incluindo desde trabalhos centrados na explicação do comportamento individual de cada Ministro, até análises mais abrangentes sobre a relação do STF com os atores políticos e sociais que acionam o controle de constitucionalidade –, esse conjunto de estudos tem dado importantes contribuições para lançar luz sobre o comportamento de um ator cada vez mais relevante no processo político decisório nacional.⁴ Embora há anos se reconheça a importância do STF na política brasileira, nosso conhecimento sobre seu processo decisório ainda é significativamente limitado em vários aspectos. Por exemplo, quais as variáveis capazes de explicar o comportamento dos juízes que integram o tribunal?

Para enfrentar esse tipo de questão, é necessário adentrar no debate teórico sobre comportamento judicial. Neste trabalho, que é primariamente teórico, argumentaremos que esses conjuntos de teorias se relacionam com interpretações contestáveis sobre o desenho institucional existente. Discutiremos como, a partir dessas interpretações, são geradas certas premissas sobre a *motivação* das ações dos juízes e das *restrições* aos seus comportamentos. Essas premissas são utilizadas para gerar – e, tem última instância, tornar plausível – um determinado modelo teórico.

Propor uma variável ou conjunto de variáveis como chave explicativa para o comportamento judicial implica fazer uma interpretação das motivações e das instituições existentes em um dado contexto. Os próprios rótulos dos modelos discutidos na literatura norte-

⁴ Para citar apenas alguns trabalhos mais recentes, ver Pogrebinski (2012), Taylor e Da Ros (2008), Da Ros (2008), Taylor (2007; 2008) e Oliveira (2011). Cf. também a revisão da literatura empírica sobre o sistema de justiça no Brasil feita por Ribeiro e Oliveira (2012).

americana (“atitudinal”, “estratégico”, “legal”) apontam para a variável-chave, naquela teoria específica, através da qual se procura explicar o comportamento dos juízes – mas o que dá centralidade a essa variável em cada modelo é, antes de mais nada, uma interpretação a respeito do desenho institucional dentro do qual as decisões judiciais devem ser tomadas.⁵

O diálogo com o debate teórico dos EUA pode ser frutífero para os estudos sobre o caso brasileiro. Em larga medida, porém, essas teorias partem de premissas construídas a partir da observação direta do cenário institucional específico dentro do qual operam os juízes cujo comportamento se pretende explicar. Nesse cenário, o objetivo deste artigo é duplo. Primeiro, analisaremos os pressupostos institucionais dos principais modelos de comportamento judicial desenvolvidos nos EUA, usando como eixo condutor o “modelo atitudinal” – modelo este que, como será discutido, tem assumido centralidade nas discussões sobre o tema, seja para ser defendido, seja para ser contestado. A discussão sobre o modelo atitudinal já coloca em foco as principais perguntas e problemas que precisam ser enfrentados na transposição de qualquer teoria ou hipótese sobre comportamento judicial para diferentes contextos institucionais.

Segundo, a partir da reconstrução desse debate, indicaremos um conjunto de perguntas sobre o desenho institucional judicial no Brasil e de problemas teóricos relevantes para o desenvolvimento de uma agenda de estudos empíricos sobre o Supremo Tribunal Federal. Modelos teóricos de comportamento judicial são hipóteses explicativas, a serem testadas empiricamente. Em tese, muitos desses modelos podem ser plausíveis. Mas, quando usados para explicar o comportamento de juízes em um dado país, em um tribunal específico, esses modelos só podem gerar hipóteses plausíveis quando se sustentarem em interpretações sólidas do desenho institucional vigente. Em particular, neste trabalho, procuramos mostrar que essas interpretações se dão em duas dimensões básicas – a (i) sinceridade/estratégia e a (ii) motivação jurídica/extra-jurídica do comportamento observado.

2. A importância da teoria

⁵ Trabalhos como os de Gillman (1999), de perspectiva institucionalista histórica, são às vezes mencionados como exemplos de um “modelo institucional” de comportamento judicial. Embora seja problemático agrupar esse conjunto de trabalhos dentro de um único e distinto “modelo”, o seu ponto em comum – a ênfase na possibilidade de que o pertencimento a uma instituição judicial possa afetar as próprias preferências dos juízes, afastando a simples maximização de preferências políticas – os aproxima das recentes tentativas de reconstruir um “modelo legal” de comportamento judicial. Essas questões serão exploradas no decorrer deste artigo.

A intensificação de esforços empíricos, no Brasil e no mundo, para explicar o comportamento judicial precisa ser complementar, e não substitutiva, ao debate teórico sobre instituições judiciais. Para que se converta em conhecimento sobre um dado tribunal, a produção de dados sobre votos dos juízes, perfis dos processos ingressantes no tribunal e resultados de julgamentos precisa ser acoplada a perspectivas teóricas sobre as próprias instituições judiciais que nos permitam interpretar esses *inputs* empíricos. Isso porque o mesmo conjunto de dados pode sustentar diferentes descrições e explicações sobre *como* os juízes em uma dada instituição judicial chegaram àqueles resultados.⁶

Uma teoria sólida nos permite arbitrar entre diferentes narrativas que, a princípio, seriam igualmente compatíveis com os mesmos achados empíricos. Apenas para citar um exemplo da importância de aportes teóricos sobre comportamento judicial, considere o achado, de um recente estudo empírico sobre o STF, de que o percentual de Ações Diretas de Constitucionalidade (ADI) e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) questionando leis do Congresso Nacional julgadas parcialmente procedentes ou integralmente procedentes pelo tribunal é da ordem de 13% (Pogrebinschi, 2012, p.36). Esse percentual leva a autora do estudo a concluir que, *“na expressiva e absoluta maioria das vezes, o STF se abstém de “judicializar a política”, confirmando as normas emanadas pelo Poder Legislativo e preservando a expressão da vontade majoritária no lugar à qual originalmente pertence.”* (Pogrebinschi, 2012, p. 36-37) Ou seja, o percentual revelaria, por parte do STF, uma atitude de comedimento no uso de seus poderes e de deferência ao Congresso.⁷

Por si só, porém, um dado desse tipo nos diz coisas *demaís*, nem todas elas compatíveis com a inferência feita pela autora. Quando o que se quer é discutir o comportamento dos Ministros e da instituição que tomou essas decisões – isto é, explicar o processo decisório pelo qual o Supremo produz o percentual observado -, o número encontrado no estudo acima pode

⁶ Ribeiro, Arguelhes e Peixoto (2009).

⁷ Ao fazer esta inferência, a autora parte do princípio de que 13% é um percentual baixo. Vale notar, porém, que este não é necessariamente o caso. “Alto” e “baixo” são juízos relativos, e esta premissa precisaria ser de alguma forma justificada – por exemplo, com base em comparações controladas com outros países, ou com outros períodos da história do país. Além disso, mesmo que se adotasse um parâmetro explícito de comparação, a formulação de um juízo do tipo “alto/baixo” precisaria levar em conta a análise de Taylor (2008). Segundo o autor, no Brasil, ADIns e ADPFs muitas vezes são ajuizadas mesmo quando estão claramente fadadas ao fracasso, por atores movidos por considerações estratégicas externas ao mérito da decisão final do Supremo.

levar a diversas interpretações diferentes e excludentes, segundo a orientação teórica que informa o olhar empírico. Mesmo assumindo que o percentual encontrado é “baixo”, em relação a algum parâmetro de “agressividade” judicial, há várias interpretações diferentes que podem ser construídas a partir desse dado. Para citar apenas algumas delas, pode-se inferir que: (a) o tribunal não está exercendo de forma agressiva seu poder de *judicial review* porque seus membros tem um conjunto de crenças específicas sobre o papel do Supremo – crenças essas que recomendam “autocontenção” diante da produção legislativa do Congresso; ou (b) as preferências políticas do Congresso e do Supremo Tribunal Federal têm sido suficientemente convergentes para que a leitura que o tribunal faz Constituição não divirja muito daquela feita pelos parlamentares; (c) o Supremo antecipa que uma atuação mais agressiva contra a produção legislativa federal pode ensejar reações indesejáveis, do ponto de vista dos Ministros, por parte do Congresso Nacional; (d) a produção legislativa do Congresso Nacional no período observado reflete um *aprendizado*, por parte desses atores políticos, sobre como o Supremo usa o seu poder para declarar leis inconstitucionais, de modo que ocorre uma autolimitação prévia por parte do Congresso. Nesse último cenário, o ativismo dos Ministros em alguns momentos-chave faz com que, no geral, os atores políticos reajam estrategicamente e evitem criar conflitos com o tribunal, sob pena de serem derrotados na arena judicial.

Em todos esses casos, o que é quantitativamente visível no mundo – um dado percentual de declarações de inconstitucionalidade parcial ou total – não muda. Mas há uma enorme diferença com relação à inferência que se faz sobre como o Supremo se comporta. A interpretação preferida pela autora – letra (a), descrita acima – pressupõe que o comportamento tanto do Supremo, quanto do Congresso é *sincero*, e não estratégico. Supõe que as leis questionadas e as respectivas decisões judiciais expressam a posição ideal dos atores envolvidos, Congresso e Supremo, sem que em nenhum momento um desses atores tenha antecipado possíveis reações e se autolimitado diante do outro. Além disso, a interpretação preferida da autora atribui ao Supremo uma *motivação jurídica*, e não política. Não considera a possibilidade de que o número absoluto baixo de declarações de inconstitucionalidade seja expressão de preferências políticas dos Ministros – preferências que, no período analisado, teriam sido muito próximas das dos parlamentares, evitando assim grandes divergências entre os dois atores. Em vez disso, o estudo assume que o dado – “13%” – deve ser primariamente explicado em termos das

crenças profissionais dos Ministros sobre qual o papel da instituição a que pertencem – mais especificamente, crenças que pedem “autocontenção judicial” diante dos representantes eleitos do povo.⁸

A interpretação da autora sobre o comportamento do Supremo é, a princípio, tão compatível com o dado quanto as outras alternativas acima mencionadas. Para enfrentar dilemas interpretativos desse tipo, é necessário adentrar no debate teórico sobre comportamento judicial. Esse tipo de debate vem sendo desenvolvido há muitas décadas nos EUA, com a construção de modelos explicativos da tomada de decisão judicial, que frequentemente são agrupados sob os rótulos de “Modelo Atitudinal”, “Modelo Estratégico” e versões variadas do que se pode chamar de “Modelo Legal”. Essa área de estudos sobre o comportamento judicial incorpora um debate teórico mais amplo, encontrado na teoria social, sobre a importância que “fatores internos” aos agentes sociais, como suas preferências e crenças, interagem com as variáveis externas que configuram os “conjuntos de oportunidade” do contexto de tomada de decisão (Elster, 1994). Entendido dessa maneira, o comportamento social pode ser sintetizado como a conjugação da tentativa de maximização de *preferências* de atores relevantes (seus “desejos”), em interação com suas *crenças* a respeito das limitações impostas pelas preferências de outros atores e restrições externas, somadas às *restrições* externas objetivas (o que inclui todo tipo de coerção física, econômica, legal etc, independentemente das crenças que os atores possam ter sobre tais coerções).

