

**REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY**

**“A vida como ela é”:**  
comportamento estratégico nas  
cortes  
**“Life how it is”:** strategic behavior  
in the courts

Patrícia Perrone Campos Mello

**VOLUME 8 • Nº 2 • AGO • 2018**  
**DOSSIÊ ESPECIAL: INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS**  
**(NEUROLAW): DIREITO, PSICOLOGIA E NEUROCIÊNCIA**

# Sumário

<b>EDITORIAL</b> .....	24
<b>O Direito na fronteira da razão: Psicologia, neurociência e economia comportamental</b> .....	24
Patrícia Perrone Campos Mello e Sergio Nojiri	
<b>I. NEURODIREITO: COGNIÇÃO, EMOÇÃO, JUÍZOS MORAIS E CIÊNCIA</b> .....	26
<b>PENSAR DIREITO E EMOÇÃO: UMA CARTOGRAFIA</b> .....	28
Nevita Maria Pessoa de Aquino Franca Luna	
<b>NEURODIREITO: O INÍCIO, O FIM E O MEIO</b> .....	49
Carlos Marden e Leonardo Martins Wykrota	
<b>ENSAIO JURÍDICO SOBRE A RACIONALIDADE HUMANA: MAIORES, CAPAZES E IRRACIONAIS</b> .....	65
André Perin Schmidt Neto e Eugênio Facchini Neto	
<b>DIVERGÊNCIAS DE PRINCÍPIO: ARGUMENTOS JURÍDICOS E MORAIS EM UM CENÁRIO DE     DESACORDOS SOCIAIS</b> .....	90
André Matos de Almeida Oliveira, Pâmela de Rezende Côrtes e Leonardo Martins Wykrota	
<b>CONSILIÊNCIA E A POSSIBILIDADE DO NEURODIREITO: DA DESCONFIANÇA À RECONCILIAÇÃO     DISCIPLINAR</b> .....	117
Thaís de Bessa Gontijo de Oliveira e Renato César Cardoso	
<b>MODELOS DE MORALIDADE</b> .....	144
Molly J. Crockett	
<b>A INFELIZ BUSCA POR FELICIDADE NO DIREITO</b> .....	154
Úrsula Simões da Costa Cunha Vasconcellost, Noel Struchiner e Ivar Hannikainen	
<b>ALÉM DA LIBERDADE: PERSPECTIVAS EM NIETZSCHE</b> .....	178
Lucas Costa de Oliveira	
<b>A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS SOB A PERSPECTIVA DO DESENVOLVIMENTO HUMANO: AS     CONTRIBUIÇÕES DA PSICOLOGIA POSITIVA</b> .....	193
Simone de Biazzi Ávila Batista da Silveira e Deise Brião Ferraz	
<b>NEUROIMAGIOLOGIA E AVALIAÇÃO DE RESPONSABILIDADE</b> .....	213
Nicole A. Vincent	

<b>II. NUDGES: INDUÇÃO DE COMPORTAMENTOS E POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>233</b>
<b>ANÁLISE CRÍTICA DA ORIENTAÇÃO DE CIDADÃOS COMO MÉTODO PARA OTIMIZAR DECISÕES PÚBLICAS POR MEIO DA TÉCNICA NUDGE.....</b>	<b>235</b>
Luciana Cristina Souza, Karen Tobias França Ramos e Sônia Carolina Romão Viana Perdigão	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E O DEVER DE MONITORAMENTO: “LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO” .....</b>	<b>252</b>
Ana Paula de Barcellos	
<b>NUDGES E POLÍTICAS PÚBLICAS: UM MECANISMO DE COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO .....</b>	<b>267</b>
Amanda Carolina Souza Silva, Débhora Renata Nunes Rodrigues e Saul Duarte Tibaldi	
<b>REDUZINDO A TRIBUTAÇÃO COGNITIVA: LIÇÕES COMPORTAMENTAIS PARA A DIMINUIÇÃO DOS EFEITOS PSICOLÓGICOS ADVERSOS DA POBREZA.....</b>	<b>288</b>
Leandro Novais e Silva, Luiz Felipe Drummond Teixeira, Gabriel Salgueiro Soares e Otávio Augusto Andrade Santos	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS EM SUICÍDIO: DO PATERNALISMO CLÁSSICO AO PATERNALISMO LIBERTÁRIO E NUDGING .....</b>	<b>327</b>
Davi de Paiva Costa Tangerino, Gabriel Cabral e Henrique Olive	
<b>NUDGES COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA AUMENTAR O ESCASSO NÚMERO DE DOADORES DE ÓRGÃOS PARA TRANSPLANTE .....</b>	<b>369</b>
Roberta Marina Cioatto e Adriana de Alencar Gomes Pinheiro	
<b>OS PROGRAMAS DE INTEGRIDADE PARA CONTRATAÇÃO COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ESTADUAL: NUDGE OU OBRIGAÇÃO LEGAL? UM OLHAR SOBRE AS DUAS PERSPECTIVAS .....</b>	<b>386</b>
Cíntia Muniz Rebouças de Alencar Araripe e Raquel Cavalcanti Ramos Machado	
<b>PATERNALISMO LIBERTÁRIO E PROTEÇÃO JURÍDICA DO AMBIENTE: POR QUE PROTEGER O AMBIENTE TAMBÉM DEVE SER PROTEGER AS LIBERDADES? .....</b>	<b>406</b>
Mariana Carvalho Victor Coelho e Patryck de Araujo Ayala	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS BASEADAS EM EVIDÊNCIAS COMPORTAMENTAIS: REFLEXÕES A PARTIR DO PROJETO DE LEI 488/2017 DO SENADO .....</b>	<b>429</b>
Pâmela de Rezende Côrtes, André Matos de Almeida Oliveira e Fabiano Teodoro de Rezende Lara	
<b>III. ECONOMIA COMPORTAMENTAL: VIESES COGNITIVOS E POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>455</b>
<b>ECONOMIA COMPORTAMENTAL E DIREITO: A RACIONALIDADE EM MUDANÇA .....</b>	<b>457</b>
Marcia Carla Pereira Ribeiro e Victor Hugo Domingues	
<b>VIESES COGNITIVOS E DESENHO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....</b>	<b>473</b>
Benjamin Miranda Tabak e Pedro Henrique Rincon Amaral	

