

ISSN 1022-4057

Português

English

Español



ECONOMIC ANALYSIS OF LAW REVIEW

abde
Associação Brasileira
de Direito e Economia

 Universidade
Católica de Brasília


EDITORA
universa

www.ealr.com.br

Economic Analysis of Law Review

Preferências, Custos da Decisão e Normas Jurídicas no Processo Decisório das Cortes: o modelo de múltiplos comportamentos

Ricardo Ribeiro¹

Universidade Norte do Paraná - UNOPAR

RESUMO

Este artigo objetiva desenvolver um modelo formal alternativo de compreensão do processo decisório do Poder Judiciário nas Cortes Supremas. Diferentemente dos modelos tradicionais do Direito (modelo legal) e da Ciência Política (modelos atitudinal e estratégico), desenvolveu-se a hipótese de que, no processo decisório, múltiplos comportamentos podem ser observados, a depender da interação de três variáveis explicativas fundamentais: preferências políticas dos juízes, possibilidades interpretativas ditadas pelo arcabouço jurídico/institucional e custos da decisão envolvidos no julgamento do caso. Em conclusão, dez proposições foram construídas, de modo a procurar mapear os determinantes da decisão final da Corte.

Palavras-chave: Supremo Tribunal, Modelo de Múltiplos Comportamentos, Judiciário, Preferências.

JEL: K41.

ABSTRACT

This article aims to develop an alternative formal model of judicial policymaking in Supreme Courts. Differently from the mainstream approaches of Law (legal model) and Political Science (attitudinal, and strategic models), we developed the hypothesis that multiple behaviors could be observed as a function of three main explanatory variables: political preferences of judges, the limits of interpretations of rules, and decisions costs involved in the judgment of the case. As a conclusion, ten propositions about judicial policy process were developed as a way to map the determinants of a final Court decision.

Key words: Supreme Court, Multiple Behavior Model, Judiciary, Preferences.

R: 30/6/11 **A:** 16/9/11 **P:** 16/11/11

¹ Professor titular de Direito Administrativo na Universidade Norte do Paraná em Londrina/PR. O autor pode ser contatado no e-mail: lraribeiro@uol.com.br.

1. Introdução

A visão jurídica clássica assume que juízes decidem, exclusivamente, a partir de normas jurídicas. Os magistrados, portanto, seriam meros seguidores de um direito previamente dado e seus comportamentos seriam totalmente previsíveis, isto é, dedutíveis de normas positivadas *ex ante*.

Esse modelo de decisão, denominado aqui de **modelo legal em sentido forte**, influenciou gerações de juristas e ainda motiva inúmeras controvérsias dentro do meio jurídico. No seio dessas, está a crença de que existem, realmente, juízes que decidem questões jurídicas a partir de um direito previamente delimitado, sem que haja qualquer margem para decisões fundadas em preferências políticas ou em decisões de ordem política, social ou econômica.

Uma variante dessa visão alega, inclusive, que existem dois tipos de juízes: aqueles que seguem, estritamente, a lei, denominados, erroneamente, de positivistas, e aqueles que se permitem escapar de suas amarras em nome da busca da justiça ou de algum outro cânone “extrajurídico”, os quais, grosso modo, seriam designados como jusnaturalistas, neopositivistas ou, simplesmente, neojusnaturalistas.

A despeito dessas crenças arraigadas no mundo jurídico, a literatura em política judicial vem enfatizando, cada vez mais, o papel de variáveis estranhas ao direito na explicação do processo decisório do Poder Judiciário. Particularmente, já existem inúmeras pesquisas empíricas e modelos formais que se destinam a esclarecer o papel decisivo das estratégias e das preferências no processo decisório judicial.

Tais abordagens, entretanto, parecem ser insuficientes para explicar como as normas jurídicas afetam o cálculo decisório dos juízes. Ao privilegiarem preferências e estratégias, essas abordagens deixam de esclarecer como normas afetam a decisão judicial final ou, ainda, interagem com as estratégias e as preferências políticas dos atores envolvidos no processo de produção da decisão judicial.

No presente trabalho, procura-se fugir dessas abordagens parciais. Em lugar das mesmas, opta-se por construir um modelo formal de explicação do comportamento dos juízes que integre, conjuntamente, normas, cálculo decisório e preferências, como variáveis explicativas do comportamento judicial.

Esse modelo de explicação do comportamento dos juízes, denominado aqui de **modelo de múltiplos comportamentos**, tem como foco principal o estudo do processo decisório no ambiente das Cortes Constitucionais. Assim, embora possa vir a ser utilizado para investigar o comportamento dos juízes em várias instâncias do Poder Judiciário, suas proposições são mais adequadas ao ambiente daquelas, normalmente ocupadas com recursos e demandas de grande repercussão social, econômica ou política.

No Brasil, seria um modelo mais adequado à investigação do comportamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal ao julgarem ações diretas de inconstitucionalidade, e não dos juízes das instâncias inferiores (ex.: juízes federais, juízes de direito).²

² Há um intenso debate acerca da natureza das Cortes Constitucionais, principalmente as do modelo austríaco (cf.: Sweet, 2000). Se são consideradas corpos não-jurisditionais (ex.: legislativos), o termo magistrado ou juiz não seria o mais adequado para designar os agentes públicos que julgam os casos constitucionais. Não se pretende enfrentar esse debate no presente trabalho. Assim, os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou de qualquer outra Corte Constitucional serão designados como magistrados ou, simplesmente, juízes, embora decidam questões constitucionais.

Quanto à organização geral do trabalho, foi subdividido em três grandes momentos. Primeiramente, serão pontuadas as razões pelas quais o modelo legal tradicional não pode ser concebido como perspectiva explicativa do comportamento da magistratura nas Cortes Constitucionais, ao menos quando está em questão o julgamento de casos novos. Em seguida, serão resenhados os principais pontos dos modelos políticos de explicação do comportamento dos juízes, o atitudinal e o estratégico. Por fim, a partir de uma abordagem crítica, será apresentado um modelo formal alternativo, o modelo de múltiplos comportamentos.

2. Os modelos legais em sentido forte e em sentido fraco

O **modelo legal** é o modelo de explicação do comportamento da magistratura mais clássico dentre os conhecidos no sistema jurídico romano-germânico. Suas ideias deitam raízes na filosofia política dos séculos XVII e XVIII, especialmente nas obras de Locke e de Montesquieu, bem como nas escolas hermenêuticas do final do século XVIII e do início do século XIX.

A obra de Locke, nesse sentido, é um bom exemplo dos fundamentos do modelo legal tradicional. Para Locke (2002:70), ao saírem do estado de natureza, os homens resolvem transferir seus poderes de julgar e de punir a um órgão especializado, o Poder Legislativo. Esse teria a atribuição de emitir leis iguais e válidas para todos os homens e decidir os conflitos através de magistrados capazes de seguir, estritamente, as leis estabelecidas.

Montesquieu, por outro lado, foi ainda mais claro quanto ao papel do Poder Judiciário. Não só esse poder não poderia legislar, pois isso o faria “arbitrário” (Montesquieu, 1996:168), como também seria um Poder “nulo” (Montesquieu, 1996:172), dada sua natureza de, meramente, pôr em evidência o que já estaria positivado em lei – previsto em normas jurídicas previamente estatuídas pelo Poder Legislativo.

No sistema romano-germânico, a escola hermenêutica da exegese parece ter sido a mais radical no transplante dessa lógica geral para o campo da interpretação e da aplicação do direito.

Segundo seus autores, todo direito aplicado pelos juízes deveria ser deduzido do direito positivado sob a forma de leis. Procurava-se, então, interpretar o direito à luz da vontade original do legislador. Se houvesse qualquer ambiguidade ou incompletude da lei, isso não significaria uma autorização para julgar discricionariamente, mas um convite claro para que o intérprete deduzisse a norma do direito posto (Bobbio, 1995:83s.).

Dadas essas observações, o modelo legal tradicional vê a magistratura como um conjunto de servidores especializados dedicados à resolução de conflitos, exclusivamente, a partir de um direito positivo (ex.: Constituição, leis, resoluções, precedentes) considerado pré-existente, manifestado em normas previamente estabelecidas.

Nessa prática decisória, não haveria espaço para (1) **discricionariiedade judicial**, nem para (2) **criação judicial do direito**. O juiz sempre decidiria vinculado, totalmente, ao direito positivo, não havendo espaço para qualquer margem de liberdade judicial na apreciação dos significados atribuídos às normas jurídicas. O juiz, então, seria (3) **politicamente neutro**, dada a circunstância de, meramente, manifestar aquilo que está posto em documentos de caráter jurídico.

Assim concebido, o modelo legal, neste trabalho, será denominado de **modelo legal em sentido forte**.

Há muito, contudo, o modelo legal em sentido forte perdeu seu apelo junto à filosofia do direito. Os argumentos contrários ao mesmo são bem conhecidos, embora devam ser ressaltados em função de, ainda hoje, o modelo legal em sentido forte vigorar nas concepções e discursos de inúmeros operadores do Direito (ex.: advogados, juízes, promotores).

Em princípio, é preciso reconhecer que, raramente, a norma a ser interpretada e aplicada pelo juiz contém determinações detalhadas sobre como o magistrado deveria julgar ou não, pois as peculiaridades dos casos concretos julgados e a própria norma de direito positivo geram uma margem de livre apreciação.

Nesse sentido, indeterminações intencionais (expressamente estabelecidas pela norma) ou não intencionais (vaguidade e ambiguidade da norma) permitem que o juiz tenha certa discricionariedade para julgar (Kelsen, 1997:388). As normas, portanto, podem possibilitar múltiplas interpretações e, desse modo, não há uma só decisão correta, uma vez que **múltiplas decisões corretas** são possíveis (cf. Kelsen, 1997:391).

Portanto, a razão pela qual os juízes decidem não pode ser explicada por normas previamente estatuídas. Há a influência, sobre a decisão judicial, de fatores não previstos em direito positivo. Daí, dificilmente, juízes poderiam ser considerados neutros quanto aos valores morais e políticos, tendo em conta sua tarefa concreta de julgar por atos de vontade, competência não muito diferente da do legislador: “A tarefa que consiste em obter, a partir da lei, a única sentença justa (certa) ou o único ato administrativo correto é, no essencial, idêntica à tarefa de quem se proponha, nos quadros da Constituição, a criar as únicas leis justas (certas)” (Kelsen, 1997:393).

Nesse sentido, como as possibilidades de interpretação são diversificadas, não existem “**juízes legalistas**” em contraposição aos “**juízes progressistas**”, “**juízes neopositivistas**” ou “**juízes alternativistas**”, pois não há como admitirmos juízes fadados a seguir o direito positivo em seus estritos termos.

Portanto, nenhum juiz consegue ser extremamente legalista a ponto de não ser movido, em suas decisões, por razões de ordem moral ou política. Se juízes são progressistas, não o são por abandonarem o direito positivo, mas por terem preferências políticas progressistas; se juízes são conservadores, não o são por seguirem o direito positivo em sua literalidade, mas por terem preferências políticas conservadoras.

Chegamos, então, a um paradoxo: se o direito positivo não vincula, absolutamente, a decisão judicial, se não existe uma só decisão correta e se os juízes não são neutros, o que sobra do modelo legal em sentido forte, tal qual o definimos?

Em verdade, o modelo legal em sentido forte foi apenas uma tradição ideológica, resultante de paradigmas que permearam a interpretação do direito até meados do século XIX. O século XX, entretanto, a partir de positivismos mais modernos, como os de Kelsen e de Hart, do realismo jurídico norte-americano e das tradições retóricas, implodiu com o que restava desse modelo, embora a dogmática jurídica tradicional e os operadores do direito ainda o mencionem em suas práticas interpretativas.

Do teor dessas observações, um novo questionamento pode ser feito: se o modelo legal em sentido forte é inviável, seria ainda possível falar em um modelo legal revisto ou, por outras palavras, o direito positivo ainda teria algum papel em uma espécie de **modelo legal em sentido fraco**?

A resposta é positiva. O direito positivo continua a ter papel de relevo na aplicação do direito. Apenas, esse papel de relevo deve ser repensado sob outras bases.

Por ora, contudo, basta salientarmos um ponto consensual: uma das funções do direito positivo é limitar as possibilidades de interpretação e, conseqüentemente, de decisão dos juízes. Na linguagem da Ciência Política Positiva, isso quer dizer que arranjos institucionais delineados por normas limitam as escolhas daqueles que possuem o poder de decidir.

Em momentos excepcionais, contudo, podemos admitir a possibilidade de a norma apresentar uma só possibilidade decisória (uma única interpretação). Isso, entretanto, não é praxe, sendo **pouco provável que ocorra de maneira generalizada**, a julgar pelas divergências

interpretativas entre juízes pertencentes a uma mesma Corte e pelas alterações no entendimento jurisprudencial ao longo do tempo.³

Assim, existem razões suficientes para rejeitarmos uma vinculação absoluta aos cânones legais (modelo legal em sentido forte), mas, em certo sentido, pode-se aceitar o papel do direito positivo em novas bases, as de um **modelo legal em sentido fraco**. Seguem suas asserções principais:

- a) o direito positivo não é suficientemente determinado;
- b) dada essa indeterminação, juízes possuem uma discricionariedade decisória, **frente ao direito positivo**, na maior parte dos casos;
- c) se existe essa discricionariedade e o direito positivo não é capaz de vincular absolutamente o magistrado, a decisão final sobre qual interpretação irá prevalecer deve estar fundada em outros fatores não relacionados, estritamente, ao direito positivo;
- d) o modelo legal em sentido fraco, como definido aqui, não é um **modelo geral** de comportamento da magistratura no julgamento de **casos novos**, isto é, casos cuja questão central ainda não foi decidida por uma dada composição da Corte, pois, quando há discricionariedade, outros fatores irão explicar a escolha decisória final.