Essa parece ser a perspectiva teórica de grande parte dos estudos sobre o comportamento dos juízes, sintetizada em frase famosa de James Gibson. Segundo o autor, é possível explicar as decisões judiciais como uma função do que os juízes “*prefer to do, tempered by what they think they ought to do, but constrained by what they perceive is feasible to do*” (Gibson, 1983, p.9). Observa-se, nessa formulação, a tentativa de explicar o comportamento dos juízes a partir da conjugação da maximização de suas preferências com suas crenças a respeito de

⁸ Vale notar que, para fazer sua interpretação sobre o comportamento judicial por trás do dado, a autora emprega como unidade de análise a decisão vitoriosa, resultado de um agregado de votos, e não os votos individuais dos Ministros. Essa é uma premissa problemática quando se quer discutir comportamento judicial. Primeiro, é arriscado fazer inferências sobre o comportamento do tribunal como um todo diante de uma amostra que contém decisões unânimes e não-unânimes. Segundo, mesmo no caso de decisões unânimes, é perfeitamente possível que o resultado tenha sido produzido por um agregado de votos com motivações e explicações diferentes entre si. Sobre o tema, cf. Ribeiro, Arguelhes e Peixoto (2009).

deveres e de limitações externas capazes de restringir suas ações maximizadoras. Mas em que consistem as preferências dos juízes e suas crenças sobre obrigações e restrições objetivas? Como podemos de fato “preencher” essas categorias com variáveis que capturem adequadamente o processo decisório em um tribunal? O que os juízes *preferem* fazer, o que *acham que devem* fazer e o que consideram que é ou não *possível fazer* dentro de sua função?

A resposta a essas perguntas não é óbvia. Mas há uma perspectiva predominante na literatura especializada sobre comportamento judicial nos EUA, vinculando a preferência dos juízes a uma maximização de *policies*, sendo estas concebidas como objetivos políticos independentes ou diferentes do direito.⁹ Nessa perspectiva, seria possível classificar as preferências dos juízes em uma escala ideológica “liberalismo-conservadorismo”, e a sua posição nessa escala seria capaz de explicar, em grande medida, o resultado de suas ações no processo decisório judicial. Ainda dentro dessa perspectiva, os modelos explicativos existentes poderão variar conforme se enfatize mais os desejos dos juízes (maximização ideológica) ou o conjunto de oportunidades (restrições) como explicação primordial do comportamento judicial. Isto é, conforme se parte de uma visão do comportamento judicial como primariamente *sincero* ou *estratégico*.

Nas variações que incorporam restrições à maximização de preferências relativas a *policies* – o que chamamos acima de “desejos” -, esses limites podem ser de dois tipos. De um lado, podem vir das crenças dos juízes quanto às suas obrigações judiciais (por exemplo, a crença de que o poder judiciário não deve fazer juízos sobre quais seriam as *melhores* leis para o país, tarefa que caberia primariamente ao Congresso). De outro, podem estar ligados a restrições institucionais objetivamente existentes (por exemplo, a facilidade com que o Congresso pode afastar uma interpretação feita pelo juiz por meio de uma nova lei ou de uma emenda constitucional). Neste trabalho, para compreender melhor como esse tipo de restrição pode ser incorporada em um modelo de comportamento judicial, enfocaremos um modelo bastante influente – o chamado *modelo atitudinal* - no qual as decisões da Suprema Corte dos EUA são explicadas, em grande medida, a partir das preferências ideológicas dos juízes, em um contexto de

⁹ Este tema será discutido em detalhes na seção 3, *infra*.

ação em que as restrições são nulas ou pouco significativas.¹⁰ Ao entendermos como e porque os defensores do modelo atitudinal afirmam que as decisões da Suprema Corte são expressões *sinceras* das preferências ideológicas de seus membros, poderemos perceber melhor quais os termos fundamentais do debate sobre construção de modelos explicativos da decisão judicial.

Na literatura desenvolvida nos EUA nas últimas décadas, a forma predominante de como a frase de Gibson tem sido “preenchida” está fortemente relacionada à aceitação de determinados pressupostos e premissas do modelo atitudinal de explicação do comportamento dos juízes pela literatura especializada. O modelo atitudinal deu os termos do debate, mesmo para os trabalhos que rejeitam suas conclusões e hipóteses. Nesse sentido, uma análise detida do modelo atitudinal e do debate crítico subsequente nos permite problematizar essa leitura dominante e identificar formas alternativas de modelagem do comportamento judicial. Especificamente, é possível problematizar os “desejos” que os juízes gostariam de maximizar, os incentivos que têm para se comportarem estrategicamente e a própria forma pela qual o direito pode influenciar o comportamento judicial. Em outras palavras, é possível questionar se é mesmo necessário que, no que se refere ao comportamento judicial, as categorias “preferência” e “restrições” sejam preenchidas nos termos descritos no parágrafo anterior. Por exemplo, é possível conceber situações nas quais os juízes prefiram maximizar posições sobre o direito (e não suas preferências ideológicas externas ao direito), sendo então constrangidos por crenças a respeito das preferências políticas de outros atores relevantes (outros poderes e opinião pública) ou dos outros participantes do processo decisório.¹¹

¹⁰ No caso da Suprema Corte dos EUA, isso equivale a dizer que, ao decidirem casos, os Ministros não vislumbram quaisquer riscos ou restrições à afirmação, na decisão, do resultado que consideram ideal nos termos de suas preferências sinceras. Já os modelos estratégicos e os estudos sobre regimes jurisprudenciais assumem a maximização de preferências ideológicas como objetivo a ser perseguido pelos juízes em suas decisões, mas incorporam restrições à ação do juízes - respectivamente, as preferências ideológicas de outros atores ou o arcabouço legal existente. Essas questões serão desenvolvidas no decorrer deste trabalho.

¹¹ Suponha, por exemplo, que, ao julgar a constitucionalidade de reserva de vagas para negros no vestibular de uma universidade federal, um dos Ministros do Supremo tenha convicção de que, ao estabelecer que “todos são iguais perante a lei”, a Constituição brasileira veda este tipo de medida. Este Ministro, porém, percebendo que seus colegas votarão em massa pela constitucionalidade da reserva de vagas, imagina que, sendo o único voto contrário, ficará exposto a sérias críticas da opinião pública – ou de críticas públicas de membros dos outros poderes que apoiem a medida. Com isso, apesar da sua preferência *jurídica* ditar um resultado para o caso, os constrangimentos externos impostos pela opinião pública, pelos outros poderes e pelo processo decisório fazem com que o Ministro vote pela constitucionalidade da reserva de vagas.

Essa problematização é importante por dois motivos. Primeiro, como já observado acima, porque a aceitação dos pressupostos e premissas de uma teoria – no caso, do modelo atitudinal (e sua extrapolação para outras abordagens) - tem consequências tanto para a interpretação dos resultados empíricos encontrados na literatura, quanto para a operacionalização das variáveis-chave dos modelos explicativos. Segundo, como detalharemos nas próximas seções, porque esses pressupostos do modelo são *interpretações* sobre as regras formais e informais que estruturam a ação das instituições judiciais e políticas em um país específico. Desde a maneira como se concebe o que é “direito” e “*policy*” na tomada de decisão judicial, até ao espaço que considerações estratégicas podem ou não ter nesse processo decisório, a forma pela qual se preenche, nos EUA, as categorias na célebre formulação de Gibson não podem ser facilmente transpostas para outros contextos institucionais. Qualquer pretensão de aplicação de modelos teóricos para explicar o comportamento dos juízes no Supremo Tribunal Federal, por exemplo, precisa enfrentar uma discussão prévia dos pressupostos e premissas sobre o funcionamento das instituições judiciais e políticas envolvidas.

3. O modelo atitudinal e seus pressupostos

3.1 Formulação Teórica do Modelo Atitudinal

O modelo atitudinal de explicação do comportamento judicial apresenta uma formulação aparentemente muito simples, que pode ser resumida da seguinte forma: os juízes decidem de acordo com seus valores ideológicos sinceros (“atitudes”) *vis-à-vis* os estímulos apresentados pelos casos em discussão (Segal, 2011; Segal & Spaeth, 2002, p.86).¹² A formulação “consolidada” do modelo atitudinal foi apresentada por Jeffrey Segal e Harold Spaeth no livro *The*

¹² Nesse ponto, é útil ressaltar o que o modelo atitudinal *não é*: ele não adota como variável a ideologia do Presidente ou da coalizão política responsável por alçar um dado Ministro à Suprema Corte. Uma coisa são as preferências políticas dos membros da Suprema Corte; outra é o projeto político dos atores que foram formalmente responsáveis pelo preenchimento dessas vagas na Corte – e não há relação necessária entre as duas variáveis. Mesmo se as preferências políticas dos Ministros da Suprema Corte forem aceitas como variável chave para explicar suas decisões judiciais (como faz o modelo atitudinal), daí não se segue necessariamente que essas decisões reflitam uma correspondência entre ideologia do juiz e as preferências políticas do Presidente que o indicou. Sobre o tema, ver Arguelhes e Ribeiro (2011). Vale observar, contudo, que é possível que alguns autores “alinhados” à literatura atitudinal usem a indicação presidencial como uma *proxy* da ideologia do juiz, tendo em vista i) a politização do processo de indicação dos juízes da suprema corte (Epstein & Segal, 2005) e ii) a existência de uma oposição relativamente clara entre liberais e conservadores nos Estados Unidos, respectivamente representados pelos partidos Democrata e Republicano. Agradecemos a um(a) parecerista anônimo(a) por nos chamar a atenção para esse ponto. Para um trabalho que operacionaliza a ideologia dos juízes a partir da indicação presidencial, ver Landes e Posner (2008).

Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited (SCAMR), publicado em 2002. Tal como formulado em *SCAMR*, o modelo atitudinal é o resultado da combinação de conceitos básicos e formulações teóricas oriundas do realismo legal, da ciência política, da psicologia e da economia.

Do realismo jurídico, o modelo atitudinal apreende a formulação de que o direito não é um sistema de princípios e regras logicamente consistente, autônomo e estático. Ao contrário, o direito é concebido como um fenômeno “vago e variável”, inerentemente incerto e indefinido em seus conceitos, regras e princípios e atrelado ao mundo social.¹³ Nesse sentido, o direito segue fluxos, movimentos, associados às mudanças sociais. A adaptação do direito à dinâmica da vida social se dá através das *interpretações* dadas pelos juízes aos conceitos, regras e princípios vagos e indeterminados. Nessa concepção, portanto, o juiz necessariamente *cria* o direito ao interpretá-lo. Mas Segal e Spaeth não incorporam apenas essa proposta de criação do direito do realismo jurídico. Os autores aceitam, também, a suposição de que a *criação do direito* por parte dos juízes tem causas extralegais, em contraste com a ideia de que o desenvolvimento do direito nas decisões judiciais ocorre a partir de elementos e argumentos internos ao próprio sistema jurídico (precedentes, leis, texto constitucional etc).¹⁴ Nessa perspectiva, os argumentos legais que preenchem e sustentam as interpretações dos juízes são vistas como meras racionalizações. Como problematizam os autores:

“If judges necessarily create law, how do they come to their decisions? To the legal realists, the answer clearly is not to be found in legal rules and concepts insofar as they purport to describe what either courts or people are actually doing. Judicial opinions containing such rules merely rationalize decisions; they are not causes of them.” (Segal e Spaeth, 2002, p. 88)

Mas quais fatores extralegais, então, são capazes de explicar a criação judicial do direito? Segal e Spaeth respondem essa pergunta aceitando as seguintes proposições: da ciência política, a de que os juízes são motivados pelas suas *próprias preferências*; da economia, os juízes são *orientados por resultados*, sendo que os resultados visados por eles são *policies*. Nesse

¹³ Segal e Spaeth trabalham com a visão que se tornou clássica, nos EUA, sobre o movimento do Realismo Jurídico, que teria surgido nas primeiras décadas do século XX como reação ao pensamento “formalista” então dominante. Para uma recente crítica a essa narrativa, ver Tamanaha (2010).