<b>A NEUROCIÊNCIA DA MORALIDADE NA TOMADA DE DECISÕES JURÍDICAS COMPLEXAS E NO DESENHO DE POLÍTICAS PÚBLICAS .....</b>	<b>493</b>
Erik Navarro Wolkart	
<b>DESVIO DE CARÁTER OU SIMPLEMENTE HUMANO? ECONOMIA COMPORTAMENTAL APLICADA AO COMPORTAMENTO DESONESTO.....</b>	<b>524</b>
Diana Orghian, Gabriel Cabral, André Pinto e Alessandra Fontana	
<b>POLÍTICAS PÚBLICAS E A CONCRETIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS: TOMADA DE DECISÃO, ARQUITETURA DE ESCOLHAS E EFETIVIDADE .....</b>	<b>543</b>
Ana Elizabeth Neirão Reymão e Ricardo dos Santos Caçapietra	
<b>BEHAVIORAL ECONOMICS E DIREITO DO CONSUMIDOR: NOVAS PERSPECTIVAS PARA O ENFRENTAMENTO DO SUPERENDIVIDAMENTO .....</b>	<b>568</b>
Samir Alves Daura	
<b>A EDUCAÇÃO FORMAL PARA O CONSUMO É GARANTIA PARA UMA PRESENÇA REFLETIDA DO CONSUMIDOR NO MERCADO? UMA ANÁLISE COM BASE NA BEHAVIORAL LAW AND ECONOMICS (ECONOMIA COMPORTAMENTAL) .....</b>	<b>600</b>
Marcia Carla Pereira Ribeiro e Edson Mitsuo Tiujo	
<b>LIBET, DETERMINISMO E CONSUMO: AS INFLUÊNCIAS DO MARKETING E A RELEVÂNCIA DA DELIBERAÇÃO CONSCIENTE NA SUPERAÇÃO CONDICIONAL DE HÁBITOS DE CONSUMO PERIGOSOS.....</b>	<b>616</b>
Émilien Vilas Boas Reis e Leonardo Cordeiro de Gusmão	
<b>CIÊNCIA DO DIREITO TRIBUTÁRIO, ECONOMIA COMPORTAMENTAL E EXTRAFISCALIDADE.....</b>	<b>640</b>
Hugo de Brito Machado Segundo	
<b>IV. COMPORTAMENTO JUDICIAL: INFLUÊNCIA DE FATORES EXTRAJURÍDICOS .....</b>	<b>660</b>
<b>FATORES METAPROCESSUAIS E SUAS INFLUÊNCIAS PARA A FORMAÇÃO DA DECISÃO JUDICIAL .....</b>	<b>662</b>
Rogério Roberto Gonçalves de Abreu, Lúcio Grassi de Gouveia e Virgínia Colares	
<b>“A VIDA COMO ELA É”: COMPORTAMENTO ESTRATÉGICO NAS CORTES.....</b>	<b>689</b>
Patrícia Perrone Campos Mello	
<b>A COMPOSIÇÃO DO ÓRGÃO COLEGIADO E SEUS EFEITOS NA TOMADA DE DECISÃO .....</b>	<b>720</b>
André Garcia Leão Reis Valadares	
<b>DAS 11 ILHAS AO CENTRO DO ARQUIPÉLAGO: OS SUPERPODERES DO PRESIDENTE DO STF DURANTE O RECESSO JUDICIAL E FÉRIAS .....</b>	<b>741</b>
José Mário Wanderley Gomes Neto e Flávia Danielle Santiago Lima	

<b>RAZÃO, EMOÇÃO E DELIBERAÇÃO: AS ADEQUAÇÕES REGIMENTAIS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA A FORMAÇÃO DE PRECEDENTES EFICAZES .....</b>	<b>758</b>
Peter Panutto e Lana Olivi Chaim	
<b>HEURÍSTICA DE ANCORAGEM E FIXAÇÃO DE DANOS MORAIS EM JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS NO RIO DE JANEIRO: UMA NOVA ANÁLISE .....</b>	<b>778</b>
Fernando Leal e Leandro Molhano Ribeiro	
<b>LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICOS FRENTE A LAS FUNCIONES DISCIPLINARIAS DE LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS: SUBSIDIARIEDAD Y DEFERENCIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS.....</b>	<b>801</b>
Jorge Ernesto Roa Roa	
<b>V. A INFLUÊNCIA DO GÊNERO NO PROCESSO DECISÓRIO JUDICIAL.....</b>	<b>824</b>
<b>COMO OS JUÍZES DECIDEM OS CASOS DE ESTUPRO? ANÁLISANDO SENTENÇAS SOB A PERSPECTIVA DE VIESES E ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO .....</b>	<b>826</b>
Gabriela Perissinotto de Almeida e Sérgio Nojiri	
<b>GÊNERO E COMPORTAMENTO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: OS MINISTROS CONFIAM MENOS EM RELATORAS MULHERES?.....</b>	<b>855</b>
Juliana Cesario Alvim Gomes, Rafaela Nogueira e Diego Werneck Arguelhes	
<b>HÉRCULES, HERMES E A PEQUENA SEREIA: UMA REFLEXÃO SOBRE ESTEREÓTIPOS DE GÊNERO, SUBPRESENTAÇÃO DAS MULHERES NOS TRIBUNAIS E (I)LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO PODER JUDICIÁRIO.....</b>	<b>878</b>
Jane Reis Gonçalves Pereira e Renan Medeiros de Oliveira	
<b>PRISÃO CAUTELAR DE GESTANTES: ANÁLISE DO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DA DECISÃO DO HABEAS CORPUS N. 143.641 .....</b>	<b>912</b>
Artur César Souza e Giovania Tatibana de Souza	
<b>VI. NEURODIREITO APLICADO AO DIREITO E AO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>926</b>
<b>CÉREBROS QUE PUNEM: UMA REVISÃO CRÍTICA DA NEUROCIÊNCIA DA PUNIÇÃO .....</b>	<b>928</b>
Ricardo de Lins e Horta	
<b>A INTUIÇÃO DO DOLO EM DIREITO PENAL: CORRELATOS NEURAI DA TEORIA DA MENTE, RACIOCÍNIO INDUTIVO E A GARANTIA DA CONVICÇÃO JUSTIFICADA.....</b>	<b>946</b>
Thiago Dias de Matos Diniz e Renato César Cardoso	
<b>AS COMUNIDADES EPISTÊMICAS PENAI E A PRODUÇÃO LEGISLATIVA EM MATÉRIA CRIMINAL.....</b>	<b>961</b>
Stéphane Enguéléguélé	