As razões pelas quais os itens **a**, **b** e **c** são pertinentes já foram abordadas acima. O item **d**, contudo, precisa de uma análise adicional.

O modelo legal em sentido fraco não pode ser considerado um modelo geral de explicação do comportamento da magistratura pelo simples fato de não ser capaz de fornecer qualquer explicação acerca de como os juízes decidem em questões novas, ainda não julgadas por uma dada composição de magistrados.

Para casos novos, ele somente explicaria, claramente, qual decisão seria tomada em situações nas quais há uma previsão normativa clara. Assim, embora o direito positivo seja importante para entender o porquê da decisão judicial, ele não é definitivo acerca de como se dá essa decisão judicial.

Que fatores explicariam, então, a escolha de uma decisão em detrimento de outra? Que ponderações “extrajurídicas” (não positivadas em normas) são feitas pelos juízes ao decidirem? Essas são questões não respondidas pelo modelo legal em sentido fraco. E nem poderiam ser, pois ele deve ser, apenas, entendido como uma tentativa de pôr em evidência que o direito positivo é importante, mas não definitivo na decisão, pois, com a ausência de vinculação absoluta ao ordenamento, magistrados ficam relativamente livres para se deixarem influenciar por outros fatores.

A própria existência de múltiplas possibilidades interpretativas favorece decisões pautadas em preferências das mais diversas ou, ainda, comportamentos sensíveis ao ambiente político. O próprio direito positivo, portanto, oferece incentivo a um comportamento político da magistratura.

Portanto, um modelo legal em sentido fraco, quando aplicado à explicação do processo decisório em casos novos, não é capaz de explicar toda a gama de possíveis comportamentos da magistratura. Ele somente é capaz de oferecer certa previsibilidade em torno de quantas preferências vão se formar no julgamento do caso, quantas possibilidades decisórias existem, a partir das múltiplas possibilidades interpretativas da norma. Em regra, ele não prediz como as decisões serão dadas, mas que possíveis decisões poderiam ser tomadas pelos magistrados, quantas e quais opções existem.

³ Em casos de pacificação jurisprudencial, quando o Tribunal firma uma posição majoritária, os juízes se veem “obrigados” a seguir uma decisão anterior de sua própria autoria ou da autoria de seus pares ou de um Tribunal Superior. Esse ponto será explicado ao fim deste trabalho. Mesmo assim, devemos levar em conta que as pacificações jurisprudenciais pressupõem uma divergência anterior, na qual fica evidente a multiplicidade interpretativa da norma.

Assim, o modelo legal em sentido fraco deve ser associado a um modelo mais abrangente, capaz de explicar o comportamento da magistratura, tendo em conta variáveis estranhas ao direito positivo.

Na literatura em política judicial, tal associação ainda não foi realizada, mas existem dois modelos fundamentais de explicação do processo decisório judicial já consolidados, o **atitudinal** e o **estratégico**, os quais passam a ser examinados a partir deste momento.

3. Atitudes e estratégias em decisões judiciais

Como vimos, o modelo legal em sentido forte não subsiste mais como mecanismo de explicação do comportamento da magistratura, e o próprio direito positivo dá abertura a comportamentos guiados por fatores “extrajurídicos” (não previstos em direito positivo).

Como modelos alternativos de explicação do processo decisório judicial, a literatura em política judicial apresenta duas outras perspectivas: a do modelo atitudinal e a do modelo estratégico.

Em comum, ambos são voltados ao comportamento político da magistratura em Cortes e assumem que essas não se limitam a, simplesmente, declarar, em suas decisões, aquilo que já está contido em norma jurídica, mas – longe disso – são verdadeiras agentes políticas que interpretam e aplicam normas à luz de suas preferências políticas. Assim, as decisões das Cortes não são estritamente técnicas, meros reflexos do direito positivo, mas são antes qualificáveis como políticas.

A diferença entre esses dois modelos, contudo, está no modo como encaram o papel dessas preferências em decisões judiciais.

No modelo atitudinal, as decisões judiciais são sempre vistas como manifestações de preferências políticas sinceras de cada Ministro (*Justice*) da Corte; no modelo estratégico, parte-se do pressuposto de que as Cortes não atuam em um ambiente político livre de restrições. Dessa forma, a depender das circunstâncias políticas, tanto a Corte poderia decidir de acordo com suas preferências políticas sinceras, quanto poderia reformular suas preferências interpretativas, para acomodá-las às preferências políticas dos atores políticos que geram restrições à Corte.

Mais precisamente, o modelo atitudinal entende que a Suprema Corte decide os casos de acordo com as atitudes e os valores dos Ministros, tomando por base os fatos que permeiam o caso. Portanto, nesse modelo, os fatos suscitados em um processo são interpretados à luz das preferências políticas dos magistrados. Essas preferências, por sua vez, são “mensuráveis” em uma espécie de escala, que iria de uma posição extremamente liberal (progressista) até uma visão extremamente conservadora (Segal & Spaeth, 2002:86).

Ao lado da ideia acima, o modelo atitudinal compartilha certas teses bem aceitas em teoria microeconômica. A primeira é a de que todo ator político é orientado por determinados objetivos. Dessa forma, quando precisa escolher um curso de ação entre um conjunto possível, termina por escolher aquele que irá maximizar seus objetivos. Assume-se que cada membro da Corte tenha como objetivo fazer valer suas preferências políticas e, assim, diante de um caso, o magistrado tomará a decisão que melhor faça valer suas crenças.

Além disso, as regras do jogo também interferem em decisões judiciais. O desenho institucional da Corte Americana, por exemplo, promoveria incentivos para que os magistrados possam decidir os casos pautados por suas preferências políticas sinceras. Os mandatos vitalícios, a inexistência de mecanismos de *accountability* eleitoral, o controle quase absoluto sobre a entrada dos

casos que serão julgados,⁴ entre outros, fazem com que os Ministros tenham ampla margem de discricionariedade para julgar casos sem terem que adequar suas visões às expectativas de outros atores políticos, como o Presidente e o Congresso Nacional.

Em razão disso, Segal e Spaeth (2002:96) acentuam que o modelo atitudinal não deve ser assumido como mecanismo explicativo de qualquer decisão da Corte, mas, unicamente, como uma tentativa de descrever e prever a “decisão de mérito” (*decision on the merits*), já que essa seria a única decisão na qual a Corte atuaria livre de limitações por parte de outros atores políticos.

Com isso, os autores não afastam a possibilidade de utilização do modelo atitudinal para a compreensão de outras decisões tomadas pela Corte. Muito pelo contrário, o modelo atitudinal assume que as preferências políticas são relevantes para explicar as decisões de natureza diversa das de mérito, embora outros fatores, que não preferências sinceras, também possam ser relevantes para a compreensão da decisão final.

Por outro lado, o **modelo estratégico** está centrado na assunção de que os Ministros são *players* (jogadores) que desenvolvem suas estratégias de comportamento à luz de suas próprias preferências. Assim, em suas decisões, **os juízes não seriam indiferentes à reação de outros atores políticos**, como o Congresso ou o Presidente da República.

Ao contrário, antecipando reações de outros atores, os Ministros poderiam defender posições hermenêuticas que iriam maximizar suas preferências políticas no futuro ou minimizar eventuais custos pessoais ou institucionais decorrentes da reação de outros atores a seus comportamentos, sejam eles juízes – “jogos dentro da Corte” (*games within the court*) –, sejam eles membros de outro poder – “jogos da separação de poderes” (*separation of powers games*).

Assim, as preferências pessoais dos Ministros, no modelo puro, são produzidas estrategicamente. Isto é, suas preferências, expressas em votos, não são preferências, necessariamente, sinceras,⁵ mas escolhas resultantes de um comportamento de maximização.

Assume-se, portanto, que Ministros não agem livremente ao votar, mas são constrangidos por outros atores políticos e suas preferências, então, são formadas para atender certas expectativas geradas em decorrência dessas interações (jogos). Suas escolhas, portanto, são interdependentes, isto é, as escolhas individuais são uma função das preferências de outros atores políticos (Epstein & Knight, 1998:12).

Obviamente que, para ser viável, esse modelo tem de assumir que os Ministros são capazes de não só prever o comportamento dos demais atores, como de analisar a conjuntura política em que a decisão será dada. Portanto, Ministros racionais são capazes de compreender os riscos enfrentados pela Corte e, para evitar prejuízos, defendem votos que os evitam.

Nos “jogos da separação de poderes”, a literatura norte-americana aponta para três principais riscos enfrentados pela Corte. O primeiro, de ver sua decisão ser parcial ou totalmente modificada pelo Poder Legislativo; o segundo, o risco de descumprimento da decisão judicial; o terceiro, o risco de sofrer algum tipo de impedimento político por órgãos dos demais poderes com prerrogativas, constitucionais ou não, para isso (Ginsburg, 2003:78s.). Nos “jogos dentro da Corte”, o principal risco é deixar de ser um voto condutor entre seus pares (Epstein & Knight, 1998:13).

⁴ Nos Estados Unidos, a Corte Suprema decide com total liberdade se irá ou não conhecer de um recurso, salvo uma exceção: recurso que está questionando decisão de Cortes eleitorais compostas por três juízes (*appeal as a matter of right*) (Epstein & Knight, 1998:26).

⁵ Por “não são preferências, necessariamente, sinceras”, queremos dizer que as preferências políticas, expressas em votos, podem ser sinceras ou não, para o modelo estratégico.

Assim, em suma, o modelo estratégico assume três ideias centrais: (1) todo Ministro maximiza suas próprias preferências políticas ao julgar; (2) nesse processo, procura agir estrategicamente para garantir que suas preferências irão prevalecer dentro de um quadro limitado de ação; e (3) esses limites são ditados pela interação com outros atores políticos ou por limites decorrentes dos desenhos institucionais.

Com relação ao **ponto 1**, existem evidências empíricas advindas da literatura norte-americana que sugerem, de maneira firme, que não é absurdo entender que Ministros buscam preservar suas preferências políticas.

Por exemplo, como a Corte Norte-Americana, diante de *writ of certiorari*,⁶ tem a prerrogativa de decidir ouvir, ou não, o caso livremente, a tendência da Corte Suprema é somente limitar-se a receber o recurso quando deseja reformar a decisão da Corte inferior.

Para que o caso seja ouvido, quatro Ministros, no mínimo, devem entender que o recurso merece ser recebido. Assim, diante da natureza do recurso, pode-se ver que, em regra, os Ministros somente resolvem ouvir os casos se eles desejam vê-los reformados por não concordarem, ideologicamente, com a decisão da Corte recorrida.

Em suporte a essa tese, Epstein e Knight (1998:27-51) descobriram que, entre 1953 e 1994, 61.3% de 6.152 casos foram reformados pela Corte. Também Perry (1991), após entrevistas com Ministros da Suprema Corte e seus assessores, confirmou a ideia básica relativa ao ponto 1, qual seja, a de que os Ministros são atores que querem fazer valer suas preferências políticas.

Existem, ainda, inúmeras evidências empíricas relativas ao **ponto 2**. A interação estratégica entre os Ministros e entre esses e atores externos foi fartamente documentada por Epstein e Knight (1998:57s.). Exemplos desse agir estratégico podem ser suscitados, tais quais: comunicados por escrito, de um Ministro a outro, sugerindo alterações nos votos como condição para eventual apoio no pleno (barganha); alegação de questões de ordem processual (manipulação da agenda) com o fim de evitar o julgamento de mérito, entre outros.

Limites institucionais, trazidos por regras formais ou não, também podem ser fatores que induzem comportamentos estratégicos. Observe, como exemplo, a “Regra dos Quatro” (*Rule of Four*), para que um *writ of certiorari* seja aceito pela Suprema Corte Norte-Americana: caso um Ministro deseje que um determinado caso seja ouvido pela Corte, deverá envidar esforços – talvez via barganha – para ganhar adesão de outros três, com o objetivo de atingir o quórum mínimo para que se possa “ouvir” o caso (Epstein & Knight, 1998:121).

Por fim, deve-se fazer menção ao fato de que o modelo estratégico assume que o comportamento da Corte está eivado de limites ditados pela ação de atores políticos internos (os próprios Ministros) ou externos.

Os atores internos limitam a atuação da Corte na medida em que as decisões são colegiadas. Como vimos, Ministros que desejam qualificar seus votos como condutores devem ser capazes de interagir com outros Ministros, em espaços públicos ou não, com o intuito de angariar apoio. No limite, é possível que as preferências políticas de um Ministro mudem para acomodar visões de outros. Assim, essas mudanças de preferências podem ser vistas, tranquilamente, como uma manifestação de voto sofisticado, o que nos leva, mais uma vez, à conclusão de que o comportamento estratégico é bem possível.

⁶ O *writ of certiorari* nada mais é que um recurso no qual uma das partes requer, à Suprema Corte Norte-Americana, que ela “ouça” ou “informe-se” sobre o caso para, eventualmente, reformar a decisão da Corte inferior. Nesses casos, há liberdade absoluta para receber o recurso ou não (Epstein & Knight, 1998:26).