¹⁴ Em países de *common law*, a ideia de que o direito pode ser desenvolvido a partir de critérios internos ao próprio sistema jurídico é frequentemente sintetizada na clássica formulação de que *“the common law works itself pure”*. Sobre o tema, ver Schauer (2009), cap. 6.

sentido, diante de alternativas de ação, os juízes, assim como qualquer outro ator político, irão escolher aquelas alternativas de ação que produzirão maiores benefícios, tendo em vista seus próprios interesses. Como os juízes visam objetivos políticos (*policies*), irão maximizar preferências políticas (*policy preferences*): “...when the justices make decisions the want the outcomes to approximate as nearly as possible those policy preferences” (Segal e Spaeth, 2002, p.92).

Entretanto, apesar dessa liberdade decisória que o texto das regras jurídicas e os precedentes jamais conseguem eliminar, os juízes não agem em um vácuo institucional. Segal e Spaeth afirmam que as escolhas dos juízes dependem, por um lado, das “regras do jogo” e, por outro, do que chamam de “situações” – contextos fáticos relativos ao caso – nas quais os juízes são chamados a tomar decisões de mérito. As regras do jogo são definidas pelos autores como as normas formais e informais sob as quais os atores tomam decisões (uma definição clássica no âmbito do novo institucionalismo).¹⁵ Essas regras, portanto, podem restringir a liberdade decisória que os juízes teriam para maximizar suas preferências. No caso da Suprema Corte dos EUA, porém, de acordo com os autores, o fato é que as restrições impostas aos juízes são mínimas ou nulas, permitindo que suas decisões sejam a expressão sincera das suas preferências políticas. Isso se deve aos seguintes fatores institucionais:

- **Controle da agenda.** Os juízes da Suprema Corte definem sua própria agenda. Este é um requisito institucional para que os juízes ajam segundo suas preferências sinceras, na medida em que não escolherão casos para os quais haja uma resposta jurídica clara. Tenderão a escolher casos que os permitam transformar ou reforçar algum aspecto do direito nacional que seja objeto de controvérsia. O controle da agenda é, portanto, um mecanismo que introduz uma espécie de efeito de seleção (Priest & Klein, 1984; Schauer, 2009), já que os casos que os Ministros da Suprema Corte julgam não representam o funcionamento típico do sistema judicial. Ao contrário, julgam uma amostra de casos particularmente difíceis ou controvertidos, para os quais não há respostas consensuais na comunidade jurídica. Na interpretação de Segal e Spaeth, portanto, os juízes da Suprema Corte escolhem predominantemente casos que oferecem argumentos jurídicos plausíveis para embasar qualquer tipo de orientação ideológica na tomada de decisão.

¹⁵ Ver, por exemplo, North (1990).

- **Ausência de *accountability* eleitoral.** Diferentemente dos outros atores políticos, os juízes da Suprema Corte estão imunes às punições e premiações da opinião pública nas eleições. Sua entrada e sua permanência no cargo independem da aprovação ou reprovação populares expressas por meio do voto.
- **Ausência de *accountability* política.** Os membros da Corte não podem ser removidos de seu cargo por processos e/ou razões políticas, já que, nos EUA, a possibilidade de *impeachment* se restringe a certos tipos de atos criminosos, e não pode ocorrer em função de o Ministro ter decidido desta ou daquela forma.
- **Ausência de ambição profissional.** Não há incentivo para os membros da Corte decidirem de forma a agradar superiores hierárquicos ou promover aspirações profissionais, já que a Corte já é o topo da carreira.
- **As decisões da Suprema Corte não estão sujeitas a recurso judicial.** Como não há possibilidade de questionar uma decisão da Suprema Corte perante uma instituição superior, os membros da Corte não têm qualquer tipo de incentivo para decidir levando em conta a probabilidade de alteração por uma outra instância.

Em síntese, o grau de independência que o ambiente institucional confere aos juízes da Suprema Corte é tão acentuado que se torna possível compreender suas decisões como expressão sincera de suas próprias preferências políticas.¹⁶ Vale ressaltar, contudo, que Segal e Spaeth adicionam um elemento ao modelo para que, de fato, a motivação sincera possa se expressar: a análise deve recair sobre uma decisão quanto ao mérito do caso, e não sobre questões processuais, nem sobre a escolha de como redigir o voto ou a sentença que acompanharão essa decisão de mérito.¹⁷ A decisão sobre o mérito se configura como uma situação que não restringe a maximização de policy por parte do juiz da Suprema Corte.

¹⁶ Formulando o mesmo ponto de maneira distinta, pode-se dizer que, em condições de extrema independência em relação às partes do processo, ao governo, à sociedade e a instâncias superiores, a decisão pode ficar extremamente dependente das próprias preferências políticas dos juízes que integram a Corte. Para a ideia de "independência em relação às próprias crenças", ver Kahn (1993).

¹⁷ "Because few areas in political life can be well represented by unconstrained choice, judicial scholars have carefully limited the attitudinal model in its pure form to the one area where it most plausibly applies: the decision on the merits. (Segal & Spaeth, 2002, p.96)

Esta é, enfim, a elaboração teórica completa do modelo atitudinal: (i) o *fato* de que o direito tem necessariamente um caráter vago e variável, que permite que os juízes o criem e recriem; (ii) ao realizar essa tarefa, os juízes procuram maximizar suas próprias preferências sobre *policies*, sendo os argumentos legais uma mera racionalização desta maximização; (iii) a maximização das preferências sobre *policies*, contudo, é limitável pelo contexto institucional (regras do jogo) e limitada à situação da decisão sobre o mérito. No caso da Suprema Corte, tendo em vista a configuração das regras jogo nas quais os Ministros precisam tomar suas decisões, o modelo afirma que as decisões sobre o mérito são a expressão das preferências políticas sinceras dos juízes. Elaborado dessa forma, o modelo atitudinal pode ser concebido como uma *hipótese* explicativa do comportamento judicial a ser testada empiricamente. Essa é a pretensão de Segal e Spaeth ao se referirem ao objetivo explicativo e preditivo da pesquisa teoricamente orientada, em contraste com as abordagens normativas próprias do campo do direito.

O teste empírico do modelo atitudinal requer a operacionalização de sua variável explicativa fundamental, qual seja, a atitude (predisposição) política dos juízes. Essa operacionalização ocorre por meio da classificação da ideologia pessoal do juiz como conservadora ou liberal.¹⁸ A explicação do comportamento judicial através do modelo atitudinal requer, portanto, a mensuração da ideologia dos juízes. Segal e Spaeth enfrentam esta tarefa em várias etapas.¹⁹ Primeiramente, os autores eliminam a possibilidade de medir a ideologia dos juízes a partir de seus próprios votos dados em casos anteriores. Com isso, procuram encontrar uma medida que permita uma explicação *independente* dos votos dados por esses juízes, evitando assim um problema de endogeneidade. Por isso, negam a possibilidade de explicar o voto

¹⁸ Aqui, completam-se as influências teóricas do modelo. Nesse caso, o modelo atitudinal se ancora na proposta de Schubert (1963) de que os estímulos do caso e os valores dos juízes podem ser classificados em uma escala *ideológica liberal-conservador*. Vale notar que grande parte das críticas à aplicação do modelo atitudinal no Brasil tem se concentrado nesse aspecto. Esta questão será discutida na seção IV, *infra*.

¹⁹ É importante notar, porém, que a ideologia não determina sozinha o resultado de cada caso no modelo de Segal e Spaeth. Ela interage com o que os autores chamam de “estímulos do caso” [*case stimuli*] para produzir o resultado observado na decisão. O modelo pressupõe que a ação social dos juízes é o resultado da interação de pelo menos duas atitudes (predisposições): uma relacionada ao *objeto* ou às partes da disputa legal e outra à *situação* legal do caso. A atitude, por sua vez, é definida como “a relatively enduring ‘interrelated set of beliefs about an object or situation’” (Segal e Spaeth, 2002, p.91). O modelo assume que casos com objetos e situações semelhantes são intercorrelacionados e, por isso, podem ser organizados segundo sua “*attitude situation*” – a qual inclui a atitude sobre o objetivo – configurando *issue areas*. A decisão dos juízes sobre casos dessas será explicado pelas suas atitudes (pelos seus valores) em relação a essas *issues areas*.

presente ou futuro a partir dos votos dos juízes no passado. A criação de uma medida exógena (independente) se dá através da análise de classificações, feitas em editoriais de jornais sobre os indicados para a Suprema Corte como liberais ou conservadores, em um período que cobre o momento de sua indicação até sua nomeação. Segundo os autores, *"although this measure is less precise than past vote, it nonetheless avoids the circularity problem, is exogenous to the justices' behavior, and is reliable and replicable"* (Segal & Spaeth, 2002, p.321).

Tal como apresentado, o modelo atitudinal pretende ser uma refutação do que os autores chamam de "modelo legal" de comportamento judicial e, conseqüentemente, uma resposta mais adequada sobre como decidem os juízes da Suprema Corte.²⁰ Segundo a descrição feita em *SCAMR*, o modelo legal, embora contenha vertentes mais ou menos sofisticadas, caracteriza-se por se basear na crença de que *"the decisions of the Court are substantially influenced by the facts of the case in light of the plain meaning of statutes and the Constitution, the intent of the Framers, and/or precedent."* (Segal & Spaeth, 2002, p.48). Concebida dessa forma, a decisão judicial seria pura e simplesmente o resultado da aplicação do direito a casos concretos, não havendo ou havendo pouca margem para a manifestação de preferências ideológicas dos juízes.

Segal e Spaeth chegam a mencionar proposições que poderiam tornar mais complexo o entendimento do "modelo atitudinal". Uma possibilidade de leitura mais sofisticada, atribuída por Segal e Spaeth aos teóricos da escolha racional, é a de que o direito pode ser concebido não apenas como restrição – como na visão de Pritchett – mas também como um objetivo de *policy* possível. Ou seja, considerações sobre o direito poderiam ser tratadas no modelo como objetivos a serem maximizados pelos juízes.²¹ Contudo, na construção de seu modelo, Segal e Spaeth desconsideram essas possibilidades de incorporação de elementos "legais" na explicação do comportamento judicial, entendendo que, em última instância, *"the legal model and its*

²⁰ Vale notar, no entanto, que o modelo legal apresentado como explicação a ser superada é em larga medida um "espantalho", elaborado pelos próprios "atitudinalistas" (Tamanaha, 2010), já que não parece haver registro de qualquer defesa deste modelo nos termos fortes descritos por Segal e Spaeth.

²¹ Outra possibilidade é reconhecida pelos autores na referência que fazem a uma afirmação de Herman Pritchett (1948) de que, embora possa ter conteúdo político, decisão judicial é acima de tudo uma *interpretação* e, como tal, está vinculada a textos constitucionais, leis ordinárias etc. Por isso, a margem de manobra de um juiz ao escolher uma *policy* difere radicalmente da liberdade de um legislador.

components serve only to rationalize the Court's decision and to cloak the reality of the Court's decision making process." (Segal & Spaeth, 2002, p.53).