<b>DELINQUÊNCIA JUVENIL: RELAÇÕES ENTRE DESENVOLVIMENTO, FUNÇÕES EXECUTIVAS E COMPORTAMENTO SOCIAL NA ADOLESCÊNCIA .....</b>	<b>980</b>
André Vilela Komatsu, Rafaelle CS Costa e Marina Rezende Bazon	
<b>LÍMITES TEMPORALES A LAS PENAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD ATENDIENDO AL DESARROLLO PSICOSOCIAL.....</b>	<b>1001</b>
Silvio Cuneo Nash	
<b>NEUROLAW E AS PERSPECTIVAS PARA UMA ANÁLISE OBJETIVA DO COMPORTAMENTO SUGESTIONADO: REPERCUSSÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA ESFERA PENAL.....</b>	<b>1017</b>
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Rafael Gonçalves Mota	
<b>A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA NOS RELATOS TESTEMUNHAIS AS IMPLICAÇÕES DAS FALSAS MEMÓRIAS NO CONTEXTO DOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL .....</b>	<b>1036</b>
Caroline Navas Viana	
<b>A (IR)REPETIBILIDADE DA PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA: UMA DISCUSSÃO COM BASE NA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO.....</b>	<b>1058</b>
William Weber Ceconello, Gustavo Noronha de Avila e Lilian Milnitsky Stein	

# “A vida como ela é”: comportamento estratégico nas cortes\*

## “Life how it is”: strategic behavior in the courts

Patrícia Perrone Campos Mello\*\*

Se os fatos são contra mim, pior para os fatos.  
Nelson Rodrigues

### RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de examinar como as cortes decidem na vida real. Quais são os fatores jurídicos e extrajurídicos que interferem no processo decisório. O trabalho identifica três modelos principais para a compreensão do comportamento judicial: (i) o modelo legalista, (ii) o modelo ideológico e (iii) o modelo estratégico. Opta, contudo, por explorar com maior profundidade o modelo estratégico, quer por ser ele objeto de poucos trabalhos no Brasil, quer por apresentar importante potencial explicativo do processo decisório do Supremo Tribunal Federal. O trabalho se divide em três partes. Na primeira parte, os modelos de comportamento são descritos e ilustrados com exemplos. A segunda parte dedica-se a um exame aprofundado do modelo estratégico, abrangendo sua perspectiva interna (referente à atuação dos juízes dentro do colegiado) e a sua perspectiva externa (relacionada à interação entre as cortes, os demais Poderes e a opinião pública). A terceira parte desenvolve um estudo de caso com base em decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal à luz do modelo estratégico.

**Palavras-chave:** Supremo Tribunal Federal. Comportamento judicial. Modelo legalista. Modelo ideológico. Modelo estratégico. Interação entre Poderes.

### ABSTRACT

This paper aims to examine how courts decide in real life. What are the legal and extralegal factors that interfere in the decision-making process. It is based on the premise that there are three main models for understanding the judicial behavior: (i) the legalist model, (ii) the attitudinal model and (iii) the strategic model. It opts, however, for a more in-depth exploration of the strategic model, since there are not many Brazilian works about it, although it has an important explanatory potential for the Brazilian Supreme Court decision-making process. The work is divided in three parts. In the first part, the mentioned behavioral judicial models are described and illustrated with examples. The second part is devoted to an in-depth examination of the strategic model, covering its internal perspective (regarding the relation among the judges within the court) and its external perspective (regarding

\* Artigo convidado

\*\* Doutora e Mestre pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Procuradora do Estado do Rio de Janeiro. E-mail: pcamposmello@uol.com.br

the interaction between the courts, other branches of government and public opinion). The last part develops a case study based on decisions handed down by the Brazilian Supreme Court in light of the strategic model.

**Keywords:** Brazilian Supreme Court. Judicial behavior. Legalist model. Attitudinal model. Strategic model. Interaction with other branches of government.

## 1. INTRODUÇÃO

Como decidem as cortes? Quais são os argumentos efetivamente capazes de convencer os juízes? Que tipo de constrangimento pode influenciar o processo decisório dos tribunais na vida real? Grande parte da literatura jurídica dedica-se a tratar dos textos das normas, dos precedentes judiciais e das múltiplas teorias normativas que discutem como tais textos e precedentes devem ser interpretados e aplicados. Poucas obras cuidam de descrever como os juízes realmente decidem, como as cortes funcionam na prática, o que verdadeiramente fazem. Há uma dimensão fundamental da vida jurídica brasileira que consta em poucos livros e que raramente é tratada nas universidades: a dimensão real da “*vida como ela é*”<sup>1</sup>.

Debatemos muito como as decisões devem ser tomadas, mas cuidamos pouco de descrever como elas realmente ocorrem. O resultado são teorias normativas desconectadas da realidade. Idealizações sobre o papel a ser desempenhado pelos magistrados que desconsideram as condições em que trabalham e os limites a que estão sujeitos. Uma incompreensão generalizada sobre como argumentar, sustentar um ponto de vista ou defender um caso com chances de êxito em juízo. Se compete ao Judiciário interpretar as normas e decidir os conflitos de interesse, uma parte fundamental da compreensão do que o Direito é depende do adequado entendimento de como os juízes e as cortes decidem, dos fatores e argumentos que importam em uma perspectiva empírica.