A questão final, agora, centra-se na possibilidade ou não de interação estratégica da Corte com atores externos. Na ciência política norte-americana, boa parte do debate contemporâneo acerca dos modelos atitudinal e estratégico está fundada em análise quantitativa do comportamento das Cortes, ao decidir o mérito dos recursos, de sorte que qualquer boa abordagem do tema terá que, necessariamente, dialogar com as diferentes abordagens quantitativas utilizadas pelos autores de ambas as versões.

Para que isso seja possível, devemos, por meio de modelos empiricamente verificáveis, analisar que diferentes previsões ambos os modelos originam.

Uma maneira relativamente simples de fazer isso é utilizar-se do **modelo de mudança de regime**, originalmente desenvolvido por Brian Marks, ampliado por Spiller e Gely e, frequentemente, utilizado em toda a literatura em política judicial para explicar as diferenças entre o modelo atitudinal e o modelo estratégico (cf. Bergara, Richman & Spiller, 2002:4s.; Segal & Spaeth, 2002:333s.; Segal, 1997:29s.).

Em primeiro lugar, imagine a figura abaixo como uma espécie de representação das preferências ideológicas da Corte e dos demais atores políticos relevantes, as quais iriam do extremo conservadorismo (lado esquerdo da escala) até as posições extremamente liberais (lado direito da escala). Nessa representação, as linhas verticais significam pontos da escala ideológica que são defendidos pelos atores supracitados:



Figura 1

A partir desse desenho inicial, assume-se que a Corte poderia decidir em qualquer ponto dessa escala. Para ser mais simples, imagine que essa escala vai de 0 a 100, na qual uma decisão 0 da Corte significa uma decisão extremamente conservadora, enquanto uma decisão 100 significa uma decisão extremamente liberal. Uma decisão no ponto 70 da escala significaria uma decisão tendente ao liberalismo, enquanto uma decisão no ponto 40 significaria uma decisão tendente ao conservadorismo.

Dado isso, assumamos que qualquer decisão da Corte poderia ser representada, ideologicamente, por um **ponto ideal** nessa escala, que irá de 0 a 100. Uma decisão no ponto 5, então, significaria que a Corte escolheu uma interpretação que, ideologicamente, poderia ser representada como extremamente conservadora, pois está muito próxima a 0, o máximo de conservadorismo possível.

Tornando agora um pouco mais complexa, essa representação (**figura 2**), iremos simbolizar com as letras **C**, **CD** e **S**, a Corte e dois outros atores políticos relevantes, a Câmara dos Deputados e o Senado, e colocá-los na reta, representando suas próprias posições ideológicas acerca de um dado caso.

De acordo com o **modelo atitudinal**, não importa quais sejam as preferências ideológicas dos atores políticos relevantes, a Corte sempre irá decidir de acordo com suas convicções ideológicas. Isso significa dizer que, se a Corte preferir uma decisão extremamente liberal, como a que decidiria no ponto 90 da escala, irá optar por 90, não importando o que os atores políticos defendam acerca de como decidir o caso em análise, pois a Corte irá julgar um caso de acordo com suas **preferências políticas sinceras**.

Assim, dada uma questão, na qual a Corte, **C**, quer decidir de maneira conservadora (ponto 30) e a Câmara, **CD**, e o Senado, **S**, prefeririam decisões mais liberais (pontos 70 e 90, respectivamente), poderemos prever que a Corte tomará uma decisão mais conservadora, isto é, dará uma decisão no ponto 30 da escala ideológica, pois, no modelo atitudinal, a Corte não age de maneira sofisticada, para atender às expectativas dos órgãos legislativos. Se a Corte quer decidir no ponto 30, irá decidir no ponto 30, não importando que outros atores políticos tenham interesse nesse processo de interpretação e aplicação dos textos normativos:



Figura 2

No **modelo estratégico**, entretanto, a ótica é outra. Assume-se que a Corte **vota de maneira sofisticada**, isto é, embora suas preferências sinceras sejam a decisão que reflete, ideologicamente, o ponto 30, irá alterar suas preferências sinceras, para atender às demandas ideológicas da Câmara dos Deputados e do Senado. Ao fazer isso, passaria a votar no ponto 70, pois seria o ponto de menor risco para ela e o mais próximo de suas preferências originais (ponto 30).

Uma pergunta, então, sobressai da explicação: por que o ponto 70 é o de menor risco? A resposta a essa pergunta exige que discutamos três situações possíveis, nas quais a estratégia decisória da Corte iria variar. Essas situações são denominadas pela literatura de **regimes**, e cada um deles representa uma circunstância na qual a Corte poderá agir de maneira livre ou limitada.

A primeira situação, indicada na **figura 3**, modela decisões sob **regime 1** e pode ser descrita como aquela em que a Corte, **C**, prefere uma decisão que, ideologicamente, é mais conservadora que as decisões dos outros dois atores políticos relevantes, Câmara dos Deputados, **CD**, e Senado, **S**:



Figura 3

Em casos como esses, a Corte gostaria que sua decisão fosse no ponto 30, mas os demais atores preferem decisões nos pontos 70 e 90. Como, para o modelo estratégico, a Corte teme que uma decisão tão distanciada das preferências dos demais atores possa gerar os riscos já mencionados, prefere dar uma decisão que ela saiba que não irá causar problemas políticos junto aos demais atores, ao invés de decidir sinceramente.

Ora, decisões que minimizem os problemas políticos entre os atores relevantes são aquelas que estão entre os pontos 70 e 90 ou, representadas de outra forma, são aquelas que estão entre os pontos {CD, S}, denominados, comumente, de **conjunto de Pareto** (*Pareto set*), **conjunto do ganho** (*win set*) ou, ainda, **conjunto das decisões irreversíveis** (*set of irreversible decisions*). Decisões nesses pontos minimizam as probabilidades de problemas políticos com outros atores, pois são decisões que, de alguma forma, satisfazem as preferências dos demais atores políticos.

Por outro lado, as preferências sinceras da Corte estariam à esquerda do *win set* e, certamente, isso gera problemas, pois, se a Corte resolver votar sinceramente, estará correndo risco de **desobediência a sua decisão, superação** ou mesmo **retaliação política**, sob a forma de *impeachment*, por exemplo.

Para evitar esses riscos e decidir o mais próximo possível de suas preferências originais, a Corte prefere mudar seu entendimento, decidindo dentro do *win set*, e, ao mesmo tempo, o mais próximo possível de suas preferências originais. Em nosso exemplo, o modelo estratégico iria prever que a Corte, embora preferisse, sinceramente, decidir no ponto ideal 30, optaria pelo ponto 70, pois é o ponto que, ao mesmo tempo, está no intervalo das preferências da Câmara dos Deputados e do Senado e está o mais próximo possível do ponto 30.

Em decisões sob **regime 2** (figura 4), por outro lado, a Corte enfrenta uma situação diversa, pois preferiria tomar decisões que, ideologicamente, seriam mais liberais que as decisões dos atores políticos relevantes:



Figura 4

Em casos como esses, a decisão estratégica a ser tomada é, mais uma vez, escolher uma decisão que esteja no espaço ideológico {CD, S} e que, ao mesmo tempo, seja a mais próxima possível das preferências sinceras da Corte. Em nosso exemplo, a Corte irá escolher a decisão do ponto 90, pois está dentro do espaço {CD, S} e configura-se no valor mais próximo ao ponto 95, o que, justamente, reflete suas preferências sinceras.

Por fim, o **regime 3** dá-se quando a opinião sincera da Corte coincide com o espaço ideológico {CD, S}.

Em situações como essas, a Corte fica livre para votar de acordo com suas próprias convicções, isto é, a Corte vota de acordo com suas preferências sinceras. Portanto, a previsão do regime 3 coincide com a do modelo atitudinal, já que comportamentos sinceros são possíveis (Bergara, Richman & Spiller, 2002: 5). O exemplo abaixo ilustra a ideia:

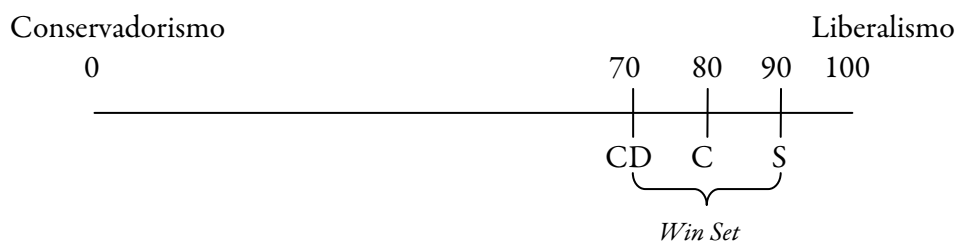


Figura 5

Vemos assim que a **figura 5** apresenta uma situação na qual a opinião sincera da Corte está no espaço ideológico {CD, S}. Nessa circunstância, fica livre para votar de acordo com suas preferências políticas, já que não existiriam riscos, seja de ver sua decisão, direta ou indiretamente, vencida, seja de sofrer algum tipo de retaliação política. Na **figura 5**, a Corte votará no ponto 80.

Observando atentamente as figuras, percebemos que a abordagem acima é um modelo muito simples de como Cortes decidiriam estrategicamente. De fato, em situações concretas, talvez se tenha que aumentar o número de atores envolvidos nos jogos da separação de poderes, com o intuito de dar uma feição mais realista ao modelo.

Segal (1997:36s.) e Segal e Spaeth (2002:252s.), por exemplo, fazem isso e incluem, no espaço ideológico, muitos outros atores, como diferentes Comissões da Câmara e do Senado norte-americanos, para testar o quão realista é o modelo estratégico. Essa abordagem, entretanto, não será feita aqui, pois envolveria um pouco mais de matemática e somente complicaria a compreensão do modelo estratégico.

Um ponto, entretanto, precisa ser levantado: quanto maior o número de atores envolvidos nos jogos da separação de poderes, menor a probabilidade de superação da decisão pelo Parlamento, uma vez que o *set of irreversible decisions* aumenta consideravelmente (Segal, 1998:923).

Esse resultado é quase intuitivo, pois é fácil observar que a diversidade de atores e de preferências envolvidas em um processo dificulta uma ação entre os grupos, criando um **problema de coordenação**.

A representação abaixo e os correspondentes comentários podem esclarecer melhor:

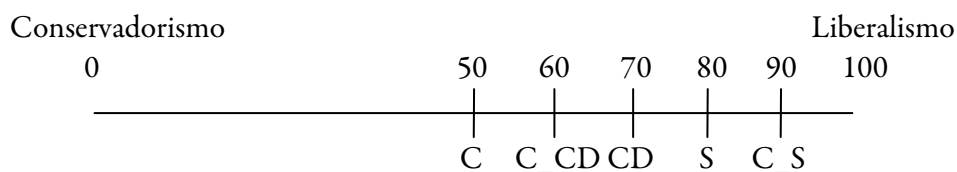


Figura 6

A **figura 6** reproduz o esquema geral utilizado acima. Há, entretanto, diferenças consideráveis. Dois novos atores foram incluídos: uma Comissão da Câmara dos Deputados (**C_CD**) e uma Comissão do Senado (**C_S**).

Ora, para que a Corte seja obrigada a agir estrategicamente, teremos que nos deparar com uma situação de regime 1 ou de regime 2. Nesse caso, a inclusão de novos atores no modelo amplia o custo para que o Senado e a Câmara dos Deputados reajam contra a Corte. Vejamos, portanto, que a condição para que a superação da decisão ocorra depende de uma ação coordenada das Comissões e dos órgãos Plenários.

A Comissão do Senado, por exemplo, poderia ter todo o interesse no *impeachment* de um membro da Corte, muito embora o Pleno do mesmo, em si, não estivesse interessado em uma medida tão extrema, mas na simples modificação da decisão da Corte.

Se acrescentássemos variáveis institucionais nesse modelo, ficaria ainda mais difícil imaginar uma coordenação de interesses apta a superar a decisão da Corte.

No Brasil, por exemplo, o Presidente pode estar alinhado às preferências da Corte e, assim, poderia vetar um projeto de lei do Congresso Nacional cuja intenção fosse promover a retaliação a uma decisão da Corte, mesmo após toda a dificuldade inicial, para que houvesse uma coordenação das preferências. Se isso ocorresse, o veto somente poderia ser superado pela maioria absoluta do Congresso Nacional em sessão conjunta (art. 66, §4º, da Constituição Federal), o que dificultaria, sobremaneira, o império da ação legislativa original.

Portanto, o maior número de atores aumenta os problemas de coordenação, fazendo com que a probabilidade de modificação do *status quo* seja menor. Isso é, realmente, positivo para a Corte, pois ela poderá ter maior margem para decidir de acordo com suas preferências sinceras, sem que haja risco de reversão da mesma pelo Poder Legislativo.

Como podemos observar, essa nota final lança sérias dúvidas quanto à pertinência ou não de um modelo estratégico de comportamento da magistratura.

Por outro lado, o modelo atitudinal também sofre reservas, já que se limita a explicar o comportamento dos Ministros a partir das preferências dos mesmos, sem levar em consideração outras variáveis igualmente relevantes.

Para que possamos compreender esse ponto, contudo, algumas observações devem ser feitas sobre a própria estratégia de construção do modelo atitudinal.