3.2. Pressupostos, premissas e implicações do modelo

No modelo atitudinal, portanto, o direito não se configura nem como restrição, nem motivação. Ele é apenas uma *racionalização ex post* que justifica a tomada de uma decisão baseada em uma predisposição política do juiz (predisposição esta mensurável através de sua ideologia pessoal). Essa caracterização do papel (nulo) do direito foi objeto de várias críticas posteriores do modelo atitudinal, que enfocaram alguns dos próprios pressupostos discutidos acima – como, por exemplo, a seleção “enviesada” de casos, a independência completa do juiz e a premissa de que o único objetivo a ser maximizado por juízes são suas preferências sobre *policy*, definidas de forma completamente independente do direito. Como já observado, esses pressupostos e premissas fazem com que, no modelo de Segal e Spaeth, o direito seja excluído tanto como um objetivo possível a ser perseguido pelos juízes, como quanto restrição externa a um comportamento judicial que procura maximizar *policies*. Isso por dois motivos, respectivamente: de um lado, o direito é indeterminado e fornece respostas compatíveis com qualquer posição política, mesmo para um Ministro que procure de boa fé por uma solução “jurídica” para o caso; de outro, a estrutura institucional não incentiva os Ministros a levarem em conta nada além das suas preferências na hora de decidir.

Uma controvérsia importante gerada pela discussão desses aspectos do modelo atitudinal diz respeito ao papel possível do direito – textos legais, precedentes judiciais e argumentos profissionais sobre sua interpretação e aplicação - como fator explicativo da decisão dos juízes. Tal controvérsia nos permite identificar duas grandes respostas à visão expressa no modelo atitudinal sobre como o direito pode ser incorporado na explicação do comportamento judicial: de um lado, como um conjunto de *restrições* às suas ações ideologicamente motivadas; de outro, como *motivação* para ação dos juízes. Observa-se que ambos, direito e *policy*, podem teoricamente ser concebidos como objetivo da ação do juiz (o que os juízes “preferem fazer”, na frase de Gibson) e, portanto, tanto como motivação para a decisão judicial (o que consideram que “devem fazer”), quanto como restrições ao comportamento judicial (o que acham que é “possível

fazer"). Nesta seção, exploraremos algumas dessas alternativas de tratamento dessas variáveis – o direito como restrição e o direito como motivação - que vêm sendo desenvolvidas em contraste ao modelo atitudinal. O fio condutor da análise será, mais uma vez, as interpretações sobre as instituições norte-americanas que justificam as posições assumidas por cada um dos lados no debate.

3.2.1. Direito, *policy* e restrições

Como descrito acima, o modelo atitudinal descreve a *policy* como único objetivo a ser maximizado pelo juiz, sem quaisquer restrições. Em resposta a essa visão, construiu-se o chamado *modelo estratégico*, que assume a premissa de que os juízes são motivados pela maximização de suas preferências por *policies*, mas inclui no modelo restrições a esse processo maximizador. Estas restrições são representadas pela (re)ação possível de outros atores, que teriam como objetivos a maximização de outras *policies*. Em uma perspectiva puramente externa à Corte em si, esses outros atores podem se configurar como obstáculo a ação maximizadora dos juízes se, dentro do quadro institucional vigente, possuírem poder para: a) vetar ou reverter suas decisões judiciais; b) ameaçar a credibilidade do tribunal ou dos juízes; ou c) retaliar contra o tribunal ou os juízes individualmente (Epstein & Knight, 1998). Por outro lado, quando olhamos para restrições à maximização que podem vir de interações estratégicas dentro do próprio tribunal, o modelo estratégico ressalta a possibilidade de os juízes dentro de um mesmo tribunal restringirem uns aos outros (Maltzman et al, 2000). Por exemplo, um Ministro mais liberal que saiba contar com algum apoio de Ministros mais moderados pode deliberadamente adotar um voto menos liberal do que a extensão completa de suas preferências políticas, já que uma posição excessivamente radical pode alienar seus colegas menos liberais e acabar indicando outra posição como vencedora no jogo colegiado. Qualquer que seja o caso, o resultado do comportamento dos juízes – seja para evitar o veto, a reversão, a retaliação, para manterem a credibilidade da instituição ou para preservarem a solidez de sua posição de *policy* preferida em uma coalização instável de julgadores - será um "ajuste" entre as suas preferências e aquelas dos demais atores relevantes.

Com relação à influência das preferências de atores externos à Corte, o modelo estratégico contesta diretamente o pressuposto de independência do modelo atitudinal. Como vimos nas seções anteriores, esse pressuposto garantiria a expressão de um comportamento

sincero, por parte dos juízes, em suas decisões maximizadoras de preferências por *policies*. Nesse ponto, fica claro o quanto a disputa entre os modelos atitudinal e estratégico centra em torno de diferentes interpretações sobre como funciona o arcabouço institucional dentro do qual os juízes da Suprema Corte precisam tomar decisões. Segal e Spaeth rejeitam a incorporação de quaisquer considerações estratégicas em seu modelo por entenderem que os juízes da Corte estão sujeitos a regras do jogo que não oferecem nenhum tipo de restrição a que decidam sinceramente, levando em conta apenas suas preferências políticas. Proponentes de modelos estratégicos, porém, sustentarão sua leitura a partir de interpretações das regras do jogo nas quais outros atores podem reagir, de maneira minimamente eficaz, a posições adotadas pelos Ministros da Corte – por exemplo, aprovando novas leis ou emendas à constituição que mitiguem ou anulem o efeito das posições de *policy* preferidas dos juízes sobre o direito vigente (Epstein et al, 2001).

É importante enfatizar que nenhuma das duas interpretações é consequência necessária do desenho institucional. Ambos os lados reconhecem que, formalmente, as regras do jogo incluem o poder do Congresso de adotar emendas constitucionais que se sobreponham a entendimentos da Suprema Corte.²² Segal e Spaeth, porém, consideram que, ao longo do desenvolvimento constitucional do país, esse curso de ação se tornou tão custoso para o Congresso (e, conseqüentemente, tão raro) a ponto de ser irrelevante como possível perturbação do caráter definitivo das decisões da Corte. Autores críticos do modelo atitudinal, por sua vez, argumentam que a retaliação política a decisões da Corte por meio de emendas constitucionais pode ter se tornado um fenômeno raro precisamente porque os juízes *evitam* provocar esse tipo de reação, que pode ter altos custos de legitimidade política para a instituição que integram (Epstein et al, 2001). Nessa narrativa, os Ministros teriam agido estrategicamente, levando em conta preferências dos outros poderes de modo a minimizar o risco de emendas constitucionais superadoras de decisões da Corte.

Já para justificar a não-incorporação, no seu modelo explicativo, de comportamento estratégico *dentro* da Suprema Corte, Segal e Spaeth chamam a atenção para a *situação* analisada: trata-se de uma explicação de decisões sobre o mérito, ou seja, o simples *resultado* do caso –

²² Nos EUA, ao contrário do Brasil e de países como Índia e Alemanha, é consolidado o entendimento de que a Suprema Corte não tem o poder de controlar a constitucionalidade de emendas à constituição. Ver Bruce Ackerman, *We the People* (1991), Cap. 1. Vale notar que a “superação” se dá em relação à interpretação constitucional feita pela Corte, e não pelo resultado específico de um dado processo sobre as partes que o integram (Brandão, 2011).

condenação ou absolvição; constitucionalidade ou inconstitucionalidade; procedência ou improcedência. Os autores admitem que faria sentido incorporar cálculos estratégicos de ajustes recíprocos das preferências entre os juízes da Suprema Corte em outras situações, como a elaboração dos votos (*opinions*) que expressam as decisões sobre o mérito. Ou seja, em um cenário em que a redação das razões da decisão é coletiva, diante da necessidade de obter apoio para sua posição, os juízes podem até não escrever votos sinceros e incorporar as preferências de seus colegas na escolha das razões escritas que fundamentarão seu resultado preferido. Mesmo assim, o resultado em si - argumentam Segal e Spaeth - é obtido independentemente de quaisquer considerações sobre as preferências dos outros membros da Corte.

Apesar dessa justificativa, é possível que aqui resida um real problema de aplicação do modelo atitudinal. Se o objetivo for observar a maximização de preferências por *policies*, uma simples análise do “mérito” da decisão – isto é, a simples análise do resultado, sem olhar para as razões escritas que o sustentam - pode ter pouco a dizer. Em vez disso, o foco da análise deveria ser as *opinions* (Spriggs, 2003). De fato, argumentos apresentados na literatura crítica ao modelo atitudinal enfatizam que seria nas *opinions* que sustentam o resultado, e não no resultado da decisão em si, que os juízes da Suprema Corte agiriam mais intensamente com o intuito de registrar suas orientações sobre *policies*. Afinal, são as razões escritas na decisão – e não o seu simples resultado – que servirão de orientação para casos futuros, dentro do judiciário e na sociedade em geral. Assim, supondo que um Ministro liberal (ou conservador) deseje tornar o *direito constitucional* do país cada vez mais parecido com suas preferências políticas (uma suposição que dificilmente poderia ser recusada por um proponente do modelo atitudinal), e se o direito constitucional dos EUA é em larga medida produzido a partir das razões escritas que acompanham as decisões de mérito, então esse Ministro terá razões práticas de sobra para se preocupar com a forma pela qual as decisões da Corte são redigidas.

Se é assim, a variável dependente do modelo atitudinal (percentual de votos sobre o mérito) pouco poderia nos dizer sobre aquilo que o próprio modelo teria sido construído para observar (a maximização de preferências políticas por parte dos juízes). Os defensores do modelo não estão em uma posição confortável para lidar com este problema. Incorporar alguma medida de *opinions* como variável a ser explicada implica rejeitar o pressuposto de independência do

modelo atitudinal. Afinal, isso significaria incorporar a possibilidade de ação estratégica por parte dos juízes no processo de tomada de decisão, o que comprometeria seus pressupostos correlacionados de independência e sinceridade. Ou seja, tal como operacionalizado, o modelo atitudinal pode explicar pouco ou nada do que pretende - o quanto a decisão judicial é ou não uma função da maximização de *policies* preferidas pelos juízes. Adequar sua operacionalização para testar sua hipótese fundamental significaria ter que assumir outros pressupostos sobre a independência e a sinceridade dos juízes, o que modificaria radicalmente o modelo.