A noção de que as cortes julgam os casos que lhes são submetidos apenas com base nos textos normativos, nos precedentes ou na dogmática jurídica — conjunto que se denominará, neste artigo, “material jurídico ortodoxo” — precisa ser superada. Há uma compreensão crescente no sentido de que outros fatores são capazes de interferir substancialmente sobre as decisões judiciais<sup>2</sup>. Há, ainda, importantes estudos empíricos estrangeiros que procuraram identificar tais fatores, inclusive com o propósito de prever como novos casos seriam decididos<sup>3</sup>. Esse será o objeto deste artigo.

1 “*A vida como ela é...*” é o título de uma série de contos e, ainda, o nome da coluna diária que Nelson Rodrigues escreveu, por dez anos, no jornal *Última Hora*. Nelson Rodrigues foi um grande dramaturgo, que se notabilizou por retratar a realidade brasileira com histórias picantes que giravam em torno de traições, adultérios e intenções inconfessáveis. A inclusão da expressão no título e ao longo deste artigo tem por base o sentimento de que o trabalho descreve, em alguma medida, uma realidade sobre as cortes que é menos “nobre” do que aquela que gostaríamos de enxergar. Talvez por isso seja pouco verbalizada e, em alguma medida, rejeitada. O propósito, contudo, não é escandalizar, mas sim conhecer. Sem compreendê-la, não é possível superá-la ou avançar. V. RODRIGUES, Nelson. *A vida como ela é: o homem fiel e outros contos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

2 FRANK, Jerome. Justice and emotions. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Nova Jersey: Princeton University, 1949. p. 405-415; POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University, 2008; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova York: Cambridge University, 2002; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998; BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008; SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006. Na literatura nacional, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

3 Além das obras já indicadas acima (nota 2), v., a título ilustrativo: ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart. Politics and the Judiciary: the influence of judicial background on case outcomes. *Journal of Legal Studies*, Filadélfia, v. 24, n. 2, p. 257, jun. 1995. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=facpub>>. Acesso em: 15 mar. 2018; BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M. *Strategy on the United States Supreme Court*. Nova York: Cambridge University, 2009; CROSS, Frank B.; NELSON, Blake J. Strategic institutional effects on Supreme Court decisionmaking. *New York University Law Review*, Nova York, v. 95, p. 1437, 2001; MILES, Thomas J.; SUSTEIN, Cass R. *The new legal realism*. Chicago: University of Chicago, 2007. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1070283###](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283###)>. Acesso em: 15

De modo geral, os mencionados estudos aludem a três modelos capazes de explicar o comportamento judicial: os modelos legalista, ideológico e estratégico<sup>4</sup>. Cada qual deles procura examinar a atuação dos magistrados com base em um fator principal. O modelo legalista aposta na primazia do Direito, em sua concepção ortodoxa, como principal fator explicativo das decisões. O modelo ideológico centra-se na demonstração de que a ideologia do magistrado é o principal elemento determinante dos julgados. O modelo estratégico concebe o processo decisório de uma forma mais sofisticada, como o resultado da interação dos magistrados com múltiplas influências, tais como: as suas próprias preferências, as preferências dos seus colegas de colegiado, os demais Poderes e a opinião pública.

O presente artigo defende que esses três modelos são relevantes para a compreensão do funcionamento das cortes de modo geral e do Supremo Tribunal Federal em particular. Opta, contudo, por explorar com maior profundidade o modelo estratégico, quer em razão da limitação de espaço, quer por se tratar de um modelo ainda pouco estudado e com importante potencial explicativo do processo decisório do STF. Com esse propósito, o artigo se divide em três seções. A primeira seção apresenta os referidos modelos, suas principais características e as críticas que lhes são dirigidas. A segunda seção do artigo dedica-se a uma análise aprofundada do modelo estratégico de comportamento judicial, tanto em relação ao seu aspecto interno (atuação estratégica dentro de um colegiado) quanto no que se refere ao seu aspecto externo (interação estratégica entre cortes e agentes e instituições externos). A última seção do artigo analisa alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal à luz do modelo estratégico de comportamento.

A compreensão dos elementos que efetivamente interferem no processo decisório do Supremo constitui questão de inequívoca relevância, tanto se considerada a posição ocupada pelo Tribunal no ordenamento jurídico brasileiro quanto se considerado o atual contexto em que o país se insere. Trata-se, primeiramente, do tribunal de mais alta hierarquia para se manifestar sobre matéria constitucional, no contexto de uma Constituição analítica<sup>5</sup>, que dispôs sobre um rol amplíssimo de matérias<sup>6</sup> e que se valeu de cláusulas abertas<sup>7</sup> para isso. Decidir sobre o significado de tal Constituição significa percorrer campos muito amplos e diversos do saber e examinar questões de grande importância, com base em referenciais jurídicos incompletos<sup>8</sup>.

---

mar. 2018; PINELLO, Daniel R. Linking party to judicial ideology in American courts: a meta-analysis. *Justice System Journal*, Denver, v. 20, p. 219, 1999.

4 Sobre os três modelos, com ênfase variada em cada qual: CROSS, Frank P.; TILLER, Emerson H. Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: whistleblowing on the Federal Courts of Appeals. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 107, p. 2155, 1998; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 257, 2005; FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 72, p. 1257, 2004; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court*, 1995. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018; MARTIN, Andrew D. et al. Competing approaches to predicting Supreme Court decision-making. *Perspectives on Politics*, New York, v. 2, p. 761, 2004.

5 Constituições analíticas, em oposição às constituições sintéticas, são constituições longas, que descem a minúcias (SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Rio de Janeiro: Forum, 2013. p. 56).

6 BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 351-380; FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 309 e ss; MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.