Inicialmente, cabe ressaltar que as preferências, no modelo ideal, são mensuradas a partir dos **escores Segal-Cover** (*Segal-Cover scores*). A função dos mesmos é atribuir valores numéricos aos magistrados que possam ser capazes de medir, em maior ou menor grau, suas preferências ideológicas. Os detalhes da construção dos escores Segal-Cover estão fora de questão, para nosso propósito, mas devemos ressaltar que tais escores são construídos a partir de editoriais de jornais.

Nos Estados Unidos, é fato comum, na imprensa, que os jornais deem ampla cobertura ao processo de indicação dos novos Ministros pelo Presidente da República. Após a indicação, jornalistas debatem acerca da posição ideológica dos possíveis futuros Ministros, se liberais ou conservadoras. Um Ministro, por exemplo, que se tenha declarado favorável ao aborto seria julgado como liberal, enquanto um que se tenha declarado contrário ao mesmo seria julgado como conservador. A partir de uma análise de conteúdo desses editoriais, a opinião dos Ministros é convertida em medidas capazes de captar o grau de liberalismo ou conservadorismo dos Ministros, de sorte a ordená-los em uma linha ideológica que vai de um extremo a outro.

Originalmente, esses escores vão do valor -1 até o valor $+1$. Se, por exemplo, um Ministro receber o valor $+1$, isso significa dizer: “esse Ministro é extremamente liberal”. Espera-se que ele tenha uma posição liberal em todos os casos em que ele venha a decidir. Se receber o valor -1 , a lógica inverte-se: “o Ministro é extremamente conservador”, logo deverá decidir de maneira conservadora em todos seus casos. Se alguém é rotulado com o escore $+0.8$, significa que é muito liberal, já que 0.8 está próximo de $+1$. Dessa forma, espera-se que esse Ministro vote de modo liberal na maioria de seus casos.

O grande problema dessa forma de mensurar ideologia está no fato de que os editoriais somente avaliam a visão dos Ministros acerca dos temas relacionados diretamente aos direitos civis (ex.: pena de morte, aborto, prisão). Os escores Segal-Cover, portanto, não servem para mensurar as preferências ideológicas dos magistrados em casos envolvendo outras temáticas, tais quais: regulação, intervenção econômica, tributos.

Do ponto de vista prático, quer dizer que esses escores não têm qualquer poder de prever comportamentos nesses outros temas (Epstein & Mershon, 1996:270). Por princípio, somente podem ser usados para mensurar preferências ideológicas em casos concretos que envolvam proteção aos direitos civis.

Também deve ser acrescentado que o escore mensura muito indiretamente as preferências dos Ministros, pois os dados baseiam-se em meras opiniões de terceiros e não nos votos dos mesmos. Uma tentativa de superar essa limitação foi realizada por Segal (1997:36), que desenvolveu um mecanismo de mensuração a partir dos votos de cada Ministro durante períodos pré-determinados.

Essa abordagem, denominada de **mensuração por escores constitucionais**, teria a vantagem de ser aplicável à análise de casos não diretamente relacionados aos direitos civis. Teria, todavia, como grande desvantagem, o fato de não ser uma medida independente das decisões tomadas pela Corte (Epstein & Mershon, 1996:262), pois se mensuram preferências da Corte a partir de decisões da própria Corte.

Além disso, o modelo atitudinal é extremamente limitado, ao afirmar que as decisões judiciais seriam determinadas por concepções ideológicas à luz dos fatos que envolvem o caso concreto. Isso excluiria toda uma gama de possíveis alterações comportamentais da Corte que poderiam ser explicadas por variáveis políticas, sociais ou econômicas.

Essa constatação termina por refletir-se nos modelos estatísticos construídos pelos atitudinalistas. Ao invés de procurarem construir modelos que combinem variáveis políticas e ideológicas, os atitudinalistas preocupam-se em construir modelos que possam rejeitar o modelo dos jogos da separação de poderes, apenas um dos possíveis comportamentos políticos de uma Corte.

A rejeição do modelo estratégico, na versão jogos da separação dos poderes, entretanto, não é suficiente para afastar o modelo estratégico em geral. Já existem, inclusive, dados consistentes que indicam que a ação estratégica permeia boa parte do trâmite dos processos em Cortes – “jogos dentro da Corte” (Epstein & Knight, 1998; Perry, 1991) – e não há razão para crermos que variáveis políticas, sociais ou econômicas, bem diferentes das preconizadas pelo modelo dos jogos da separação de poderes, não poderiam levar à alteração das preferências, de sorte a podermos constatar diferentes cálculos decisórios no âmbito da decisão de mérito.

Essa última observação abre boa oportunidade para discussão acerca do modelo estratégico dos jogos da separação dos poderes. Em geral, os adeptos do modelo estratégico limitam-se a discutir variáveis que comprovariam, simplesmente, como a Corte estaria “atenada” com as preferências do Congresso. A suposição por trás dessa assunção, todavia, parece irreal por três razões.

A primeira delas reside no fato de atribuir-se à Corte uma espécie de receio do Poder Legislativo, como se esse estivesse, a todo tempo, pronto para reverter as decisões da Corte ou mesmo punir, politicamente, seus Ministros por desrespeito as suas preferências. Tal receio poderia ser estendido, também, a outras autoridades. Por exemplo, modelos do tipo jogos da separação de poderes podem, facilmente, ampliar suas conjecturas iniciais para atribuir à Corte o receio de que essa seja punida, politicamente, pelo Presidente. Situações como essas, todavia, não constituem acontecimentos plausíveis.

Nos Estados Unidos, situações de fundado receio de *impeachment* ou de outra sanção política ocorreram em caráter excepcional, tais quais durante o caso Marbury versus Madison e no plano Roosevelt. Na Argentina, quatro dos cinco Ministros da Suprema Corte sofreram *impeachment* durante o primeiro governo de Perón (Iaryczower, Spiller & Tommasi, 2002:702).

Em comum, todas essas situações foram ensejadas pela conjuntura política da época, motivada por regimes de exceção ou situações de crise política grave – fatores excepcionais. Dessa forma, a Corte somente parece estar estrangida pelo risco do *impeachment* e de sanções políticas em casos excepcionais, os quais não ocorrem, comumente, em democracias contemporâneas consolidadas.

Isso também é válido para a realidade brasileira atual. O julgamento dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, que poderia levá-los ao *impeachment*, depende do processamento e do julgamento pelo Senado Federal (art. 52, II, da Constituição Federal). A previsão de julgamento por quórum de 2/3, na prática, termina por dificultar, imensamente, a punição do magistrado. Isso sem contar com o fato de que o processo somente estaria autorizado nos casos de crime de responsabilidade. Ou seja: para que o Ministro fosse punido, teria de haver enquadramento do comportamento no conceito de crime de responsabilidade. Do contrário, a decisão do Senado por impedir um Ministro do STF poderia estar sujeita à revisão pelo próprio STF.

Evidências concretas, também, demonstram o contrário. As decisões sucessivas do STF no caso José Dirceu foram frontalmente contrárias às expectativas de grande parte dos parlamentares do Congresso, e até da pressão da própria opinião pública.

No Mandado de Segurança nº 25.647 (2005), o Supremo Tribunal Federal concedeu, parcialmente, liminar para assegurar a supressão da leitura do depoimento de uma das testemunhas de acusação, quando da sessão de cassação do, à época, Deputado Federal José Dirceu.⁷ Obviamente, a decisão do STF foi interpretada pela imprensa e pelos parlamentares como uma intromissão indevida do Poder Judiciário na autonomia do Legislativo. Apesar disso, a decisão final do Supremo Tribunal Federal foi salvaguardada e nenhum questionamento adicional ou afronta à mesma foram suscitados.

O mesmo problema ocorreu com a edição da Súmula Vinculante nº 13, que trata da vedação ao nepotismo: quando de sua edição, inúmeras vozes do Parlamento levantaram-se, acusando o Supremo Tribunal Federal de estar legislando, para além dos poderes que lhe foram concedidos pela Emenda Constitucional nº 45. As críticas ou o receio de ferir interesses do Parlamento, todavia, parecem não haver orientado o processo decisório dessa Corte.

Outro suposto irreal é o de que o Poder Legislativo constantemente deita suas atenções para o trabalho da Corte. É como se o monitoramento e a eventual sanção à Suprema Corte estivessem entre os diversos pontos de uma agenda legislativa. Não se crê, entretanto, que isso seja assim tão simples. No Brasil, por exemplo, o monitoramento concreto do Judiciário não parece estar na agenda do Poder Legislativo, salvo em casos excepcionais de ampla repercussão coletiva.⁸

Isso não deve causar nenhuma estranheza. Em geral, no universo do movimento processual, as questões decididas pelo Judiciário são de repercussão política limitada, de forma que, dificilmente, chamariam a atenção do Congresso Nacional constantemente.

Deve-se assumir, portanto, que **somente fatos políticos de ampla visibilidade e/ou a lesão direta aos interesses dos Deputados e dos Senadores** poderiam ser capazes de chamar a atenção do Legislativo e, eventualmente, desencadear um “jogo”, em que uma interação entre o Legislativo e o Supremo Tribunal Federal poderia ser visualizada.⁹ Por outras palavras, tais situações são excepcionais no universo dos casos julgados.

4. O modelo de múltiplos comportamentos: assunções sobre o regime político e modelo básico

O tópico anterior pôs em relevo algumas objeções aos modelos atitudinal e estratégico. Neste momento, apresentaremos um modelo formal alternativo que, de certa forma, procura superar as limitações apontadas. Começaremos, inicialmente, pelo modelo formal básico e, a partir de então,

⁷ A decisão do STF data de 30 de novembro de 2005.

⁸ O exemplo típico disso fora a CPI do Poder Judiciário, a qual avaliou inúmeras denúncias de irregularidades da atuação desse Poder nas mais diversas localidades do Brasil.

⁹ Deve-se acentuar que o modelo dos jogos da separação de poderes é utilizado para investigar momentos em que os Tribunais decidem uma questão no âmbito da jurisdição ordinária (*statutory cases*). Nos casos constitucionais (*constitutional cases*), entretanto, torna-se mais difícil haver jogos, pois o Congresso somente poderia reverter decisões da Corte por meio de emendas constitucionais, e essas últimas exigem supermaiorias para sua aprovação. Contudo, na literatura recente, existem evidências de que a Corte é sensível a situações políticas adversas, de modo que, em momentos de possível enfrentamento político com os Poderes Executivo e Legislativo, tende a recuar, declarando menos a inconstitucionalidade de normas. Essa abordagem foi denominada de modelo da manutenção institucional (*institutional maintenance model*). Nesse sentido, cf. Segal, Westerland e Lindquist (2011), os quais encontraram evidências estatísticas da plausibilidade deste modelo, enquanto obtiveram rejeição estatística dos jogos da separação de poderes. Observe-se que tais resultados empíricos, embora não formalizados pelos autores em um modelo espacial, são relativamente consistentes com a abordagem acima.

iremos agregando variáveis ou alterando seus valores, de modo a traçar hipóteses de atuação das Cortes no âmbito de seu processo decisório.

Para os fins deste trabalho, o **modelo básico** aplica-se ao exercício da jurisdição constitucional abstrata e assume que a Corte tomará suas decisões em um regime político relativamente estável, de uma poliarquia ou democracia eleitoral consolidada (cf. Dahl, 1997; Lijphart, 2003; O'Donnell, 2000), na qual há grandes incentivos para que a disputa política se dê, essencialmente, no jogo eleitoral e nos espaços demarcados pelo direito.

Nesse ambiente, as eleições são limpas, existem, ao menos, dois partidos políticos em polos opostos (oposição e situação) e os cidadãos adultos podem votar livremente, sem critérios que limitem o direito ao voto em razão de cor, sexo, renda, etnia, religião ou opção sexual.

Existem, ainda, instituições que asseguram o direito à liberdade de informação e de imprensa e a crítica pública ao governo é considerada legítima e sociopoliticamente tolerada. Cidadãos, atores políticos e imprensa, de modo geral, podem exercer o direito de criticar autoridades públicas, sem que isso traga riscos as suas integridades pessoais.

No modelo básico, os magistrados ou Ministros de Cortes são considerados atores racionais e, como tais, fazem escolhas que asseguram os maiores *payoffs*. De uma maneira geral, procurarão valer suas preferências na decisão final de um dado Tribunal. Assim, em seu dia a dia forense, tomarão decisões da forma que melhor convenha as suas preferências.

Assume-se, também, que a decisão não corre o risco de gerar impactos negativos. Assim, os magistrados, a princípio, somente se preocupam com suas preferências e não são sensíveis aos custos políticos, sociais e econômicos de suas decisões.

As **restrições institucionais**, entretanto, são significativas. É que o modelo, ao tempo em que rejeita a influência de um modelo legal forte, aceita o papel de um modelo legal fraco. Isso significa que determinadas circunstâncias podem levar os magistrados a, em maior ou menor grau, se afastarem de suas preferências sinceras, pois não poderão decidir de acordo com as mesmas, mas, apenas, no espaço interpretativo determinado por limites impostos pelas normas jurídicas.

Ainda, a Corte deve deliberar, somente, sobre a questão controvertida que fora submetida pelos atores legitimados para ajuizar ações ou interpor recursos. Se, por exemplo, um Governador ajuíza ação para discutir a constitucionalidade de uma política de ação afirmativa para negros nas universidades, a Corte não pode tomar decisões, nessa ação, sobre temáticas relacionadas com a constitucionalidade de políticas de ação afirmativa para mulheres nas eleições.