Por fim, há um conjunto de modelos que vêm ganhando espaço na literatura recente, e que tem como eixo central a ideia de que variáveis jurídicas mais tradicionais podem ter algum espaço na explicação do comportamento da Suprema Corte. Um bom exemplo desse tipo de trabalho pode ser encontrado no estudo de Richards e Kritzer (2002) sobre “regimes jurisprudenciais” nas decisões da Suprema Corte. O modelo dos autores aceita as premissas do modelo atitudinal e estratégico, mas incorpora o direito como uma restrição importante à maximização das preferências dos juízes por *policies*. A variável explicativa é a obediência, por parte dos Ministros da Corte, aos precedentes da própria instituição. Mais uma vez, trata-se de variável difícil de ser incorporada dentro da interpretação das instituições judiciais dos EUA subjacente ao modelo atitudinal. Segundo Segal e Spaeth, não faria sentido incorporar o direito como restrição ao modelo atitudinal, na medida em que este procura explicar o comportamento de juízes que escolhem julgar justamente casos em que diversas alternativas de resolução seriam possíveis – liberais ou conservadoras. Os casos difíceis julgados na Suprema Corte são justamente aqueles para os quais precedentes e normas existentes não oferecem resposta jurídica determinável.²³ Esse pressuposto do modelo já indica a dificuldade de se procurar por qualquer

²³ É possível imaginar, contudo, situações em que o direito pode ser concebido como um conjunto de efetivas restrições às preferências de *policies* dos juízes, mesmo em condições de completa ausência de risco de retaliação política ou reversão da decisão por uma instância superior – ou seja, mesmo na Suprema Corte. Isso pode ser observado quando as decisões tomadas pelos juízes diferem de sua *atitude* sobre *policy*. Casos unânimes, por exemplo, são citados como ocasiões em que o direito impõe restrições importantes ao comportamento judicial. Segundo Bailey & Maltzman (2011), entre 1950 e 2004, a Suprema Corte teve 38% de casos decididos de forma unânime. Ver também Tamanaha (2010). Se é verdade que apenas chegam à Suprema Corte casos para os quais há múltiplas respostas jurídicas, e se é verdade que a Corte é formada por juízes com diferentes preferências políticas, como explicar as decisões unânimes? Para os críticos do modelo, isso pode indicar que, mesmo em casos “difíceis”, os Ministros podem considerar – após deliberação sobre os argumentos e fatos do caso – que algumas respostas jurídicas são melhores que outras, ainda que não sejam as respostas ideais em termos de suas preferências políticas.

efeito de precedentes – como, aliás, do direito em geral - em tribunais superiores. Evidentemente, tendo em vista que a obediência a precedentes de instituições judiciais superiores é, em alguma medida, um traço constitutivo do sistema judiciário dos EUA, isso só reforça o quanto as restrições pressupostas para a aplicação do modelo atitudinal dificultam a sua generalização para explicar o comportamento do juízes como um todo, para além da Suprema Corte.

3.2.2. *As motivações dos juízes e a distinção direito/policy*

Como já observado, é possível conceber a influência do direito no comportamento judicial não apenas como restrição, mas também como um fator constitutivo da própria *motivação* dos juízes. Nessa perspectiva, o juiz tomaria decisões procurando promover certos fins que são dados pelo próprio direito (mais precisamente, por interpretações sinceras feitas pelo juiz sobre o que direito exige). Isto é, suas preferências não são definidas em função de um espectro político externo ao direito, mas sim a partir da interpretação que o juiz faz de normas jurídicas vigentes. Esse tipo de operação, porém, parte de uma determinada concepção sobre a relação entre direito e *policy* – uma relação que é problematizada de maneiras muito diferentes em diferentes autores e modelos.

É possível identificar alguns pressupostos, que variam de modelo para modelo, sobre a própria relação entre direito e *policy*: o direito concebido como independente e completamente diferente de *policies* (premissa do modelo atitudinal); o direito como um subconjunto de predisposições e valores mais amplos sobre *policies* (Cross, 2011); direito e *policies* como conjuntos diferentes de valores, mas que possuem alguns elementos em comum; nesse último caso, haveria uma interseção entre alguns aspectos do direito e das *policies*, embora eles contenham alguns outros aspectos distintos (Bailey e Maltzman, 2011). Tais pressupostos sobre a relação direito e *policy* têm implicações substantivas e práticas para a elaboração de modelos explicativos e para a interpretação dos resultados empíricos encontrados nos estudos sobre comportamento judicial. Se o direito e as *policies* forem tomados como fenômenos completamente distintos, a variável ideologia do juiz apreende sua predisposição sobre *policies* e o modelo explicativo pode estar revelando o quanto a política influencia a decisão judicial – tal como advoga o modelo atitudinal. Se, porém, o direito for concebido como um subconjunto de

valores mais amplos, então a variável ideologia pode ser interpretada como uma *proxy* de posicionamentos valorativos dos juízes sobre o próprio direito. Por fim, se o direito e *policies* forem concebidos como subconjuntos distintos, mas com interseção de alguns aspectos comuns, a variável ideologia seria extremamente difícil de ser interpretada. Para se saber ao certo o efeito do direito e da política seria preciso encontrar uma medida que “desmembrasse” os aspectos do direito e da política.²⁴

No modelo atitudinal, esse problema é enfrentado por meio da premissa de que há uma completa independência entre o fator explicativo ideologia política – construída a partir de uma medida externa, anterior à entrada do Ministro na Corte – e o direito. Com isso, os autores pretendem superar o problema da circularidade que a medição do posicionamento ideológico através de votos prévios traria ao modelo²⁵. As justificativas apresentadas por Segal e Spaeth para a medida de ideologia política se apoiam na sua premissa sobre o significado do direito: nada além de uma mera racionalização. Este não é, porém, um debate estritamente conceitual. Não se trata de fixar, em um modelo teórico, a natureza da relação entre considerações jurídicas e considerações políticas no raciocínio judicial e na vida em geral – uma tarefa típica da teoria do direito. Mais uma vez, em consonância com a leitura feita neste trabalho, a distinção entre *policy* e direito – e, conseqüentemente, a possibilidade de o modelo incorporar variáveis jurídicas como parte da própria motivação dos juízes – é, em si, resultado de uma interpretação das regras e expectativas compartilhadas que estruturam a função judicial em um dado país.²⁶

²⁴ Como recentemente proposto por Bailey e Maltzman (2011). Essa discussão tem conseqüências práticas importantes. O elevado poder explicativo do modelo atitudinal nos testes de Segal e Spaeth pode tanto significar que a maximização de *policies* como variável política explica em grande medida as decisões judiciais, quanto o contrário – que o direito pode ser uma explicação importante, mas seu efeito está indeterminado ou omitido na variável ideologia. Nesse último cenário, embora tenha um alto coeficiente estatístico, o modelo atitudinal não é capaz de explicar muita coisa sobre o comportamento dos juízes.

²⁵ A operacionalização da ideologia dos juízes da Suprema Corte a partir de editoriais de jornais, contudo, não evita completamente o problema da circularidade, uma vez que tais editoriais, em muitos casos, são elaborados com base em decisões judiciais anteriores dos indicados. Agradecemos a um(a) parecerista anônimo(a) por nos chamar atenção para ponto.

²⁶ Uma importante crítica aos modelos atitudinal e estratégico foi realizada por estudos que procuraram incorporar as contribuições da abordagem do novo institucionalismo aos estudos do comportamento judicial. Em um trabalho que se tornou referência da incorporação de pressupostos institucionais na explicação do comportamento dos juízes da Suprema Corte, Howard Gillman (1999) sugere que a própria afiliação institucional destes juízes pode influenciar a formação de suas preferências ao decidir. Como afirma o autor, enquanto os modelos atitudinal e estratégico concebem a formação de preferência como motivada por objetivos externos à Suprema Corte (como a maximização da ideologia política), uma perspectiva institucional assume que os juízes, em determinados casos, podem ser

De fato, é sobretudo o *tipo de caso* – casos “difíceis” – que chega na Suprema Corte que, em última instância, parece justificar a completa separação entre direito e considerações de *policy*. Por isso mesmo, várias dúvidas tem sido levantadas sobre a possibilidade de sua aplicação para o entendimento do comportamento judicial *em geral*. Fazendo referências estatísticas sobre casos decididos nos Estados Unidos na última década, Brian Tamanaha (2010) evidencia o reduzido número de decisões tomadas pela Suprema Corte em comparação aos demais tribunais no país: enquanto a Suprema Corte decidiu cerca de 75 casos, as *federal appellate courts* decidiram 50 mil casos, as *federal trial courts* resolveram cerca de 300 mil, e os tribunais estaduais, cerca de 93 milhões de casos. A diferença, porém, não é apenas de quantidade de casos, mas também do tipo de caso. Os temas e problemas tratados pelo tribunal não são comparáveis em complexidade, vagueza e incerteza com os casos decididos em instâncias inferiores. É como se o modelo atitudinal tivesse sido construído por um procedimento científico curioso: escolheram a instituição judicial mais atípica e exótica de todo o sistema; estabeleceram a partir dela uma distinção conceitual entre direito e *policy*, com pretensão de generalização para outros estudos sobre comportamento judicial; e jogaram para seus pares o ônus de mostrar as situações nas quais o direito pode ser relevante. Por isso, críticos do modelo atitudinal afirmam que a observação do possível efeito do direito sobre o comportamento dos juízes deve ser realizada em estudos sobre os tribunais de primeira e segunda instância. Ou seja, a natureza das premissas sobre o que é a orientação que o direito dá aos juízes, com base nas quais as categorias do modelo atitudinal são construídas, é contingente.

Além disso, mesmo a consideração sobre o direito do modelo atitudinal nas condições restritas de sua aplicação a decisões sobre o mérito de casos incertos e vagos na Suprema Corte pode ser problematizada. Justamente porque os casos decididos na Suprema Corte são casos problemáticos, “enviesados”, o direito pode não ter efeitos como restrição – ao contrário do que é possível ocorrer com a grande maioria das decisões judiciais. Mas isso não significa que o direito

motivados por uma concepção de missão institucional. Nesses casos, a motivação principal dos juízes não estaria relacionada com questões ideológicas, mas com um senso de identidade institucional ou de responsabilidade profissional. Como afirma Smith (2008) em um trabalho que trata da influência do institucionalismo histórico em estudos sobre o direito, a proposta de Gillman revela que as ideias que os juízes têm a respeito do papel apropriado que devem exercer na instituição em que trabalham se tornam os objetivos a serem perseguidos em suas decisões. Dessa forma, é possível dizer que, na estrutura utilizada neste trabalho, os estudos na linha do institucionalismo histórico enfatizam a categoria da *motivação*, procurando mostrar que ela não necessariamente se resume às preferências políticas do juiz.

não possa ser considerado como fator explicativo da decisão na Suprema Corte. Ao contrário, o que se faz nesse contexto decisório pode ser concebido como um exercício de *política constitucional* (Friedman e Martin, 2011) e, nesse sentido, o direito *pode* ser incorporado como *motivação*: trata-se de *policy* e seria perfeitamente possível conceber a *policy* como a expressão de uma preferência ideológica a ser concretizada por uma preferência *correspondente* no direito. Nessa perspectiva, seria normal que um juiz tivesse, como motivação da sua decisão, uma preferência dada por normas jurídicas que encontram, por sua vez, correlação com um conjunto de valores ideológicos organizados na classificação liberal-conservador. A mensuração da ideologia política de um juiz seria a síntese de seus valores - incluindo valores como “igualdade”, “liberdade” e “autonomia”, incorporados não apenas pelo direito constitucional, mas pelo direito em geral.²⁷ Na verdade, isso seria uma característica marcante da governança do sistema de *common law*, em que se confia a uma corte superior o poder de dar uma solução para controvérsias jurídicas por meio da interpretação de precedentes e regras escritas (Cross, 2011). Confia-se na capacidade dessa instituição de construir as soluções necessárias, reconhecendo-se assim que as fontes que compõem o direito não podem resolver casos automaticamente – muito menos casos complexos.

Para além da *common law*, porém, o simples fato de se desenhar uma dada instituição judicial com o poder de fazer controle de constitucionalidade já significa aceitar que, em larga medida, as decisões que os membros dessa instituição tomarão terão uma acentuada carga política. O caráter acentuadamente político da operação de controle de constitucionalidade, em contraste com operações judiciais mais corriqueiras de solução de conflitos entre partes a partir de regras prévias, é amplamente reconhecido (Kelsen, 2003; Arantes, 2007; Stone Sweet, 2000). Assim, em um sistema com controle judicial de constitucionalidade, confia-se a instituições judiciais a realização de uma tarefa que, em si, já desafia uma separação mais forte entre juízos políticos e juízos de interpretação do direito.