7 Cláusulas abertas ou cláusulas gerais são termos de conteúdo fluido, geralmente reconhecido como gênero e passível de subdivisão nas espécies: (i) conceitos jurídicos indeterminados e (ii) princípios. Os conceitos jurídicos indeterminados são noções de conteúdo relativamente indefinido, cujos termos não exauram seu significado, passíveis de determinação à luz do caso concreto. Os conceitos jurídicos indeterminados comportam uma zona de certeza positiva, em que o conceito certamente se verifica; uma zona de certeza negativa, em que o conceito não se verifica; e uma zona interpretação, em que a verificação é discutível. São exemplos de tais conceitos: ambiente insalubre, ordem pública e interesse social. Quanto aos princípios, trata-se de noções que remetem a um valor, a um conteúdo axiológico, como dignidade humana, igualdade, liberdade de expressão. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 309-318.

8 Afirma-se que os referenciais jurídicos são incompletos porque muitas vezes o texto, os precedentes e a dogmática oferecem apenas o ponto de partida para a solução do caso concreto, que dependerá da atuação criativa do intérprete. V. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva,

O STF detém, ainda, competência originária para processar e julgar um rol vasto de autoridades em matéria penal<sup>9</sup>. Trata-se, contudo, de competência para a qual alegadamente o Tribunal apresenta reduzidas aptidões institucionais. De modo geral afirma-se que o STF não está estruturado para atuar como instância originária em matéria penal, colhendo provas, como um juízo de primeiro grau. Alega-se, ainda, que esse fator, associado à sobrecarga enfrentada pela Corte, constitui um considerável óbice à adequada apreciação de tais ações, ensejando a impunidade de altas autoridades e o descrédito do Tribunal<sup>10</sup>. Por outro lado, o país enfrenta um contexto de corrupção sistêmica que parece ter alcançado parte substancial das suas instituições e autoridades mais relevantes, de modo que a Corte é cada vez mais provocada a apreciar esse tipo de assunto.

Em razão desses múltiplos fatores, a apreciação das pertinentes ações penais lançou o Tribunal na posição de “escrutinador” das condutas de autoridades presentes em todos os Poderes da República, sob o olhar atento da imprensa e da opinião pública — um estado de coisas que não favorece em absoluto a estabilidade institucional da própria Corte e que a sujeita a avanços e recuos nos temas que aprecia, em decorrência de tal interação. É com essa perspectiva que se passa ao exame dos modelos de comportamento judicial, tal como proposto acima.

## 2. OS MODELOS TRADICIONAIS DE COMPORTAMENTO JUDICIAL

Como já observado, a literatura tradicional sobre modelos de comportamento judicial alude a três modelos principais: (i) o legalista, (ii) o ideológico e (iii) o estratégico. Cada qual desses modelos elege um fator como elemento preponderantemente apto a explicar (e até mesmo a prever) como uma determinada questão será decidida. Esses modelos não exaurem todos os fatores que podem explicar uma decisão. Apenas identificam o elemento que julgam dominante<sup>11</sup>. A literatura reconhece outros modelos de comportamento que não serão abordados no presente trabalho<sup>12</sup>. Para os fins deste artigo, os três modelos de comportamento judicial antes mencionados são suficientes.

### 2.1. Modelo legalista

O modelo legalista de comportamento judicial aposta no “material jurídico ortodoxo” como o fator preponderante apto a explicar e a prever como um juiz ou uma corte decidirá um caso. Como já esclarecido, o material jurídico ortodoxo corresponde aos textos normativos, aos precedentes judiciais, à hermenêutica, à dogmática jurídica tradicionalmente utilizada na aplicação do direito. Na perspectiva do modelo legalista de decisão, se um texto é expresso acerca de determinado comando, se há um precedente vinculante em um dado sentido, se regras hermenêuticas favorecerem um entendimento, este será o tratamento adotado pelo

2009. p. 306-351; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 357-465.

9 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 102, I, alíneas b, c, d e i.

10 O debate sobre o tema não é novo. Neste sentido, STF, Pleno, DJ, 9 nov. 2001, Inq. 687, Rel. Min. Sydney Sanches. A questão voltou a ser objeto de apreciação recentemente: STF, Pleno, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgamento em curso.

11 Para outros fatores, v., ilustrativamente: POSNER, Richard. What do judges maximize? (the same thing everybody else does). *Supreme Court Economic Review*, Nova York, v. 3, p. 1, 1993.

12 O modelo estratégico é uma espécie do modelo institucional de comportamento judicial. O modelo institucional pode ser subdividido em: (i) comportamento institucional sincero, que se explica pela adequação voluntária e involuntária às instituições e regras que as regem; e (ii) comportamento institucional estratégico, que se explica pela interação entre os juizes, as regras que regem o funcionamento das instituições e sua aspiração de influenciar o desenvolvimento do direito em um determinado sentido. Optouse, contudo, por abordar apenas o modelo estratégico, tendo em vista a limitação de espaço. Para essa classificação, cf.: MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 147 e ss.

juízo. Tais fatores constituiriam o elemento determinante de como o juízo decidirá um caso.

A expressão “legalista” não é a mais adequada para se pensar o comportamento de uma corte constitucional ou de uma suprema corte que julgue matéria constitucional, já que a alusão à lei remete à norma infraconstitucional. Entretanto, a Constituição, também, é norma e, em virtude disso, as reflexões do modelo legalista podem ser transplantadas para o exame que se pretende desenvolver. Uma suprema corte que adote um comportamento legalista, na acepção desse modelo, se caracterizaria por proferir decisões que *podem ser predominantemente explicadas e antevistas com base no texto da Constituição, nos precedentes da própria corte e na dogmática acerca da interpretação constitucional, ou seja, no mencionado material jurídico ortodoxo*.