Diante desse quadro normativo, o modelo assume que a Corte não estará totalmente livre para decidir de acordo com suas preferências, pois a Corte não possui poder de decidir em um espaço ideológico contínuo, mas, no máximo, em pontos específicos de um espaço ideológico contínuo, pois, como as normas operam limites às interpretações, a Corte não cria ou fixa suas preferências dentro de qualquer ponto do espaço ideológico. Ao contrário, como o quadro normativo limita a quantidade de interpretações, as preferências dos atores políticos giram em torno das interpretações que a norma possibilita, não havendo, assim, liberdade de decisão ilimitada.

Qualquer análise realista, portanto, deve levar em consideração que os **magistrados operam em um quadro hermenêutico limitado**, pois, como as normas limitam a interpretação, as preferências reveladas em uma decisão nem sempre representam as preferências sinceras do magistrado, mas, apenas, preferências possíveis, diante dos limites impostos pelas normas jurídicas.¹⁰

¹⁰ As preferências sinceras são as em que a Corte, realmente, acredita; as preferências reveladas são aquelas que a Corte apresenta em suas decisões, sendo condicionadas pelos limites à interpretação impostos pelas normas jurídicas.

Daí porque, em geral, qualquer medida estatística do quão liberal ou quão conservadora é uma Corte não representará, necessariamente, as preferências sinceras da mesma, mas preferências normativas reveladas, as quais, por sua vez, poderão refletir preferências sinceras ou, simplesmente, escolhas das interpretações mais próximas possíveis da posição ideológica sincera da Corte, dados os limites à interpretação impostos pelas normas jurídicas.

Se, por exemplo, a Corte foi chamada a decidir a constitucionalidade de uma lei que autoriza o aborto de fetos com deficiência física grave até o segundo mês de gravidez e a posição sincera da Corte é favorável ao aborto em condições irrestritas até o terceiro mês, haveria duas possibilidades interpretativas: declarar constitucional a lei ou declará-la inconstitucional.

Ora, a preferência sincera da Corte seria optar pela constitucionalidade do aborto em qualquer circunstância até o terceiro mês, entretanto o que está em discussão não é o aborto em qualquer circunstância, mas o aborto de fetos com deficiência física grave até o segundo mês e, por limitações normativas, a Corte não pode ampliar essa discussão a ponto de decidir pelo aborto irrestrito até o terceiro mês.

Assim, a Corte irá decidir a questão pela possibilidade do aborto nessa dada circunstância, entretanto a preferência revelada – votar favoravelmente pelo direito ao aborto de fetos com deficiência grave até o segundo mês de gravidez – expressará sua posição diante daquele caso, ocultando a amplitude da preferência sincera da Corte – votar pela concessão do aborto irrestrito até o terceiro mês de gravidez. Por outras palavras: **a preferência revelada indicará, aproximadamente, a preferência sincera da Corte.**

A situação poderia, entretanto, ser diferente: se estivesse em discussão uma lei que autorizou o aborto em qualquer caso até o terceiro mês de gravidez, a Corte poderia decidir pela constitucionalidade da norma e, nesse caso, a preferência revelada coincidiria com a sincera.

Em suma: ao decidir casos, a Corte pode **revelar preferências sinceras** ou, apenas, **preferências as mais próximas possíveis das preferências sinceras**, dada a existência de limitações normativas à amplitude da discussão. Dessa forma, resulta melhor a representação gráfica do espaço ideológico abaixo:

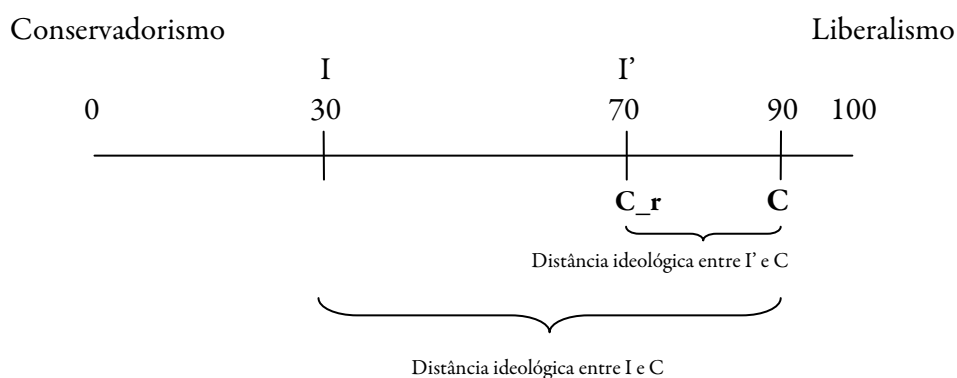


Figura 7

C seria a **preferência ideológica sincera** da Corte, enquanto **C_r** seria a **preferência revelada** da Corte. A Corte decidirá sinceramente quando a preferência revelada for igual à preferência sincera; decidirá de maneira mais próxima possível da preferência sincera, entretanto, quando sua preferência sincera não coincidir com a revelada.

Para simplificação do modelo, assume-se que a norma possibilita, apenas, duas interpretações, **I** e **I'**. Assim, na reta acima, as interpretações possíveis estão representadas pelos pontos marcados por **I** e **I'**. Observe: a Corte somente teria duas alternativas interpretativas,

simbolizadas pelos dois pontos ideais 30 e 70. Não poderia, portanto, decidir em qualquer ponto da reta – em qualquer lugar do espaço ideológico $[0,100]$ –, mas somente nesses pontos específicos. Nessa circunstância, a Corte tomará a decisão mais próxima de sua preferência sincera, reduzindo, ao máximo, a distância entre sua preferência sincera e a preferência juridicamente possível.

Uma observação, nesse momento, deve ser feita: quando analisamos se uma decisão é liberal ou conservadora, não temos como medir essa decisão, isoladamente, a partir de um número específico em uma escala de 0 a 100. A **figura 7**, acima, pode gerar a falsa sensação de que é fácil pôr, em escala, uma posição interpretativa específica.

Não há como dizer, entretanto, que decidir pela constitucionalidade do aborto de fetos com grave deficiência até o segundo mês de gravidez acarretará uma decisão que, na escala do mais conservador (0) ao mais liberal (100), seria liberal no ponto 68. Não há, portanto, um mecanismo de **medição direta** do nível de “liberalismo” ou de “conservadorismo” de uma decisão.

O que se poderia fazer, em um primeiro momento, seria construir escalas ou classificar, em um banco de dados com vários casos, decisões como liberais, neutras ou conservadoras, nas quais: **decisão liberal** seria uma decisão considerada progressista; **decisão conservadora** seria uma decisão considerada tradicional; e **decisão “neutra”** seria aquela em que não seria possível classificar como liberal ou como conservadora.

Indiretamente, contudo, essa classificação permite que, a partir de técnicas estatísticas de estimação de pontos ideais, se calcule o quão conservadora ou o quão liberal é uma Corte, mensurando um histórico de decisões tomadas por ela em vários casos e, a partir daí, classificando a tendência ideológica da Corte em um determinado momento histórico (cf. Martin & Quinn, 2002).

Ademais, é muito difícil saber o quanto essas preferências reveladas, conservadoras ou liberais, estão refletindo preferências sinceras ou não, pois os limites normativos à interpretação, impostos pelas normas, muitas vezes impedem que a Corte tome a decisão que deseja em qualquer ponto da escala ideológica de 0 a 100.

O fato é que o modelo apenas traz hipóteses sobre comportamentos de tendência da Corte: na ausência de custos sociais, políticos e econômicos da decisão, a Corte decidirá da maneira mais próxima possível de suas preferências sinceras, **minimizando a distância ideológica** entre as interpretações possíveis, **I** e **I'**, e a preferência sincera **C**.

Distância ideológica é o espaço, em valor absoluto, que separa cada uma das interpretações possíveis, **I** e **I'**, da preferência sincera da Corte, **C**. É uma medida do quão distante está a interpretação possível da posição ideológica que a Corte prefere sinceramente. Quanto maior a distância ideológica da interpretação possível, menos preferida é a interpretação; quanto menor a distância ideológica, mais preferida é a interpretação.

Na **figura 7**, as distâncias ideológicas associadas a **I** e **I'** estão indicadas por chaves e, matematicamente, seus valores são 60 e 20, respectivamente. Como 20 é menor, em valor absoluto, que 60, a interpretação possível **I'** é a interpretação preferida no exemplo.

Observe que pressupor uma diferença entre a preferência revelada e a preferência sincera da Corte permite modelar dois tipos de situação, uma na qual a Corte já possui posição formada sobre a temática e outra em que não possui uma posição já determinada sobre como decidirá o caso, mas, apenas, uma crença geral, uma ideologia ou uma teoria normativa. Nessas circunstâncias, as preferências existem *ex ante*; são anteriores ao julgamento.

Do exposto, podem ser elencadas as três proposições do modelo básico:

PROPOSIÇÃO 1: o poder decisório de uma Corte opera em um quadro limitado de opções interpretativas ditadas pelas normas jurídicas.

PROPOSIÇÃO 2: se a decisão de uma Corte dá-se em um quadro limitado de interpretações, a Corte não possui liberdade de escolher qualquer interpretação em um espaço ideológico contínuo unidimensional, segundo suas preferências sinceras.

PROPOSIÇÃO 3: em ambientes livres de custos sociais, econômicos e políticos da decisão, as decisões finais da Corte orientar-se-ão pela minimização da distância ideológica entre suas preferências e as possibilidades interpretativas do caso.

Como podemos observar, esse tipo de abordagem parece, a princípio, mais realista que imaginar que Cortes poderiam promover, em qualquer caso, decisões em pontos ideológicos ilimitados, independentemente dos limites estabelecidos pelo quadro institucional (normativo) que será interpretado em um determinado caso.

No modelo básico, contudo, a Corte atua livre de custos da decisão e esse aspecto contradita com outra assunção do modelo de múltiplos comportamentos, a de que a Corte é um agente político e, como tal, age em um ambiente de restrições normativas e custos econômicos, sociais e políticos.

Algumas qualificações ao modelo básico, portanto, tornam-se necessárias, pois, como as decisões de uma Corte podem causar impactos sociais, econômicos ou políticos (cf. Canon & Johnson, 1999; Lax & McCubbins, 2005), a Corte deve ter o cuidado de tomar decisões que minimizem os custos da decisão, os custos de uma escolha mal feita. O problema principal, contudo, não é reconhecer essa sensibilidade a custos, mas identificar esses potenciais custos do processo decisório ou, simplesmente, **custos da decisão**. É o que veremos.

5. O papel dos custos no processo decisório das Cortes

Inicialmente, devemos lembrar que, no modelo de múltiplos comportamentos, a arena onde se dá o processo decisório da Corte, em democracias consolidadas, está aberta a certa visibilidade. A imprensa, a qualquer momento, pode dar visibilidade a um caso e lançar sobre os Ministros algum tipo de mácula a seu comportamento.

Por outro lado, os Ministros passaram por uma formação jurídica e sentem-se limitados ou, ao menos, significativamente influenciados por ela e pelos grupos que a representam, tais quais, no Brasil, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), entre outros. Decisões contrárias às expectativas da imprensa ou desses atores jurídicos podem representar **custos morais**.

Por custos morais entenda-se o mal-estar individual, sofrido por um Ministro, em razão de um dano a sua imagem social provocado pela imprensa ou por grupos jurídicos organizados. Esses custos ocorrem porque qualquer Ministro está preocupado com sua imagem pessoal perante os grupos que representam a formação da opinião jurídica e a imprensa.

Os Ministros, entretanto, não são sensíveis a esses grupos da mesma maneira. Como, em geral, não são políticos profissionais, que ascendem aos cargos de Ministro, não possuem incentivos para que a opinião da imprensa seja tomada em consideração com o máximo da atenção, quando do processo decisório, pois seu cargo não depende da lógica do voto e da luta partidária.

Além disso, a decisão individual de um Ministro, se majoritária, fica diluída no consenso da maioria, fazendo com que a visibilidade do Ministro, enquanto indivíduo, seja menor. Os custos morais individuais ficam, portanto, diluídos na “vontade” da Corte.

Diferentemente, a Corte é mais sensível às pressões dos grupos jurídicos em razão de esses serem formadores de opinião junto aos profissionais do direito. A Corte, então, deve estar mais atenta aos anseios desses grupos que aos da própria imprensa, já que as opiniões dos operadores jurídicos são mais relevantes à carreira pessoal do magistrado. Se, entretanto, grupos jurídicos e imprensa estão unidos em torno de uma ideia comum, o custo moral de decidir de maneira contrária a esse entendimento aumenta. Por outro lado, temas muito polêmicos, perante esses grupos e a imprensa, podem anular, completamente, o impacto desse custo, pois todas as posições interpretativas possíveis encontrarão respaldo, de alguma forma, nesses grupos.

Há outro tipo de custo moral mais sofisticado. Como decisões da Corte podem causar impacto negativo nos meios social, econômico e político, os Ministros tendem a ser sensíveis a ponderações de análise custo/benefício; a razões inerentes à reflexão feita por um *policy maker*.

Por exemplo, se a declaração de inconstitucionalidade de uma norma pode resultar em impacto orçamentário negativo extremo nas contas públicas, os Ministros são sensíveis às possíveis perdas financeiras do Estado. Dada a posição de Tribunal Superior, a responsabilização moral pelo impacto decisório aumenta, uma vez que os Ministros poderiam ser culpados, como indivíduos, por perdas econômicas extremas: crises orçamentárias podem ganhar grande visibilidade social.