Nesse contexto, justamente por não poder ser levado em consideração como restrição, já que o direito existente não provê respostas a essas controvérsias, o que se faz na

²⁷ É interessante notar que muitas críticas ao “ativismo judicial” (entendido como o compromisso do juiz com a promoção de certos fins sociais) não levam em conta que, muitas vezes, é a própria legislação que já reflete em si uma tomada de posição política (Falcão, Schuartz e Arguelhes, 2006). Isso torna o juiz um instrumento, no caso concreto, de um enviesamento prévio e deliberado do legislador, como ocorre corriqueiramente no Brasil com a aplicação judicial do Código de Defesa do Consumidor, de muitas leis trabalhistas e do Estatuto da Criança e do Adolescente.

decisão judicial é *política constitucional* (ou *policy*). Tomado como *policy*, o caráter mecânico do direito como o resultado de um raciocínio jurídico e a completa independência entre direito e ideologia política se desfaz. O que os juízes da Suprema Corte fariam é justamente política constitucional, através da escolha de alternativas possíveis de *policies*. É problemático traçar uma distinção forte entre preferências de *policy* e interpretação do direito em sistemas jurídicos (sejam de *common law*, sejam sistemas onde há *judicial review*, ou ambos, como no caso dos EUA) nos quais, tradicional, reiterada e deliberadamente, confia-se a juízes um conjunto de tarefas que transitam por uma nublada interseção entre “política”, “*policy*” e “direito”.

4. O que podemos aprender com o debate teórico dos EUA?

A reconstrução do debate em torno do “modelo atitudinal” nos EUA feita nas seções anteriores tem implicações significativas para a crescente agenda de estudos empíricos sobre o Supremo Tribunal Federal. Nesta seção, levantaremos apenas as principais dentre essas implicações e daremos alguns breves exemplos, com especulações potencialmente úteis para estudos futuros. A primeira dessas implicações é que, para construir um modelo explicativo de decisões do Supremo, precisamos saber em que medida (e em que condições) as decisões de seus membros podem ser lidas como *sinceras* e, não, *estratégicas*. Isso requer mapear se, no quadro institucional vigente, os Ministros têm ou não incentivos para (i) temer retaliação por parte de outros poderes, no caso de interdependência entre ações do tribunal e de atores políticos, e (ii) fazer concessões às preferências de outros Ministros com vistas a formar coalizões na tomada de decisões ou na elaboração dos votos, no caso de interdependência no processo decisório interno ao próprio tribunal.

Assim como no caso dos EUA, a resposta a essas perguntas não é óbvia. Requer que se construam interpretações sobre o desenho institucional vigente. Quanto ao primeiro ponto, a resposta não vem com a simples leitura de dispositivos legais sobre a aprovação de emendas constitucionais, nem com o reconhecimento de que, na jurisprudência do próprio Supremo, cabe ao tribunal dar a última palavra inclusive com relação a emendas constitucionais “superadoras” de suas decisões anteriores. Ainda que os Ministros do Supremo estejam protegidos por garantias de estabilidade no cargo, será mesmo que não têm qualquer incentivo para levar em conta, na

tomada de sua decisão, as preferências de outros atores? Aqui, é preciso tomar cuidado para não adotar um conceito muito restritivo do que conta como uma “retaliação” a ser evitada pelos juízes. Com base nas críticas quanto ao modelo atitudinal, podemos construir uma breve tipologia de reações possíveis, capaz de abranger variáveis que, embora possíveis em uma série de contextos institucionais, não são devidamente consideradas em um modelo como o de Segal e Spaeth. A tabela 1 ilustra algumas possibilidades diferentes de reação, por parte dos outros atores políticos, que podem ser estrategicamente antecipadas na tomada de decisão judicial:²⁸

Quadro 1: Tipos de reação política a decisões judiciais

| | Foco: Juiz | Foco: Instituição | Foco: Decisão |
|-------------------------------------|---|---|---|
| Natureza: Formal | <ul style="list-style-type: none"> • Remoção do Cargo • Sanções disciplinares | <ul style="list-style-type: none"> • Diminuição de salários; • Redução de prerrogativas; • Redução de competência; • Mudança na composição da Corte (“court-packing”) | <ul style="list-style-type: none"> • Emenda Constitucional “superadora” da decisão |
| Natureza: Informal | <ul style="list-style-type: none"> • Ataques pessoais na imprensa | <ul style="list-style-type: none"> • Ataques institucionais na imprensa • Bloqueio de legislação de interesse do Judiciário | <ul style="list-style-type: none"> • Desobediência à decisão |

A coluna à esquerda trata da natureza da reação em relação ao direito vigente – reações “formais” são aquelas que ocorrem por meio de canais e estratégias oficiais, institucionalmente previstos, enquanto as reações “informais” ocorrem à margem (ou em oposição) do que as regras do jogo vigente permitem expressamente. A linha superior organiza os diferentes focos possíveis da reação – pode-se retaliar tendo como alvo o juiz que toma a decisão, a instituição como um todo ou apenas a decisão tomada. Nesse último caso, a reação política

²⁸ As duas categorias que compõem a tabela foram em parte adaptadas de Ginsburg (2003) (distinguindo estratégias institucionais e extrainstitucionais de reação política a decisões judiciais) e Ferejohn (1999) (distinguindo reação política contra os juízes individuais e contra o Judiciário como um todo).

pode neutralizar o impacto, no mundo, da decisão tomada pelo juiz, ou até mesmo implementar um estado de coisas pior, do ponto de vista do juiz, do que aquele encontrado antes de sua decisão ter sido tomada.

As células foram preenchidas de forma a exemplificar e classificar as mais frequentes estratégias de retaliação política a decisões judiciais discutidas na literatura especializada.²⁹ Ao menos em princípio, algumas dessas opções não parecem muito promissoras para legisladores e presidentes brasileiros que desejem reagir a certas decisões do STF. Aqui, as regras formais fazem bastante diferença. No direito constitucional brasileiro, é amplamente reconhecido que o STF pode anular emendas à própria constituição, caso violem as chamadas “cláusulas pétreas”.³⁰ Isso significa que as reações de natureza “formal” indicadas na tabela acima têm um alcance reduzido. Tendo em vista que a composição, a estrutura, a competência e as garantias do STF estão previstas no texto constitucional, só poderiam ser retiradas por emendas – que, dada a relativa facilidade de acesso à jurisdição do tribunal, invariavelmente serão levadas ao próprio tribunal para que discuta a sua constitucionalidade. Ou seja: após a retaliação formal, na prática a palavra sempre voltará ao próprio tribunal. Isso não exclui, é claro, que emendas à constituição que pretendam reduzir o poder do STF ou alterar sua composição não possam eventualmente ser consideradas constitucionais pelos Ministros. O que se procura mostrar aqui é que, ao menos formalmente, os Ministros terão acesso a mais uma oportunidade de rejeitar essas retaliações, ao contrário do que ocorre em países como os EUA, tornando-as assim menos atraentes aos poderes políticos.

É interessante notar, porém, que essas variadas estratégias de retaliação não são necessariamente excludentes, podendo ser combinadas de maneiras a aumentar muito o custo de uma determinada decisão judicial. Por exemplo, no caso do STF, mesmo que tenham a última palavra sobre a constitucionalidade de emendas constitucionais superadoras de suas decisões, é possível que os Ministros tenham razões para evitar agir de forma a incentivar o Congresso a promover esse tipo de reação. Mesmo que formalmente tenham a palavra final, podem considerar prejudicial à autoridade do tribunal, ou ao seu *status* diante da sociedade e dos outros

²⁹ Ver sobretudo Ferejohn (1999) e Ginsburg (2003).

³⁰ Ver, por exemplo, Souza Neto & Sarmiento (2012, pp.300-314), com numerosas referências a artigos e decisões do STF sobre esse ponto.

poderes, que o Presidente ou membros do Congresso Nacional venham a público criticar o STF por ter declarado inconstitucional uma emenda “retaliadora”. Mais ainda, no limite, a simples proposição de uma emenda desse tipo pode vir a ter certos custos políticos para o tribunal. A palavra final jurídica não necessariamente exclui a continuação do conflito na área política.³¹ As condições nas quais isso pode ocorrer no Brasil, porém, exigem estudos mais sistemáticos sobre a relação entre o STF e os outros poderes, bem como entre o tribunal e a opinião pública.

Quanto ao segundo ponto mencionado acima (interdependência entre os votos dos membros do Supremo), há elementos do desenho institucional brasileiro que parecem tornar mais difícil sustentar a aplicação de modelos estratégicos para explicar o comportamento dos Ministros na redação da *fundamentação* dos votos. Em claro contraste com a Suprema Corte dos EUA, sabe-se que, no Brasil, não há regras institucionalizadas que exijam ou encorajem a elaboração de um voto único por parte dos Ministros – um voto assinado coletivamente pelos ministros integrantes da maioria vencedora e com o qual precisam necessariamente estar de acordo. Nos termos do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF), esta é uma tarefa individual do Relator do acórdão, após receber da Secretaria do tribunal a transcrição e a consolidação de todos os votos proferidos pelos Ministros naquele caso.³²

Segundo o RISTF, os outros Ministros têm a chance de revisar seus votos antes do envio ao Relator e, com isso, podem até produzir insumos capazes de influenciar a elaboração do acórdão e da ementa.³³ Mas compete exclusivamente ao Relator a decisão final sobre o texto de seu voto vencedor e sobre a ementa – que supostamente deve sintetizar “as conclusões” do

³¹ Como exemplo, basta imaginar o que aconteceria se o Supremo Tribunal Federal tivesse declarado inconstitucional toda a Emenda Constitucional n.45/2004, que estabeleceu a Reforma do Judiciário, sob o argumento de que ela violaria a cláusula pétrea da separação de poderes. Dada a importância deste tema na agenda do primeiro governo Lula, diversos atores políticos poderosos – incluindo talvez o próprio Presidente da República – provavelmente teriam vindo a público atacar o tribunal. Em uma democracia consolidada, o custo de atacar uma decisão já formalizada por um tribunal é sempre considerável – mas pode não ser proibitivo, dependendo do cálculo político do Presidente sobre o que está em jogo (Ginsburg, 2003). Talvez a forma mais explícita desse tipo de embate político, mesmo após um tribunal ter anunciado sua posição, tenha sido a disputa entre o Presidente Roosevelt e a Suprema Corte que resistia à implementação do New Deal. Sobre o tema, ver Griffin (1996).

³² RISTF, Art.96, § 4º: “A Secretaria das Sessões encaminhará os autos ao Relator sorteado ou ao Relator para o acórdão, para elaboração deste e da ementa no prazo de dez dias.”

³³ RISTF, Art. 96, § 2º: “Os Gabinetes dos Ministros liberarão o relatório, os votos escritos e a transcrição da discussão, no prazo de vinte dias contados da sessão de julgamento”; § 3º A Secretaria das Sessões procederá à transcrição do áudio do relatório e dos votos lidos que não tenham sido liberados no prazo do § 2º, com a ressalva de que não foram revistos.”