Como é intuitivo, o modelo legalista é insuficiente para explicar o comportamento dos juízes em uma multiplicidade de casos comumente enfrentados em matéria constitucional. O texto constitucional é repleto de cláusulas abertas e pode ser insuficiente para o preenchimento de conceitos jurídicos indeterminados ou para a solução de conflitos entre princípios constitucionais, em circunstâncias em que tampouco os precedentes e a dogmática oferecerão respostas incontestáveis<sup>13</sup>. Nesse caso, o material jurídico ortodoxo é insuficiente para indicar a solução a ser dada a um determinado debate. Além disso, o modelo legalista não se presta a enfrentar a solução de casos em que a aplicação mecânica de uma solução pré-existente conduz a situações de injustiça flagrante. Tampouco explica a superação de precedentes ou a oscilação jurisprudencial. Tanto o julgamento de casos em que a aplicação do modelo ortodoxo conduziria a decisões evidentemente teratológicas quanto as decisões que implicam a alteração de precedentes ou o seu tratamento inconsistente evidenciam que fatores diversos daqueles identificados pelo modelo legalista têm um papel relevante para a compreensão do comportamento judicial<sup>14</sup>.

O modelo legalista de comportamento judicial tem, contudo, o seu valor. A solução de uma grande gama de casos que chega às cortes constitucionais e supremas cortes pode ser explicada por meio desse modelo. Trata-se, geralmente, de casos em que o texto constitucional é explícito acerca da solução, ou cuja questão de fundo geralmente já foi apreciada. Nessas situações, as cortes se engajam em uma atividade de correção de erro e de retificação das decisões proferidas pelas demais instâncias. Na Suprema Corte norte-americana, esse é o caso das causas admitidas para exame sumário (*summary consideration*), consideradas mais simples, em que, geralmente, as decisões são unânimes<sup>15</sup>. No Supremo Tribunal Federal, do mesmo modo, um grande quantitativo de recursos — na verdade a grande maioria deles — é decidido com base na mera reiteração de jurisprudência ou, ainda, com base em critérios formais de (in)admissibilidade<sup>16</sup>. Nessas hipóteses, o comportamento legalista pode apresentar um grande potencial explicativo do comportamento judicial<sup>17</sup>.

13 Para o debate sobre a operação com conceitos jurídicos indeterminados e sobre a superação de conflitos entre princípios constitucionais na doutrina brasileira, v. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 311-338; SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 385-391 e 493-531.

14 Sobre o tratamento inconsistente de precedentes e a participação de fatores não legalistas no processo decisório, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 668-690, abr. 2018.

15 SONGER, Donald R.; LINDQUIST, Stefanie. Not the whole story: the impact of justices' values on Supreme Court decision-making. *American Journal of Political Science*, Detroit, v. 40, n. 4, p. 1049-1063, nov. 1996. Em sentido semelhante, reconhecendo que o modelo legalista tem algum poder explicativo sobre o comportamento da Suprema Corte, tendo em vista que os precedentes ideologicamente divergentes do pensamento da atual composição são mantidos por ela, v. POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University, 2008. p. 52-56.

16 Para o quantitativo de recursos decididos com base em mera reiteração de jurisprudência, v. FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, abr. 2011.

17 Não se deve desconsiderar, contudo, que a argumentação legalista também pode ser utilizada de forma estratégica, para ocultar as verdadeiras razões que motivam uma determinada decisão. A invocação do dogma do legislador negativo, por exemplo, eventualmente se presta a essa função no Supremo Tribunal Federal. Ministros que aceitam abertamente a utilização de decisões aditivas (técnica por meio da qual o STF acrescenta conteúdo à norma, ao interpretá-la) eventualmente invocam o superado dogma do Legislador negativo para afirmar que o Tribunal não pode criar direito, mas tão-somente afastar a aplicação de normas tidas por inconstitucionais. Uma justificativa possível para a inconsistência metodológica é de que argumento legalista está sendo usado de

A título ilustrativo, é o que se passa quando: os tribunais, por seus órgãos fracionários, deixam de aplicar uma norma, por julgá-la inconstitucional, sem levar a matéria à apreciação do pleno, e o STF cassa a decisão, por violação à Súmula Vinculante 10, firmada com base em reiteradas decisões da Corte no mesmo sentido<sup>18</sup>; quando uma lei de iniciativa parlamentar dispõe sobre regime de pessoal do Executivo, e é declarada inconstitucional por vício de iniciativa, com base na jurisprudência consolidada no Tribunal sobre a questão<sup>19</sup>; ou quando a lei vincula a receita de um imposto a uma despesa específica, e se declara a sua inconstitucionalidade, por violação ao art. 167, IV, da Constituição, já reiteradamente interpretado pelo STF. Trata-se de casos cujo julgamento pode ser explicado pelo modelo legalista.

Entretanto, não são essas as causas que chamam a atenção do público em geral e que rendem as manchetes de jornal. Os julgamentos que atraem os olhares para os trabalhos das cortes constitucionais e supremas cortes são justamente aqueles em que uma questão paradigmática está sendo apreciada pela primeira vez, em que as cortes se desviaram de seus precedentes anteriores, em que ofereceram uma interpretação menos evidente do texto da Constituição ou, ainda, os julgamentos em que questões polêmicas, que dividem a comunidade, são enfrentadas. A própria natureza desses casos produz uma maior indeterminação do direito e, nessas circunstâncias, os modelos ideológico e estratégico podem apresentar um grande potencial explicativo de como as decisões são tomadas.

## 2.2. Modelo ideológico

O modelo ideológico identifica a ideologia dos magistrados como o fator determinante do seu comportamento judicial. A ideologia, no caso, é concebida de forma ampla, como o conjunto de valores e de ideias que integram a visão de mundo do magistrado. A partir desse conjunto, procura-se explicar ou até mesmo prever como determinado juiz votará em um caso inédito e controvertido. Os fundamentos utilizados pelo magistrado para decidir, as normas jurídicas e os argumentos invocados para justificar a sua decisão constituiriam, em verdade, uma mera racionalização produzida *a posteriori*, depois de tomada a decisão, com o fim de legitimá-la<sup>20</sup>.