Dessa forma, o Ministro deve preocupar-se com possíveis impactos econômicos da decisão judicial em função do custo a sua imagem. Essa preocupação é menor, entretanto, quando o impacto está sendo aferido na jurisdição constitucional incidental ou fica circunscrito a um Estado ou a um Município. Impactos que prejudiquem a economia de toda uma região ou a economia do país aumentam, entretanto, o custo moral em razão da maior visibilidade.

Há, ainda, outros tipos de custos que os Ministros enfrentam: os **custos de demanda**. Ministros racionais veem seu tempo para o trabalho como um recurso escasso. Sempre que possível, procuram tomar decisões “econômicas”, como minimizar o tempo gasto com trabalho desnecessário, para maximizar seu bem-estar pessoal no limite das possibilidades interpretativas dadas pela norma.

Como resultado, a Corte pode terminar por tomar decisões que restrinjam o livre acesso de possíveis legitimados ativos por via direta ou indireta. Isso se torna mais verdadeiro ainda quando o Tribunal, objeto de análise, enfrenta uma movimentação processual de enormes proporções. Para fazer isso por via direta, pode, simplesmente, criar uma interpretação que restrinja diretamente a legitimidade. Por outro lado, pode utilizar-se de expedientes processuais ou decisórios não diretamente relacionados à legitimação ativa para diminuir o fluxo processual.

Custos de credibilidade institucional também podem ser importantes. Entendemos esses como os custos inerentes ao risco de que as decisões da Corte não venham a ser seguidas ou, ainda, venham a ser superadas/revertidas por reação de atores sociais, políticos ou de instituições estatais.

Em si, assume-se que esse risco somente pesa na vida dos Ministros em caráter excepcional – em situações de crise política ou econômica, como já vimos.

Ademais, há de convir que é muito simplório assumir que a Corte vive esse risco diariamente. Muitas das questões subjacentes ao trabalho de uma Corte Constitucional nada apresentam de interesse a atores com grande poder de descumprimento de decisões, tais quais Congresso e Presidente. Assim, não há por que imaginar que os demais órgãos constitucionais estejam, realmente, interessados pela Corte, a todo tempo.

Por fim, estendemos essas mesmas observações aos **custos de retaliação**, definidos como possibilidade de impedimento político, aumento do número de cadeiras da Corte, para possibilitar dominação por demais atores políticos, como o Presidente ou os Congressistas, ou, mesmo, ameaças à integridade física e moral do Ministro.

6. A sensibilidade a custos da decisão é plausível?

Como vimos anteriormente, o modelo assume que a Corte pode operar em um ambiente de custos e, mais que isso, é sensível aos mesmos. No entanto, enquanto a assunção de que juízes procuram maximizar suas preferências, em cada caso, está bem assentada ou, ao menos, não destoa da forte tradição de estudos em Ciência Política contemporânea, a qual alimenta suas hipóteses com assunções derivadas da microeconomia e da teoria dos jogos, a afirmação de que esses atores são sensíveis a custos da decisão já não é tão óbvia. Pesquisas da jurisprudência do STF, entretanto, indicam essa sensibilidade.

Por exemplo, Arantes (1997:1999) e Vieira (1994:144), ao estudarem julgados do STF, encontraram evidências de que a Corte pode ceder a “imperativos de governo” ou agir como “órgão de governo”, deixando, para um segundo plano, preocupações estritamente jurídicas (normativas).

No campo da análise quantitativa descritiva, Castro (1997:153) detectou que o STF decidiu favoravelmente ao Estado duas vezes mais que aos particulares em determinadas áreas temáticas. Vianna *et al* (1999) também encontraram evidências de que atores estatais e jurídicos, como o Procurador-Geral da República, a OAB e os Governadores conseguem obter maior número de declarações de inconstitucionalidade de normas que outros atores.

Por outro lado, no campo da análise quantitativa inferencial, Taylor (2006:18s.) pôs em evidência que atores estatais e entidades jurídicas possuem maior sucesso em suas pretensões no STF, obtendo maior chance de declaração de inconstitucionalidade, e Leoni e Ramos (2006:16) apontaram para uma tendência de coincidência entre as preferências políticas do STF e dos Presidentes da República.

Por fim, Ribeiro (2007:209s.) detectou que atores jurídicos, tais quais OAB e entidades representativas dos magistrados, possuem maior sucesso na judicialização da política, obtendo um número significativamente maior de declarações de inconstitucionalidade que os demais atores, enquanto o STF evita declarar a inconstitucionalidade de normas aprovadas de acordo com a agenda do Presidente da República e tende a declarar a inconstitucionalidade de normas que geram impacto orçamentário negativo nas contas do Estado.

De uma maneira geral, portanto, os custos da decisão, tal qual definidos acima, importam e parecem representar um ônus para os Ministros, isto é, uma queda no bem-estar geral dos mesmos. Assume-se, então, que a Corte procurará minimizar os custos da decisão, maximizando os *payoffs*.

Em uma **situação ideal**, a Corte conseguirá o melhor *payoff* se decidir de modo a **minimizar a distância ideológica e minimizar os custos da decisão** concomitantemente. Duas situações mais simples, portanto, podem ocorrer nessa circunstância. Primeiramente, a interpretação com o menor custo poderá ser a inicialmente preferida pela Corte (interpretação com menor distância ideológica) ou a Corte poderá ser indiferente a ambas as interpretações (as duas interpretações possuem a mesma distância ideológica).

Em ambas as hipóteses, a Corte optará pela interpretação que minimizará os custos da decisão e, paradoxalmente, não se pode dizer que houve mudança nas preferências. A decisão escolhida não fere as preferências da Corte; antes, reflete-as.

Seguem mais duas proposições:

PROPOSIÇÃO 4: em ambientes com custos da decisão, as decisões finais da Corte orientar-se-ão pela minimização da distância ideológica e dos custos da decisão se a interpretação de menor distância ideológica é a que possui os menores custos da decisão.

PROPOSIÇÃO 5: em ambientes com custos da decisão, as decisões finais da Corte orientar-se-ão pela minimização dos custos da decisão se as interpretações possíveis tiverem as mesmas distâncias ideológicas.

Como vimos, o modelo de múltiplos comportamentos representa uma tentativa de demonstrar como ponderações de custo/benefício, preferências e normatividade constitucional estão integradas no processo decisório de uma Corte Constitucional. Nesse ponto, as Cortes não são indiferentes às variáveis políticas, sociais e econômicas.

Há situações, contudo, que essas variáveis parecem conflitar e a decisão final decorre de uma ponderação muito mais sofisticada. São desses casos que iremos tratar a partir de agora.

7. Distância ideológica e custos da decisão em direções diferentes

Vimos que a Corte opera em um quadro institucional limitado de interpretações. Também fizemos menção aos possíveis custos enfrentados pelos Ministros e às preferências dos mesmos. Trata-se agora de integrar essas abordagens em um modelo mais detalhado, com vistas a que possamos construir hipóteses acerca do comportamento da Corte em situações mais complexas.

Como feito acima, representaremos as duas possibilidades interpretativas por meio das letras **I** e **I'**. Contudo, diferentemente das abordagens dos modelos atitudinal e estratégico, a representação gráfica será feita em um gráfico de dois eixos cartesianos, o horizontal e o vertical.

O eixo vertical representa os custos da decisão judicial, os quais podem variar em uma escala normalizada de 0 a 1, em um espaço contínuo $[0,1]$: 0 significa que a decisão judicial não traz qualquer custo; 1 significa alto custo da decisão judicial. O eixo horizontal representa o espaço ideológico padrão, com todas as possibilidades de escolha ideológica, também com escala normalizada de 0 a 1, em um espaço contínuo $[0,1]$: uma decisão em 1 é extremamente liberal; uma decisão em 0 é extremamente conservadora; uma decisão muito próxima de 0,5 é ideologicamente neutra (centrista), isto é, nem pode ser enquadrada como liberal, nem pode ser enquadrada como conservadora.

Por exemplo, em um processo que apreciase, em caráter abstrato, a constitucionalidade de uma lei que legalizasse o aborto até o quarto mês de gravidez, o eixo horizontal poderia simbolizar as diversas possibilidades de posição política acerca desse tema: inconstitucionalidade total da lei, constitucionalidade da legalização até o primeiro mês, constitucionalidade da legalização até o segundo mês, constitucionalidade da legalização até o terceiro mês. O eixo vertical representaria o custo associado a cada decisão em um dado contexto histórico.

Suponha, então, que a relação entre os custos da decisão e o conjunto de escolhas ideológicas possa ser representada por uma curva que tenha a forma indicada na figura abaixo,¹¹ mas, por força dos limites à interpretação no âmbito do caso que está sendo julgado, a Corte somente tenha duas escolhas interpretativas dentre o conjunto de todas as possibilidades de escolha ideológica: **I**, muito mais próxima da posição ideológica sincera da Corte, **C**, mas com maior custo da decisão, **ci**, ou **I'**, muito mais distante da posição ideológica sincera da Corte, mas com custo da decisão significativamente menor, **ci'**:

¹¹ Na prática, as opções políticas disponíveis não são vastas, mas tal problema não atrapalha o argumento principal do modelo, pois as conclusões se mantêm, ainda que admitamos possibilidades decisórias muito menores.

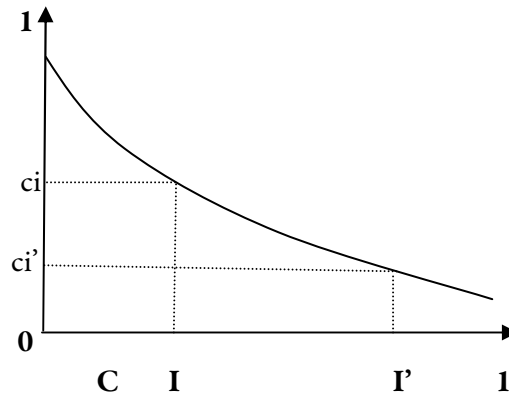


Figura 8

Nessa circunstância, a previsão da decisão final da Corte fica muito mais difícil, pois haverá uma ponderação de custo/benefício baseada em duas variáveis: a distância ideológica e os custos da decisão associados a cada distância ideológica. A Corte decidirá pela interpretação que minimize o custo total do processo decisório, representado pela soma dessas variáveis. Observe que a distância ideológica pode ser, matematicamente, representada pelo valor absoluto (módulo) da diferença entre a interpretação possível e a posição ideológica sincera dessa Corte.

Formalmente, podemos dizer que uma interpretação I será escolhida se o custo total dessa escolha for menor que o custo total de decidir por I' :

$$C \text{ decide por } I \text{ se } |I - C| + ci < |I' - C| + ci'$$

Essa inequação permite antecipar alguns resultados interessantes. Primeiramente, imagine uma situação concreta na qual os custos da decisão sejam percebidos pela Corte como idênticos, ou seja, para qualquer interpretação possível, os custos são os mesmos.

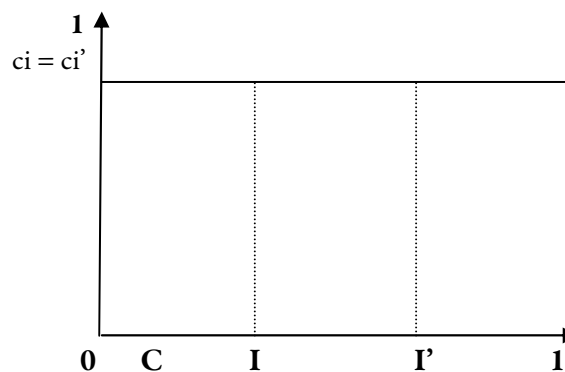


Figura 9

Ora, como os custos são idênticos, a diferença entre ci e ci' é igual a 0. Portanto:

$$|I - C| + ci < |I' - C| + ci'$$

$$|I - C| < |I' - C| - ci + ci'$$

$$C \text{ decide por } I \text{ se } |I - C| < |I' - C|$$

Isso significa que, ainda que estejamos em um ambiente com altos custos da decisão, se esses custos forem percebidos como idênticos pela Corte, a escolha interpretativa que irá prevalecer será aquela que minimiza a distância ideológica entre a posição da Corte e a interpretação possível.

Teremos idêntico resultado se os custos da decisão forem percebidos pela Corte como muito próximos. Nesse caso, a diferença entre ci e ci' será um número muito pequeno, ε (épsilon), que, na prática, anulará o papel dos custos da decisão na escolha da Corte, já que qualquer distância ideológica um pouco maior será decisiva para a explicação final da escolha da Corte.

Vejamos:

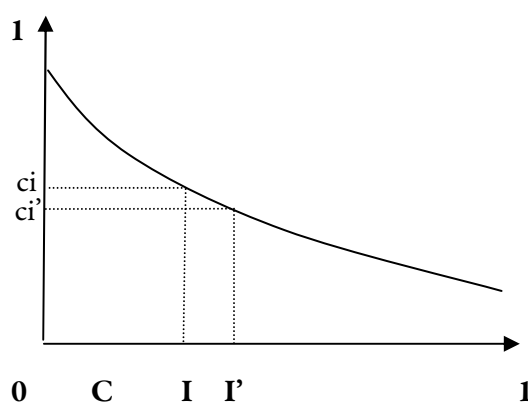


Figura 10

Formalmente:

$$|I - C| + ci < |I' - C| + ci'$$

$$|I - C| < |I' - C| - ci + ci'$$

$$|I - C| < |I' - C| + \varepsilon$$

$$C \text{ decide por } I \text{ se } |I - C| < |I' - C|$$

Em suma, algumas deduções importantes podem ser extraídas do modelo:

PROPOSIÇÃO 6: em ambientes com custos da decisão, as decisões finais da Corte orientar-se-ão pela minimização dos custos totais da decisão se a interpretação de menor distância ideológica for aquela de maior custo da decisão.