Plenário, nos termos do RISTF.³⁴ Os outros Ministros não precisam se manifestar quanto a esses textos decisivos, o voto do Relator e a ementa, previamente à sua publicação oficial.³⁵ Dessa forma, em claro contraste com o que ocorre na Suprema Corte dos EUA, na qual se espera que o voto vencedor seja uma construção a mais coletiva possível, não parece haver mecanismos institucionais para que os Relatores levem em conta as preferências de seus colegas ao escolher as palavras e formulações exatas que colocarão no voto vencedor e na ementa. Por isso mesmo, já houve episódios em que Ministros criticaram publicamente ementas de sessões passadas que supostamente não refletiriam a decisão de fato tomada pelo tribunal, nem os argumentos vencedores que efetivamente a sustentavam.³⁶

Contudo, mesmo sem a exigência de redação colaborativa dos votos majoritários, é possível que haja incentivos para que os Ministros se comportem estrategicamente quanto ao *resultado* (e não quanto à *fundamentação*) de seus votos. Se for possível para um Ministro obter informação sobre como seus colegas votarão na sessão, ele pode se antecipar a um eventual resultado desfavorável e mudar de posição. Por exemplo, se perceber que será o único voto vencido em uma decisão majoritária que conta com amplo apoio público, em um caso sobre o qual não tenha convicções particularmente fortes, o Ministro pode optar por seguir a maioria – ou por modular sua decisão ideal (por exemplo, de inconstitucionalidade total de uma dada lei) de forma a aproximá-la da decisão da maioria (transformando-a, por exemplo, em inconstitucionalidade parcial, apenas de alguns dos dispositivos em jogo).

Para verificar se o desenho institucional do STF inibe ou encoraja esse tipo de comportamento por parte dos Ministros, a simples leitura do regimento interno do tribunal é insuficiente. Fornece apenas um ponto de partida, após o qual ainda há muitas perguntas empíricas em aberto. É preciso investigar quais são as práticas decisórias do STF para além do procedimento formalmente estabelecido, em especial no que diz respeito (a) a como os Ministros

³⁴ RISTF, Art. 95, *caput*: “As conclusões do Plenário e das Turmas, em suas decisões, constarão de acórdão, do qual fará parte a transcrição do áudio do julgamento.”

³⁵ RISTF, Art. 96, § 6º: “As inexactidões materiais e os erros de escrita ou de cálculo, contidos na decisão, podem ser corrigidos por despacho do Relator, mediante reclamação, quando referentes à ata, ou por via de embargos de declaração, quando couberem.”

³⁶ Cf., por exemplo, a discussão referente à ementa da ADPF 130, em que o STF decidiu que a Lei de Imprensa não tinha sido recepcionada pela Constituição de 1988. Após a publicação do acórdão, teria havido críticas de Ministros à ementa elaborada pelo Relator Min. Carlos Ayres Britto, que, segundo afirmaram, ia além do que o tribunal tinha de fato decidido. Na imprensa, o episódio foi registrado por Gaspari (2009).

se comunicam antes e durante a tomada de decisão e (b) à existência de algum tipo de preocupação com sinalizações para seus colegas na elaboração dos votos individuais – por exemplo, para a construção de reputação ou boa vontade dentre os colegas, benefícios esses que podem ser relevantes em casos futuros. Esse talvez seja um dos mais desafiadores *fronts* da pesquisa empírica sobre o processo decisório do STF. Os Ministros conversam entre si? Podem obter informações sobre as preferências uns dos outros? Conversam sobre a redação de seus votos? Modulam as formulações escritas de suas teses de modo a atrair atenção ou apoio de seus colegas? Embora a tradição no Supremo pareça ser de reduzido diálogo, fora das sessões, entre seus membros, essas são perguntas que precisam ser respondidas sistematicamente para que a construção de teorias explicativas de padrões decisórios do Supremo possa avançar.

Uma segunda implicação da discussão feita neste trabalho diz respeito à definição do que *motiva* os Ministros. Ou seja, o que *preferem* fazer, na formulação de Gibson. Como vimos, o modelo atitudinal define a motivação como estritamente político-ideológica, sendo que essa motivação *pode*, dependendo do desenho institucional, estar sujeita a restrições externas. Trata-se de uma leitura bastante restritiva das variáveis capazes de influenciar a motivação judicial – uma leitura que, na melhor das hipóteses, aceita que o direito pode cumprir o papel de limite às motivações políticas. Entretanto, este não é um debate puramente conceitual, mas sim uma controvertida tomada de posição, do modelo atitudinal, com relação às maneiras pelas quais as instituições influenciam o comportamento judicial.

Primeiro, é importante levar em conta o quanto o trabalho do Supremo envolve ou não casos necessariamente controvertidos, sem respostas jurídicas claras. Isso está diretamente ligado à capacidade do tribunal escolher ou não os casos que vai julgar, bem como ao grau de dificuldade de acesso ao tribunal por parte de litigantes. Como observamos nas seções anteriores, parte da sustentação do modelo atitudinal nos EUA é feita pela constatação de que a Suprema Corte *escolhe*, de maneira bastante livre, quais casos irá julgar. No Brasil, porém, o diagnóstico tradicional é o de que o STF não tem o mesmo grau de controle sobre sua pauta, e é relativamente fácil acessar o tribunal.³⁷ Mais ainda, cerca de 87% das decisões que o tribunal tomou entre 1988 e

³⁷ Ver, nesse sentido, os dados apresentados em Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2011), indicando a grande variedade de “portas de acesso” processual ao STF e o consequente crescimento da carga de trabalho do tribunal. Cf. também Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2013).

2011 foram monocráticas - decisões tomadas por um único ministro, geralmente devido a sérios problemas procedimentais ou por estarem em claro desacordo com a jurisprudência do tribunal.³⁸ Esse cenário de grande número de casos e altíssimo percentual de decisões monocráticas sugere que grande parte das decisões observadas no STF provavelmente ocorrem em contextos nos quais há respostas jurídicas facilmente identificáveis, deixando assim um espaço menor para a manifestação das preferências políticas dos Ministros.

Essa análise, porém, não necessariamente se aplica se o objetivo for apenas explicar o resultado das decisões tomadas pelo *plenário* do STF. Na média, bem menos de 1% dos casos recebidos pelo tribunal chegam a ser debatidos por todos os Ministros reunidos em plenário.³⁹ Dentro do grande volume de processos recebidos pelo tribunal, portanto, há apenas um pequeno subconjunto de casos que acabam merecendo a atenção de todos os membros da instituição. Nesse sentido, Veríssimo (2008) já havia observado que parece haver mecanismos informais pelos quais o Supremo seleciona quais casos merecerão ser julgados pelo plenário do tribunal – o que o autor chama de “*certiorari* à brasileira”, fazendo uma referência ao procedimento pelo qual a Suprema Corte dos EUA escolhe, de maneira discricionária, quais casos irá julgar.⁴⁰ Embora os mecanismos exatos pelos quais os Ministros selecionam quais casos merecerão sua atenção no Plenário ainda precisem ser mapeados, o cenário acima descrito já é suficiente para se discutir a pertinência de certos pressupostos institucionais.

Mantendo-se iguais as outras variáveis, pode-se dizer que quanto mais o STF puder escolher seus próprios casos, mais faz sentido supor que esses serão casos controvertidos e, conseqüentemente, casos para os quais não há respostas jurídicas consensuais. Mas o maior ou menor poder de escolha dos casos varia dependendo de o foco da análise ser o plenário ou todo o conjunto de decisões tomadas pelo tribunal. Mesmo que não se saiba exatamente como funcionam esses filtros internos, sabe-se que eles existem. Uma implicação dessa constatação é que teorias explicativas do resultado de decisões do STF precisam dar conta dessa dualidade de desenhos convivendo dentro da mesma instituição. Se o universo de processos analisados for

³⁸ Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2013, p.303).

³⁹ Falcão, Cerdeira e Arguelhes (2013, p.303).

⁴⁰ Como observa Veríssimo (2008), uma vez que enfoquemos apenas as decisões tomadas pelo Plenário, o volume de trabalho dos Ministros do STF começa a não ser tão discrepante assim de Cortes Supremas e Tribunais Constitucionais de outros países.

além do que o tribunal decide em Plenário – isto é, se abranger decisões das turmas ou decisões monocráticas -, o conjunto total de casos observados certamente incluirá uma proporção muito maior de casos “fáceis”. Nessa hipótese, estaremos nos movendo para longe de uma premissa institucional importante do modelo atitudinal, qual seja, a de que o “direito” não exerce nenhuma pressão clara sobre a decisão dos Ministros. Se, por outro lado, o foco da pesquisa (e do modelo explicativo a ser construído) estiver nas decisões do Plenário, fará mais sentido considerar que o “direito” não fornece respostas claras e, portanto, tem influência limitada sobre as ações e decisões dos Ministros.

Essas considerações, porém, não são suficientes para esgotar o possível papel do direito em modelos explicativos de decisões do STF. Em certos contextos institucionais, é perfeitamente possível que juízes sejam encorajados, pelas regras do jogo vigente, a fazerem seus próprios juízos morais e políticos na aplicação da lei e da Constituição. Embora não seja um sistema de *common law*, o Brasil adota – há mais de um século – arranjos de controle de constitucionalidade que, como observado na seção anterior, tornam problemática a tarefa de definir e separar do que é direito e do que é *policy*. Por isso, qualquer modelo de comportamento dos Ministros do Supremo que parta de uma separação forte entre o que é interpretação constitucional e o que é preferência política tem sobre si um ônus de prova significativo, pois a definição dessas categorias e da relação entre elas precisa partir dos dados institucionais básicos de que os Ministros (i) têm o poder político de fazer valer normas constitucionais, e, por isso mesmo, (ii) são indicados politicamente. Mais uma vez, a configuração institucional – um fator contingente – afeta profundamente a tarefa de definir e operacionalizar categorias como “direito” e “*policy*”.

Por fim, para a consolidação de uma agenda de pesquisa sobre comportamento judicial no Brasil, é interessante notar o quanto os termos do debate traçados na defesa e crítica do modelo atitudinal são reducionistas. Até recentemente, os sucessivos *rounds* contra e a favor do modelo nos EUA forçaram o enquadramento das decisões da Suprema Corte ora como sinceras, ora como estratégicas, mas, com frequência, deixaram de lado qualquer papel relevante para o direito em si. Mais especificamente, durante muito tempo se descartou, no *mainstream* da ciência social norte-americana sobre tribunais, qualquer espaço significativo para se incorporar no

modelo as crenças sinceras dos juízes sobre o que o direito diz. Esse quadro só começa a mudar de duas décadas para cá. Brian Tamanaha (2010) argumenta que esse desperdício de tempo teria sido causado por um ponto de partida errado – o de que juízes e advogados americanos explicam o funcionamento normal de suas atividades em termos de uma separação completa entre “direito” e “política”.

Mais ainda, o modelo atitudinal parece partir do princípio de que o “direito” só pode ser uma variável relevante se puder explicar, mecanicamente e sem qualquer interação com a “política”, o comportamento dos juízes. O sistema dos EUA, porém, claramente não foi desenhado e desenvolvido nesses termos. A questão interessante é *como* direito e *policy* interagem no processo decisório de cada tribunal, pois é óbvio que as duas coisas estão presentes em alguma medida (Tamanaha, 2010). O debate brasileiro pode aprender com esses erros. É preciso reconhecer, desde o início, que a tradição, a prática e o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal convidam a incorporar no modelo as crenças sinceras – ainda que com carga política – que seus Ministros têm sobre o que estão fazendo ali.