O desenvolvimento de estudos empíricos voltados a mensurar a participação da ideologia dos magistrados em seus processos decisórios foi muito favorecido pelo ambiente ideológico norte-americano. O ambiente norte-americano é bipartido e polarizado entre democratas e republicanos, e suas divergências ideológicas têm uma projeção muito clara em matéria constitucional. Os democratas são geralmente mais progressistas do ponto de vista da tutela de direitos fundamentais e mais favoráveis à intervenção do Estado na economia. Os republicanos são mais conservadores e, portanto, menos protetivos em matéria de direitos fundamentais e menos abertos à intervenção estatal. Nessa linha, a título ilustrativo, os democratas são as-

---

forma estratégica. V., sobre o tema: v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 159-167.

18 STF, Súmula Vinculante 10: “Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”.

19 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 61, §1º, II, a e c; STF, Pleno, *DJe*, 11.10.2016, ARE 8.911 RG, Rel. Min. Gilmar Mendes, reafirmação de jurisprudência.

20 O modelo ideológico foi inspirado por ideias oriundas do realismo jurídico. O realismo jurídico foi uma corrente do pensamento norte-americano articulada como reação ao formalismo e à fundamentação jurídica artificial das decisões judiciais. Seus estudiosos defendiam uma mudança de foco no estudo do direito, propondo o abandono das discussões teóricas sobre como as normas devem ser interpretadas e aplicadas, voltando-se para a compreensão do que efetivamente se passa nos tribunais (à semelhança do que se propõe neste artigo). O realismo jurídico teve por precursores, entre outros, Oliver Wendell Holmes Jr., Benjamin Cardozo, Karl Llewellyn e Jerome Frank. Holmes é o autor da citadíssima frase: “o direito é apenas a previsão acerca do que as cortes efetivamente farão e nada mais do que isso” (HOLMES, Oliver Wendell Jr. *The path of the law*. *Harvard Law Review*, v. 110, p. 991, 1897, p. 994). Para acessar o pensamento dos demais autores, v. CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. Nova York: Dover Publications, 2005; LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960; FRANK, Jerome. *Are judges human?*. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1949. p. 146-156.

sociados a posições mais protetivas de grupos minoritários, como negros, mulheres, hispânicos e minorias sexuais, quando em questão o respeito ao direito à igualdade<sup>21</sup>. Em matéria econômica, geralmente se manifestam a favor da manutenção de normas regulatórias, da tutela ao meio ambiente e de sindicatos, quando seus direitos entram em conflito com interesses de empresas privadas<sup>22</sup>. Os republicanos são associados ao posicionamento oposto.

Nesse contexto, os estudos empíricos sobre o comportamento judicial ideológico valeram-se do seguinte método: (i) buscaram identificar ideologicamente o magistrado como predominantemente progressista/democrata ou conservador/republicano; (ii) reuniram um conjunto de casos e procuraram antecipar como tais casos seriam decididos por cada juiz, de acordo com o seu perfil ideológico; (iii) ao final, verificaram como foram efetivamente decididos na prática e, com base nesse confronto, avaliaram a acuidade do modelo na previsão do comportamento do magistrado.

Tais estudos desenvolveram dois métodos principais para a identificação ideológica dos juizes. O primeiro método se voltou à explicação do comportamento dos juizes da Suprema Corte norte-americana. Em sua origem, foi desenvolvido por Segal e Cover, que produziram uma indexação ideológica de tais juizes, com base em editoriais de jornal. Esses autores extraíram as informações publicadas sobre os magistrados dos editoriais produzidos entre a sua indicação para a Suprema Corte e a sua confirmação. Consideraram, originalmente, quatro jornais de grande circulação, sendo dois de inclinação democrata e dois de inclinação republicana<sup>23</sup>. A partir de como tais juizes foram descritos e avaliados pelos jornais, os estudiosos os escalonaram entre os números -1, equivalente a extremamente conservador, e +1, extremamente progressista. Quanto mais próximo de zero fosse o índice de um juiz, mais moderadas eram consideradas as suas posições.

Os índices obtidos revelavam, portanto, a percepção da imprensa a respeito da ideologia de tais juizes, e os escalonavam em graus de inclinação progressista ou conservadora. Com esse critério, os estudiosos obtiveram uma medida independente da ideologia dos magistrados (que não tinha por base os seus próprios votos)<sup>24</sup>. Na sequência, examinaram como esses magistrados votaram em determinados casos com projeções ideológicas claras e verificaram o nível de acerto do modelo, ou seja, em que medida o índice ideológico atribuído ao juiz era capaz de indicar como votaria em determinada questão. Esse primeiro modelo revelou um alto potencial preditivo da forma de decidir dos magistrados. Em um conjunto de casos sobre direitos fundamentais decididos entre os anos de 1953 e 1999, constatou-se uma convergência da ordem de 76% (setenta e seis por cento) entre as decisões dos magistrados e suas inclinações ideológicas. Em outro estudo, que reuniu casos de busca policial, entre 1962 e 1998, o percentual de acerto foi de 71% (setenta e um por cento) dos votos.

O segundo método empírico de estudo do comportamento ideológico foi utilizado para o estudo da atua-

21 SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and votes of U.S. Supreme Court Justices. *American Political Science Review*, Washington, v. 83, p. 557, 1989; SEGAL, Jeffrey A. et al. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices revisited. *Journal of Politics*, West Nyack, v. 57, p. 815, 1995; SOLBERG, Rorie Spill. Judicial behavior in constitutional challenges before the Rehnquist Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, Oxford, v. 3, p. 245, jul. 2006.

22 SEGAL, Jeffrey A. et al. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices revisited. *Journal of Politics*, West Nyack, v. 57, p. 815, 1995; REVESZ, Richard L. Environmental regulation, ideology, and the D.C. circuit. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, p. 1717, 1997; SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political?* An empirical analysis of the federal judiciary. Washington: Brookings Institution, 2006. p. 24 e ss.

23 A indexação original, produzida por Segal e Cover, foi posteriormente atualizada por Segal e Spaeth, ampliando-se inclusive o universo de periódicos examinados com esse objetivo. v. SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U. S. Supreme Court Justices. *American Political Science Review*, Washington, v. 83, p. 557, 1989; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova York: Cambridge University, 2002. p. 322.