PROPOSIÇÃO 7: em ambientes com custos da decisão, as decisões finais da Corte minimizarão a distância ideológica se os custos da decisão, para cada interpretação, forem percebidos como idênticos.

PROPOSIÇÃO 8: em ambientes com custos da decisão, as decisões finais da Corte minimizarão a distância ideológica se a diferença entre os custos da decisão, para cada interpretação, for percebida como muito pequena.

Dadas as proposições acima, uma preocupação será discutir o quanto o modelo reflete a realidade. Essa é, sem dúvida, uma questão importante, pois se assumiu que existiriam várias possibilidades de política e, para cada uma delas, um custo associado. Para decidir, a Corte teria que

se valer de raciocínios que, *a priori*, poderiam ser considerados muito sofisticados. O modelo, contudo, não exige tanto dos indivíduos.

Na verdade, os limites à interpretação fazem com que a Corte somente tenha que identificar qual a interpretação preferida e se preocupar com o custo associado a cada decisão possível, o custo da decisão de cada interpretação possível. Os indivíduos, por sua vez, não precisarão mensurar os custos de cada decisão, como se fossem máquinas, mas, apenas, classificá-los como altos, baixos ou inexistentes, percebendo-os em **probabilidades subjetivas**.

Portanto, a percepção das reais chances de um impacto ser negativo ou não é avaliada pelos membros da Corte de forma não-técnica, isto é, com grande margem de subjetividade. Daí porque os Ministros podem discordar acerca da existência ou não de um impacto negativo, quando do julgamento de um caso, mesmo que a existência desse impacto negativo seja óbvia para economistas e cientistas sociais em geral.

Ademais, diferenças pequenas entre os custos tendem a fazer com que os mesmos sejam percebidos como idênticos, como já vimos, pois a percepção do custo está baseada em probabilidades subjetivas.

Por outro lado, as curvas salientadas nos gráficos acima são eminentemente ilustrativas, isto é, poderiam assumir outras formas, já que o importante, no caso, é verificar os custos associados à decisão em cada uma das possibilidades interpretativas, os custos em pontos específicos da curva. Dito de outro modo: para a Corte, não importa mensurar os custos de cada *policy*, mas classificar, somente, os custos de cada interpretação possível, como altos, baixos ou inexistentes, pois não poderá decidir em um espaço ideológico contínuo.

Tendo esses pontos em mente, podemos agora discutir em quais circunstâncias devemos esperar a prevalência de atitudes. Se for certo que atitudes importam, que configurações levam a Corte a tomar decisões que são as mais próximas de suas preferências sinceras, preocupando-se, apenas, com a minimização da distância ideológica?

De maneira geral, há probabilidade de a Corte optar por afastar-se de suas preferências em benefício da minimização dos custos totais se estiverem presentes as condições abaixo:

- a) distância ideológica significativa entre as interpretações **I** e **I'**;
- b) diferenças significativas entre os custos da decisão associados às interpretações **I** e **I'**, com categorização em alto e baixo/nulo;
- c) preferências ideológicas em sentido contrário aos custos da decisão: a interpretação preferida tem o maior custo da decisão, enquanto a interpretação não preferida tem o menor custo da decisão.

As demais hipóteses, contudo, levam a uma minimização da distância ideológica, ressalvado o caso de a Corte ser indiferente às diversas possibilidades interpretativas - fato, aliás, raro. Um quadro resumido pode ser esboçado:

Situação	Decisão da Corte	Resultado
(1) $c_i = c_i' = 0$	Minimização da distância ideológica	Preferência
(2) $c_i - c_i' = 0$	Minimização da distância ideológica	Preferência
(3) $c_i - c_i' = \varepsilon = 0$	Minimização da distância ideológica	Preferência
(4) Se $ I - C < I' - C $ e Se $c_i < c_i'$	Minimização da distância ideológica	Preferência

(5) Se $ I - C = I' - C $ e Se $c_i < c_i'$	Minimização dos custos da decisão	Cálculo Decisório
(6) Se $ I - C > I' - C $ e Se $c_i < c_i'$ Ou Se $ I - C < I' - C $ e Se $c_i > c_i'$	Minimização dos custos totais (custos totais = distância ideológica + custos da decisão)	Cálculo Decisório

Do quadro acima, percebe-se que os custos da decisão serão decisivos nas situações 5 e 6. Na situação 6, particularmente, a Corte pode fazer escolhas interpretativas que não refletem suas preferências sinceras: pode ser o caso de a Corte decidir pela interpretação I, embora preferisse I'. Tal fato dá-se em razão de os maiores *payoffs* centrarem-se na estratégia que minimiza os custos totais do processo decisório.

As situações 1 a 4, por outro lado, são propícias à manifestação das preferências da Corte. Observe que os custos da decisão, *per se*, não alteram a lógica do processo decisório. Se, para a Corte, os custos da decisão são percebidos como idênticos ou a diferença entre os mesmos é praticamente irrelevante, devemos esperar decisões que minimizem a distância ideológica, a despeito, até mesmo, de altos custos.

8. Jurisprudência e custo de reversão

A abordagem anterior levou-nos a delimitar as circunstâncias nas quais se poderia esperar a prevalência de preferências ou do cálculo decisório no processo decisório da Corte. O papel do modelo legal (sentido fraco), por sua vez, ficou circunscrito à fixação do *quantum* de possibilidades interpretativas o ordenamento jurídico possibilitaria. Cabe, agora, discutir se o direito positivo teria alguma outra função, além de fixar as possibilidades interpretativas.

Se atentarmos bem, os Tribunais não julgam casos novos em todo momento. Vários casos tendem a se repetir e, nessas circunstâncias, a Corte tende, apenas, a julgar de acordo com as decisões jurisprudenciais de outrora, reiteradas em um mesmo sentido; é o que se denomina, em Direito, de julgar de acordo com a jurisprudência pacificada.

O modelo básico e as qualificações ao modelo básico que foram feitas acima não discutem o problema do julgamento em **casos repetitivos**, mas atentam, apenas, aos **casos novos**. Naqueles, entretanto, as decisões tendem a se tornar quase que mecânicas e não há muita ponderação de custos associados.

Isso ocorre porque a jurisprudência diminui os custos da decisão para os Ministros. Enquanto, em um caso novo, não há qualquer histórico de decisões apto a orientar o juiz, em casos repetitivos, a pacificação jurisprudencial permite que os magistrados decidam, simplesmente, aplicando o entendimento reiterado da Corte, de modo a afastar de si qualquer custo associado a uma decisão mal tomada.

Podemos pensar a pacificação jurisprudencial como um desconto no custo associado à interpretação pacificada. Após a reiteração da decisão original, esse custo diminui ainda mais, e,

dadas sucessivas decisões nesse mesmo sentido, o desconto aumenta sucessivamente, com a passagem do tempo.

De outro lado, um novo custo da decisão surge: o **custo de reversão da jurisprudência**. Para o Ministro, fica cada vez mais difícil decidir em desacordo com as decisões anteriores do Tribunal, seja porque decisões contrárias serão reformadas/invalidadas em recurso, seja porque isso pode gerar um mal-estar, perante os demais Ministros, seja porque Ministros racionais veem seu tempo como um recurso escasso e a jurisprudência pacificada permite que decisões sejam tomadas por mero apelo aos precedentes, sem maiores ponderações. O custo de decidir em desacordo com a jurisprudência dominante sobe, pois a jurisprudência cria um fator de aumento do custo de não seguir a interpretação pacificada, um **custo de reversão** (cr). Vejamos esse ponto formalmente.

Suponha duas possibilidades interpretativas I e I' . Assuma-se que I é a interpretação que foi pacificada na jurisprudência, enquanto I' é a interpretação alternativa. Com a passagem do tempo (t , $t+1$, $t+2$, ..., $t+n$), ci , os custos associados à decisão em I , diminui em função de descontos sucessivos, δ (delta), nos custos da decisão, enquanto os custos da decisão em I' , ci' , aumentam, sucessivamente, por um fator denominado de **custo de reversão**, cr , pois se torna cada vez mais difícil decidir em desacordo com a jurisprudência.

Se supusermos, para maior simplicidade do modelo, que os fatores de desconto e de aumento são constantes, em equilíbrio, após múltiplas decisões, o custo ci tenderá a zero, enquanto cr aumentará substancialmente por um número muito grande:

$$\begin{aligned} t: |I - C| + ci &< |I' - C| + ci' \\ t + 1: |I - C| + \delta \cdot ci &< |I' - C| + cr \cdot ci' \\ t + 2: |I - C| + \delta^2 \cdot ci &< |I' - C| + cr^2 \cdot ci' \\ t + 3: |I - C| + \delta^3 \cdot ci &< |I' - C| + cr^3 \cdot ci' \end{aligned}$$

[...]

$$t + n: |I - C| < |I' - C| + cr^\infty \cdot ci'$$

Em suma, a jurisprudência pacificada torna cada vez mais difícil o surgimento de decisões diferentes, quando do julgamento de casos com características muito semelhantes ao que suscitou a pacificação. Cria-se, portanto, uma **resiliência** no processo decisório, pois o custo de reversão aumenta, para cada Ministro, enquanto o custo da decisão da interpretação fixada pela jurisprudência tende a zero. A jurisprudência, portanto, institucionaliza a escolha decisória anterior da Corte.

Se esse é o caso, por que se observam decisões diferentes? Em verdade, existe uma assunção por trás desse modelo: para que a escolha decisória se institucionalize, as decisões posteriores terão que decidir casos com as mesmas características do caso original ou, mais precisamente, a Corte deve perceber o caso ulterior como uma simples repetição do caso de outrora. Casos apenas semelhantes e/ou com custos associados diferentes podem gerar uma decisão de afastamento da jurisprudência pacificada.

Por outro lado, mesmo após a pacificação jurisprudencial, mudanças na jurisprudência podem ocorrer se houver modificação da posição ideológica da Corte, por força de uma alteração em seu ponto ideal. Isso se dá, principalmente, quando ocorrem mudanças na composição da Corte pela indicação de novos Ministros. Novos Ministros induzem ao surgimento de novas preferências, que

podem levar a uma modificação do ponto ideal em razão do surgimento de um novo ator político mediano.

Não é difícil perceber o porquê disso.

O ator político mediano ou, em nosso caso, o **Ministro mediano**, nada mais é que o Ministro normalmente “crucial para o resultado de um caso e, portanto, para a fixação da política pública” a ser seguida pela Corte (Martin, Quinn & Epstein, 2005: 1277).¹²

Imagina-se que, em cada período, exista um Ministro que representa bem as preferências da Corte, de tal sorte que os casos venham a ser decididos de acordo com as preferências desse Ministro. Na verdade, essa é uma estratégia estatística para imputar preferências aos corpos políticos investigados. Ora, uma Corte, como o Supremo Tribunal Federal, é composta por vários Ministros. Como, em tese, cada um possui suas próprias convicções ideológicas, fica difícil apontar, com clareza, quais são as preferências da Corte, sem que se desenvolva alguma estratégia de mensuração.

Em Ciência Política, esse dilema foi resolvido, parcialmente, a partir da ideia de buscar-se descobrir o *median voter* (o “eleitor” mediano).

O termo vem de uma medida estatística denominada mediana, a qual nada mais é que o ponto que divide um conjunto de dados em duas partes idênticas. Da mesma forma, o *median justice* (o Ministro mediano) é aquele que divide a distribuição ideológica em duas partes idênticas, estando no meio da mesma, de modo a refletir, ideologicamente, a posição mais central da Corte. O *median justice* define o modo como os casos serão resolvidos. A pergunta é: por quê?

Voltemos à nossa escala anterior, a qual vai do extremo conservadorismo ao extremo liberalismo:

Conservadorismo		Liberalismo
0		100
Ministro 1	Ministro 2	Ministro 3
(Contra o aborto)	(A favor do aborto em casos específicos)	(A favor do aborto)

Figura 11

A escala acima descreve um caso no qual uma Corte, composta por três Ministros, terá que decidir se o aborto é **permitido em qualquer caso, proibido ou permitido em circunstâncias excepcionais** à luz da Constituição.

Do lado esquerdo, temos o **Ministro 1**, extremamente conservador, totalmente contrário ao aborto; do lado direito, temos o **Ministro 3**, totalmente liberal e favorável ao aborto em condições irrestritas; no centro, está o **Ministro 2**, com uma posição mais cautelosa, a favor do aborto em condições excepcionais.¹³

Como assumimos que os Ministros desejam fazer valer suas preferências, dada uma situação de ausência de custos, os Ministros extremos tendem a votar com o Ministro do centro, pois somente assim garantiriam uma posição final mais próxima a sua.

Uma maneira de perceber isso é através de um simples exemplo. Imagine que o caso envolve uma decisão acerca da constitucionalidade do aborto em caso de anencefalia. Uma típica opção entre decidir pela inconstitucionalidade ou decidir pela constitucionalidade com restrições. Ora, em um

¹² “[...] crucial to the outcome of a case and, thus, to the establishment of public policy” (Martin, Quinn & Epstein, 2005:1277).