5. Conclusão

Neste trabalho, por meio de uma reconstrução do debate em torno do influente “modelo atitudinal”, procuramos destacar como são construídas as categorias básicas em torno das quais giram diferentes modelos de comportamento judicial. Mesmo adotando-se um esquema conceitual que estrutura a ação dos juízes em torno de “desejos” e “oportunidades”, ou “preferências” e “restrições”, é preciso preencher essas categorias com uma série de fatores que integram o processo decisório judicial, em especial a ideologia política do juiz, suas crenças sobre o que diz o direito e os incentivos para comportamento estratégico dados pela relação com outros atores. Nosso argumento básico, discutido a partir de uma análise do modelo atitudinal, é o de que esse esforço conceitual tem como pressuposto um conjunto de interpretações sobre as instituições no âmbito das quais são tomadas as decisões que se pretende explicar. Nesse sentido, não faz sentido pensar em um “modelo geral” do comportamento judicial – nem mesmo em um único modelo capaz de explicar o comportamento de diferentes tribunais, com arranjos institucionais diferentes, dentro de um mesmo país.

A partir da reconstrução desse debate conceitual sobre um modelo específico, levantamos implicações potencialmente relevantes para a construção de teorias que nos permitam fazer interpretações sólidas de dados empíricos sobre decisões do Supremo Tribunal Federal. Não se trata aqui, evidentemente, de formular o(s) modelo(s) específico(s) que permitiriam, desde já, interpretar e explicar o comportamento dos Ministros, mas sim de indicar os principais tipos de perguntas que precisam ser enfrentadas na realização dessa tarefa. Sinteticamente, as perguntas podem ser agrupadas em duas grandes categorias. Primeiro, é preciso saber em que condições o comportamento dos Ministros pode ser lido como *sincero* e, não, *estratégico* – tanto internamente, quanto na relação com os outros poderes. Segundo, é necessário explorar se e como, pela tradição e pelo desenho institucional do Supremo, é possível trabalhar com categorias excludentes de “direito” e “política” na explicação das motivações subjacentes às escolhas feitas pelos Ministros. As opções conceituais do modelo atitudinal (e mesmo seus críticos “estratégicos”) são claras tanto com relação à distinção entre sinceridade/estratégica, como quanto às fronteiras entre direito e política. Esperamos ter mostrado, porém, que essas opções conceituais se fundam em premissas sobre como funcionam as instituições judiciais nos EUA – premissas que já são controvertidas nos próprios EUA e ainda mais discutíveis quando se procura transpor o modelo para outros contextos institucionais.

A importação acrítica do “modelo atitudinal” tem sido corretamente criticada na academia brasileira. É interessante notar, porém, um outro risco, que parece não ter sido ainda enfrentado de forma explícita: o de rejeitar o estudo do modelo atitudinal pelas razões erradas. Sem dúvida, é verdade que a medida de ideologia utilizada por autores como Segal e Spaeth (uma escala “liberal-conservador” com pretensão de exaurir os debates políticos relevantes nos EUA). Esta, porém, é uma simples questão de mensuração da variável ideologia. O “modelo atitudinal”, ainda que inútil para se compreender o comportamento do Supremo, é muito mais do que uma aplicação da dicotomia “liberal/conservador” à análise do comportamento da Suprema Corte. Ele é um projeto de explicação de comportamento judicial fundado em um detalhado e abrangente esforço de responder a perguntas empíricas sobre o funcionamento das instituições políticas do país. Importar as respostas dadas por autores dadas por Segal e Spaeth é certamente um equívoco. Mas, como esperamos ter mostrado ao longo deste trabalho, as perguntas subjacentes

à construção do modelo atitudinal podem fornecer importantes bases para construirmos nossos próprios modelos de explicação do comportamento do Supremo Tribunal Federal.

6. Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. (1991), *We the People*. Cambridge, Harvard University Press.

ARANTES, Rogério (2007), "Judiciário: entre a Justiça e a Política", in L. Avelar & A. O. Cintra (org.), *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 2ª ed. São Paulo: Konrad Adenauer / UNESP, pp. 81-115.

ARGUELHES, Diego Werneck e RIBEIRO, Leandro Molhano. (2011), "Indicações Presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e seus Fins Políticos: uma resposta a Mariana Prado e Claudia Turner". *Revista de Direito Administrativo*, 255: 115 – 143.

BRANDÃO, Rodrigo. (2011), *Supremacia Judicial versus Diálogos Institucionais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris.

CROSS, Frank. (2011), "Law is Politics", in C. G. Geyh (ed.), *What's Law Go To Do With It? What judges do, why they do it, and what's at stake*. Stanford, Stanford University Press.

BAILEY, Michael A. e MALTZMAN, Forrest. (2011), *The Constrained Court: law, politics, and the decisions justices make*. Princeton: Princeton University Press.

DA ROS, Luciano. (2008), "Poder de Decreto e Accountability Horizontal: Dinâmica Institucional dos Três Poderes e Medidas Provisórias no Brasil Pós-1988". *Revista de Sociologia e Política*. 16, 31: 143-160.

ELSTER, Jon. (1994), *Peças e Engrenagens das Ciências Sociais*. Rio de Janeiro, Relume-Dumará.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack; MARTIN, Andrew D. (2001), "The Supreme Court as a Strategic National Policy Maker". *Emory Law Journal*, 50: 583-612.

EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack (1998), *The Choices Justices Make*. Washington, DC, Congressional Quarterly Press.

EPSTEIN, Lee; SEGAL, Jeffrey A. (2005), *Advice and Consent: The Politics of Judicial Appointments*. Oxford: Oxford University Press.

FALCÃO, Joaquim; SCHUARTZ, Luís Fernando; ARGUELHES, Diego Werneck. (2006), "Jurisdição, Incerteza e Estado de Direito". *Revista de Direito Administrativo*, 243: 79-112.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. (2011), "O Múltiplo Supremo". 1º Relatório do Projeto *Supremo em Números* da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro: FGV. Relatório Disponível em http://supremoemnumeros.fgv.br/sites/supremoemnumeros.fgv.br/files/attachment/i_relatorio_do_supremo_em_numeros_0.pdf.

FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. (2013), "O Supremo Tribunal Processual", in MARTINS, Ives Gandra da Silva; ROSSET, Patricia; AMARAL, Antonio Carlos Rodrigues do (Orgs.). *Estudos: Direito Público. Homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso*. São Paulo: Lex Magister. P.299-308.

FEREJOHN, J. (1999), "Independent Judges, Dependent Judiciary: Explaining Judicial Independence". *Southern California Law Review*, 72: 353-384.

FRIEDMAN, Barry. (2006), "Taking Law Seriously". *Perspectives on Politics*, 4, 2: 261-276.

FRIEDMAN, Barry; MARTIN, Andrew D. (2011), "Looking for Law All the Wrong Places: some suggestions of modeling legal decision-making", in C. G. Geyh (ed.), *What's Law Go To Do With It? What judges do, why they do it, and what's at stake*, Stanford, Stanford University Press.

GASPARI, Elio. (2009), "A Censura Chegou ao Supremo", *Folha de São Paulo*, 16 de dezembro de 2009. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/brasil/fc1612200908.htm>.

GIBSON, James L. (1983), "From Simplicity to Complexity: The Development of Theory in the Study of Judicial Behavior". *Political Behavior*, 5, 1: 7-49.

GILLMAN, Howard. (1999), "The Court as an Idea, not a Building (or a game): interpretive institutionalism and the analysis of Supreme Court Decision-Making", in C. W. Clayton & H. Gillman (eds.), *Supreme Court Decision-Making: new institutionalist approaches*, Chicago, The University of Chicago Press.

GINSBURG, Tom. (2003), *Judicial Review in New Democracies*. Cambridge, Cambridge University Press.

GRIFFIN, Stephen. (1998) *American Constitutionalism: From Theory to Politics*. Princeton, Princeton University Press.

KAHN, Paul. (1993), "Independence and Responsibility in the Judicial Role", in I. Stotzky (org.), *Transition to Democracy in Latin America: The Role of the Judiciary*, Boulder, Westview Press.

KELSEN, Hans. (2003), *Jurisdição Constitucional*. São Paulo, Martins Fontes.

KRIZER, Hebert; RICHARDS, Mark. (2005), "The Influence of Law in the Supreme Court's Search-and-Seizure Jurisprudence". *America Politics Research*, 33, 1: 33-55.

LANDES, William M.; POSNER, Richard. (2008). "Rational Judicial Behavior: A Statistical Study", *John M. Olin Law & Economics Working Paper Series*, University of Chicago Law School, n.404.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James; WAHLBECK, Paul. (2000), *Crafting Law on the Supreme Court: The Collegial Game*. Cambridge, Cambridge University Press.

NORTH, Douglass C (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. (2011), *Justiça, Profissionalismo e Política: O STF e o controle da constitucionalidade das leis no Brasil*. Rio de Janeiro, FGV.

POBREBINSCHI, Thamy. (2012), *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*. Rio de Janeiro, Elsevier.

PRIEST, George; KLEIN, Benjamin. (1984), "The Selection of Disputes for Litigation". *Journal of Legal Studies*, 13, 1: 1-55.

PRITCHETT, C. H. (1948), *The Roosevelt Court: A study in judicial politics and values, 1937-1947*. New York, Macmillan.

RIBEIRO, Leandro Molhano; ARGUELHES, Diego Werneck e PEIXOTO, Vitor Moraes (2009). "Levando a Decisão Judicial a Sério: Processo Decisório, Judiciário e Políticas Públicas". Trabalho apresentado no GT "Políticas Públicas" do 33º Encontro Anual da ANPOCS. Caxambu, Minas Gerais.

RIBEIRO, Leandro Molhano; OLIVEIRA, Fabiana Luci de. (2012), "Livros sobre o sistema de justiça no Brasil: um recorte de publicações resultantes de pesquisa empírica", in F. L. de Oliveira (org.), *Justiça em Foco: Estudos Empíricos*, Rio de Janeiro, FGV.

RICHARDS, Mark; KRITZER, Herbert. (2002), "Jurisprudential Regimes in Supreme Court Decision Making". *American Political Science Review*, 96, 2: 305-20.

SCHUBERT, Glendon (1963). "Judicial Attitudes and Voting Behavior: The 1961 Term of the United States Supreme Court". *Law and Contemporary Problems*, 28, 1: pp. 100-142.

SEGAL, Jeffrey; SPAETH, Harold. (2002), *The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited*. Cambridge, Cambridge University Press.

SEGAL, Jeffrey. (2011), "What's Law Got To Do With It: thoughts form 'The Realm of Political Science", in C. G. Geyh (ed.). *What's Law Go To Do With It? What judges do, why they do it, and what's at stake*, Stanford, Stanford University Press.

SCHAUER, Frederick. (2009), *Thinking Like a Lawyer*. Cambridge, Harvard University Press.

SMITH, Rogers M. (2008), "Historical Institutionalism and the Study of Law", in K. E. Whittington; R. D. Kelemen; G. A. Caldeira, *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford, Oxford University Press.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. (2012), *Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho*. Belo Horizonte: Fórum.

STONE SWEET, Alec. (2000), *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*. Oxford, Oxford University Press.

SPRIGSS II, James F. (2003), "The Attitudinal Model: an explanation of case dispositions, not substantive policy outcomes". *Law and Courts*, 31, 3: 23-26.

TAMANAH, Brian Z. (2010), *Beyond the Formalist-Realist Divide: the role of politics in judging*. Princeton, Princeton University Press.

TAYLOR, Matthew. (2007) "O Judiciário e as políticas públicas no Brasil", *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 50, 2: 229 a 257.

_____. (2008), *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford, Stanford University Press.

TAYLOR, Matthew; DA ROS, Luciano (2008). Os Partidos Dentro e Fora do Poder: A Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, 51, 4: 825 a 864.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo (2008). "A Constituição de 1988, Vinte Anos Depois: Suprema Corte e Ativismo Judicial à Brasileira". *Direito GV*, 4, 2:407-440.