¹³ Essa explicação didática é uma versão adaptada da explicação de Martin, Quinn e Epstein (2005).

caso como esse, o **Ministro 1** poderá tentar manter o seu voto a todo custo, contrário ao “aborto”. Se isso se der, os **Ministros 2 e 3** irão se opor ao **Ministro 1**, para formarem maioria. Vencerá, então, a posição do aborto com restrições, a posição mediana.

Assim, de acordo com o teorema do “eleitor” mediano (*median voter theorem*), o ponto ideal do Ministro mediano é o que tende a prevalecer nas decisões de uma Corte. O ponto ideal do Ministro é a situação de equilíbrio, “significando aqui que irá rejeitar qualquer outro ponto, sob um regime de voto majoritário”¹⁴ (Martin, Quinn & Epstein, 2005:1283). Em síntese, se conseguirmos identificar o Ministro mediano em uma distribuição, conseguiremos mensurar o ponto ideal de uma Corte, muito embora ela seja composta de vários Ministros, com diferentes pontos ideais.

Dessas observações, seguem duas novas proposições:

PROPOSIÇÃO 9: a pacificação jurisprudencial cria resiliência no processo decisório de casos com as mesmas características do caso novo, dados os descontos no mesmo sentido da decisão outrora escolhida e os aumentos nos custos da decisão não escolhida por força da incidência de custos de reversão.

PROPOSIÇÃO 10: uma vez pacificada a jurisprudência, alterações na mesma tendem a ocorrer somente se a mudança na composição da Corte acarretar modificações no ponto ideal por força do surgimento de um novo Ministro mediano.

9. Preferências não qualificáveis no espectro liberal/conservador

Ao mensurarmos preferências, o primeiro cuidado a ter-se seria uniformizar o entendimento acerca do que estamos denominando **preferências liberais** em oposição às **preferências conservadoras**. Não há, entretanto, um só meio de tratar essas classificações com objetividade. Assim, de algum modo, o pesquisador interessado em mensurar o papel das preferências, em algum corpo político, deve, antes de tudo, listar quais decisões considera conservadoras e quais decisões considera liberais.

Não há, portanto, padrões classificatórios uniformes. Assim, há uma grande margem de flexibilidade ao classificarem-se preferências.

Particularmente, na literatura internacional em política judicial, os autores vêm utilizando-se dos critérios adotados por Harold Spaeth e Sara Benesh (2003:61s.), para identificar posições liberais (progressistas) e posições conservadoras (tradicionais). Por exemplo, seriam liberais as decisões favoráveis aos acusados de crimes, à responsabilização civil de empresas por danos ao meio ambiente, aos direitos do trabalhador, entre outras. Conservadoras seriam as decisões opostas.

Essa metodologia possui uma grande vantagem: permite que posições ideológicas em áreas temáticas muito diferentes (questões trabalhistas, meio ambiente, direito criminal, direitos do consumidor) sejam classificadas em um só eixo unidimensional, de modo a simplificar o modelo pelo princípio da “navalha de Occam”.

Observe-se, portanto, que a classificação é realizada a partir de certos estereótipos sociais acerca do que significa ser liberal ou conservador no meio sociopolítico, independentemente das valorações pessoais do pesquisador.

¹⁴ “[...] meaning here that it will defeat any other point under a majority voting regime” (Martin, Quinn & Epstein, 2005:1283).

Obviamente, é impossível libertar-se delas, mas, exemplificativamente, este pesquisador não acha, pessoalmente, que toda decisão favorável ao trabalhador seja, necessariamente, progressista. Embora pense dessa forma, reconhece que, como estereótipo social, principalmente no campo da luta partidária e das reivindicações dos movimentos sociais, há a crença de que decisões favoráveis aos trabalhadores, em detrimento dos empresários, são progressistas, enquanto decisões favoráveis aos empresários, em detrimento dos trabalhadores, são conservadoras.

Em certas situações, contudo, pode ser inviável classificar uma posição da Corte, como liberal ou conservadora, seja porque o tema suscitado no debate não é visualizado no meio sociopolítico a partir do estereótipo liberal/conservador, seja porque, para esse tema, a opinião pública está dividida. Nesses casos, ainda assim, o modelo mantém-se parcialmente, pois, no espectro ideológico, podemos substituir o eixo liberal/conservador por algum outro eixo, que reflita posições que irão do “contra” até o “pró” alguma visão normativa.

Como a posição ideológica não pode ser classificada como liberal ou conservadora, o que importa é classificar o ponto ideal da Corte, como favorável ou desfavorável a alguma ideia, pois, para os dados, a variável que identifica o ponto ideal das crenças ideológicas no espectro liberal/conservador é constante.

Valerão, então, as mesmas proposições anteriores, mas, do ponto de vista estatístico, sugere-se analisar os casos em separado, sem juntá-los com os casos analisados dentro do espectro liberal/conservador.

10. Preferências formadas durante o julgamento do caso

E se as preferências forem formadas no calor da decisão do caso? E se os Ministros não detiverem preferências acerca do caso que está prestes a ser julgado?

Ora, tais situações são difíceis de ocorrer, pois, em geral, existem crenças prévias que, de certa forma, estão correlacionadas com certa possibilidade interpretativa da área temática que está para ser decidida. Ministros extremamente liberais em diversificados casos, por exemplo, tendem a votar de maneira liberal em novos casos, ainda que não tenham uma preferência específica sobre a área temática que está na agenda do processo decisório.

Obviamente, essa correlação não é mecânica, mas, apenas, provável. Entretanto, análises quantitativas do processo decisório são capazes de reconhecer a significância da posição ideológica na explicação final da variável dependente.

Por outro lado, suponhamos que uma área temática a ser julgada não tenha qualquer correlação com posições ideológicas firmadas *ex ante*. Nesse caso, teremos que imaginar duas possibilidades: o caso enseja custos da decisão ou não existem custos da decisão associados ao julgamento do caso.

Se estivermos diante da primeira hipótese, o modelo de múltiplos comportamentos sustenta que somente haverá custos a ponderar, pois não há a variável distância ideológica. Portanto, a Corte minimizará os custos da decisão, decidindo pela interpretação que tenha o menor custo.

A segunda hipótese, contudo, é difícil de racionalizar, pois, como não existem preferências anteriores ao julgamento do caso, nem há custos associados, o processo decisório torna-se mais subjetivo, baseado em convicções normativas pessoais e processos argumentativos construídos no momento da decisão e no calor da discussão. Para fins estatísticos, não se terá como construir uma variável que mensure, adequadamente, essa possibilidade, razão pela qual estaremos diante de um típico problema de viés decorrente de variável omitida.

11. Conclusão

Este trabalho teve o objetivo de desenvolver um modelo formal alternativo de compreensão do processo decisório das Cortes. Para isso, foram traçadas diversas hipóteses de comportamento da magistratura para um número diversificado de situações concretas.

Diferentemente dos modelos tradicionais do Direito e da Ciência Política, desenvolveu-se forte argumentação no sentido de que devemos esperar múltiplos comportamentos da Corte, a depender das preferências, das possibilidades interpretativas ditadas pelo arcabouço jurídico e dos custos da decisão envolvidos no julgamento do caso. Preferências, normas e custos da decisão, portanto, são essenciais para compreendermos os *outputs* do processo decisório, e a interação entre essas diversas variáveis não gera comportamentos únicos das Cortes.

De modo geral, preferências tendem a ser determinantes na explicação da decisão final do caso quando não existem custos da decisão associados às interpretações possíveis ou, ainda que existam, a interpretação preferida detém os menores custos da decisão ou os custos da decisão, para cada interpretação possível, são percebidos como idênticos ou semelhantes pela Corte.

Contudo, a Corte será orientada pela minimização dos custos da decisão ou dos custos totais, realizando cálculos decisórios, se vier a ser indiferente à escolha das interpretações possíveis ou se a interpretação preferida for a de maior custo da decisão associado.

No modelo de múltiplos comportamentos, portanto, o modelo legal tem um papel apenas latente, quando tentamos explicar o processo decisório em casos novos: fixa limites à interpretação, distanciando, apenas, a interpretação preferida possível da preferência sincera, de modo que a explicação final das razões pelas quais um caso foi decidido em um determinado sentido, e não em outro, não possa ser creditada à norma, mas às variáveis relacionadas com a preferência da Corte e com os custos da decisão.

Em casos repetidos, contudo, a pacificação jurisprudencial tende a gerar resiliência no processo decisório em favor da interpretação dominante e somente alterações do ponto ideal, provocadas normalmente por mudanças na composição da Corte, podem motivar novas decisões.

Por fim, lembramos que, como qualquer modelo formal, o modelo de múltiplos comportamentos não deve ser capaz de explicar a variabilidade de todos os casos. Deve procurar prever, apenas, a média dos comportamentos observados no âmbito da Corte, e não todos os comportamentos da Corte.

Predições mais detalhadas, portanto, estão fora do âmbito de nossa análise, pois, como diziam Buchanan e Tullock (1962:5), exigiriam “onisciência, e não ciência”.

12. Referências

- Arantes, R. B. (1997). *Judiciário e política no Brasil*. São Paulo: Educ/Fapesp/Idesp.
- Benesh, S., & Spaeth, H. (2003). *The Supreme Court justice-centered judicial databases*. Michigan: Michigan State University.
- Bergara, M., Richman, B., & Spiller, P.. (2002). *Modeling Supreme Court strategic decision making: the congressional constraint*. Universidad de la Republica/Departamento de Economia.
- Bobbio, N. (1995). *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone.
- Buchanan, J., & Tullock, G. (1962). *The calculus of consent: logical foundations of constitutional democracy*. Michigan: The University of Michigan Press.

- Canon, B., & Johnson, C. (1999). *Judicial policies: implementation and impact*. Washington D.C.: CQ Press.
- Castro, M. F. (1997). O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista brasileira de ciências sociais*, vol. 12, nº 34, 147-156.
- Dahl, R. (1997). *Poliarquia: participação e conflito*. São Paulo: Edusp.
- Epstein, L., & Knight, J. (1998). *The choices that justices make*. Washington D.C.: CQ Press.
- Epstein, L., & Mershon, C. (1996). Measuring political preferences. *American journal of political science*, v. 40, nº 1, 261-294.
- Ginsburg, T. (2003). *Judicial review in new democracies: constitutional courts in Asian cases*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Iaryczower, M., Spillwer, P., & Tommasi, M. (2002). Judicial independence in unstable environments, Argentina 1935-1998. *American journal of political science*, v. 46, nº 4, 699-716.
- Kelsen, H. (1997). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- Lax, J., & McCubbins, M. (2004). *Where there's smoke, there's fire: the impact of court decisions*. Disponível em: <<http://mccubbins.ucsd.edu>>. Acesso em: 20 set. 2005.
- Leoni, E., & Ramos, A. (2006). *Judicial preferences and judicial independence in new democracies: the case of the Brazilian Supreme Court*. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ell2002/>>. Acesso em: 10 Nov. 2006.
- Lijphart, A. (2003). *Modelos de democracia: desempenho e padrões de governo em 36 países*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.
- Locke, J. (2002). *Segundo tratado do governo civil*. São Paulo, Martin Claret.
- Martin, A., & Quinn, K. (2002). Dynamic ideal point estimation via Markov chain Monte Carlo for the U.S. Supreme Court, 1953-1999. *Political analysis*, v. 10, nº 2, 134-153.
- Martin, A., Quinn, K., & Epstein, L. (2005). The median justice on the United States Supreme Court. *North Carolina law review*, v. 83, nº 5, 1275-1320.
- Montesquieu, C. (1996). *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes.
- O'Donnell, G. (2000). Poliarquias e a (In)efetividade da lei na América Latina: uma conclusão parcial. In Méndez, J., O'Donnell, G. & Pinheiro: S. (Eds.). *Democracia, Violência e Injustiça: o não Estado de Direito na América Latina* (pp. 337-373). São Paulo: Paz e Terra.
- Perry, H. (1991). *Deciding to decide: agenda setting in the United States Supreme Court*. Massachusetts: Harvard University Press.
- Ribeiro, R. (2007). *Política Constitucional no Supremo Tribunal Federal: uma análise quantitativa do processo decisório nas ações diretas de inconstitucionalidade (1999-2004)* (tese de doutorado). Recife: Universidade Federal de Pernambuco/Programa de Pós-Graduação em Direito.
- Segal, J. (1997). Separation-of-powers games in the positive theory of congress and courts. *The American political science review*, v. 91, n. 1, 28-44.
- Segal, J. (1998). Correction to "separation-of-powers games in the positive theory of congress and courts. *The American political science review*, v. 92, n. 4, 923-926.
- Segal, J., & Spaeth, H. (2002). *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Segal, J., Westerland, C., & Lindquist, S. (2011). Congress, the Supreme Court, and Judicial Review: testing a constitutional separation of powers model. *American Journal of Political Science*, v. 55, n. 1, 89-104.

- Sweet, A. (2000). *Governing with judges: constitutional politics in Europe*. New York, Oxford.
- Taylor, M. (2006). *Veto and voice in the courts: policy implications of institutional design in Brazilian judiciary*. Disponível em: <http://www.econ.fea.usp.br/seminarios/2005_1/matthew_taylor.pdf> Acesso em 20 Nov 2006.
- Vianna, L. W. et al.. (1999). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan.
- Vieira, O. V. (1994). *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: RT.