24 A obtenção de uma medida da ideologia dos magistrados que independesse de seus próprios votos era fundamental para a viabilidade do modelo. Era preciso apurar a ideologia com base em um critério objetivo e, na sequência, testar a capacidade preditiva da ideologia sobre os casos já decididos pelos magistrados. Se a ideologia fosse inferida a partir do próprio conjunto de casos decididos pelos magistrados, esse conjunto não se prestaria a confirmar a hipótese da influência da ideologia porque teria servido de base para a identificação ideológica. Haveria, nessa hipótese, um problema de circularidade no método aplicado, que poderia distorcer o resultado final.

ção de juízes federais norte-americanos. Esse método associava a orientação ideológica do juiz ao presidente que o indicou. Nos Estados Unidos, os juízes federais são indicados pelo Chefe do Executivo e aprovados pelo Senado Federal. Assumiu-se que o presidente, ao indicar um magistrado, buscava candidatos que fossem minimamente convergentes com as suas próprias convicções, em uma tentativa de influenciar os rumos do Direito. Por isso, utilizou-se como critério objetivo para determinar as inclinações ideológicas de um dado juiz o partido a que pertencia o presidente que o selecionou. Com base nisso, procurava-se identificar como o juiz votaria nos diferentes casos que lhe seriam submetidos, tendo em conta a mesma lógica já descrita acima: decisões mais progressistas seriam produto de juízes indicados por democratas, ao passo que decisões mais conservadoras seriam tomadas por juízes indicados por republicanos<sup>25</sup>.

Tais estudos empíricos demonstraram que algumas matérias eram mais propensas a votações ideológicas do que outras, mas, de modo geral, confirmaram a hipótese de votação ideológica. Nessa linha, constatou-se que juízes democratas julgavam mais favoravelmente a grupos minoritários, em casos de ações afirmativas, de discriminação sexual e de assédio sexual; que produziam mais decisões reconhecendo a ocorrência de segregação racial; que julgavam favoravelmente a deficientes físicos, em casos de arguição de violação a seu direito à igualdade; que se manifestavam mais em favor do direito de veicular pornografia, sob a invocação da liberdade de expressão; e que validavam mais normas restritivas sobre financiamento de campanhas eleitorais<sup>26</sup>.

A principal crítica dirigida aos referidos estudos diz respeito ao fato de que o universo de casos utilizados para o exame da interferência da ideologia sobre o processo decisório era pequeno, razão pela qual suas conclusões não deveriam ser generalizadas. Afirma-se, ainda, que tal exame recai sobre um conjunto de casos em que o Direito está menos definido, e que desconsidera, por isso, um rol mais amplo de casos mais simples, superdimensionando a participação da ideologia no processo decisório<sup>27</sup>. Alguns estudos procuram demonstrar, ainda, que um juiz pode passar por alterações ideológicas ao longo do tempo, o que comprometeria a capacidade preditiva de um modelo baseado em uma inclinação ideológica medida em um momento temporal específico<sup>28</sup>.

Veja-se, contudo, que as conclusões dos estudos empíricos em questão são importantes mesmo que aplicáveis a um conjunto menor de casos, em que o direito ainda se apresenta indeterminado. É que é de extrema relevância para a compreensão do comportamento judicial identificar quais são os fatores que interferem no convencimento dos juízes nas situações em que justamente há um alto grau de indeterminação

25 SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 99, p. 743, 2005. p. 748 e ss.; SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution Press, 2006.

26 SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova York: Cambridge University, 2002. p. 320 e ss.; FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 257, 2005. p. 273. Ver, ainda, sobre o tema, MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. Do judges make regulatory policy? An empirical investigation of Chevron. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 73, p. 823, 2006. p. 823; BENESH, Sara C.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court justice-centered judicial databases: the Warren, Burger, and Rehnquist Courts 1953-2000*. East Lansing: Michigan State University, 2003. p. 20-22 Disponível em: <<http://artsandsciences.sc.edu/poli/juri/flpdcodbk.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018; SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006. p. 24 e ss.

27 MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. The new legal realism. Chicago: University of Chicago, 2007. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1070283###](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283###)>. Acesso em: 15 mar. 2018, p. 7 e ss.; SONGER, Donald R.; LINDQUIST, Stefanie A. Not the whole story: the impact of justices' values on Supreme Court decision-making. *American Journal of Political Science*, v. 40, n. 4, p. 1049, 1996. p. 1053-1054 e 1058; WALD, Patricia. A response to Tiller and Cross. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 99, 1999, p. 244 e ss.; TAHA, Ahmed E. Judge shopping: testing whether judges' political orientation affect case filings. *University of Cincinnati Law Review*, v. 20, p. 101-130, 2010, p. 104 e ss.; SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 99, 2005. p. 773.

28 MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. *Journal of Law, Economics, and Organization*, p. 1, 11 maio 2007. p. 16-18. Disponível em: <<http://www.law.berkeley.edu/files/prefchange.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018; EPSTEIN, Lee et al. Do political preferences change? A longitudinal study of U.S. Supreme Court justices. *Journal of Politics*, West Nyack, v. 60, n. 3, p. 801-818, ago. 1988; SHAUER, Frederick. Incentives, reputation and the inglorious determinants of judicial behavior. *Cincinnati Law Review*, v. 68, p. 615-636, 2000.

acerca do direito e, portanto, nas quais o material jurídico ortodoxo é insuficiente. Estes tendem a ser os casos difíceis apreciados pelas cortes.

O transplante da metodologia utilizada pelo modelo de comportamento ideológico norte-americano (*attitudinal model*) para o sistema brasileiro é bastante difícil. Não há no Brasil o mesmo universo ideológico plenamente definido e com projeção em matéria constitucional. Tampouco parece possível antecipar o posicionamento de um ministro sobre determinado tema apenas com base nas inclinações ideológicas do presidente que o nomeou ou do partido do presidente<sup>29</sup>. Apesar disso, acredita-se que os achados e os *insights* do modelo ideológico são importantes para a compreensão do comportamento judicial também no Brasil. A influência da ideologia no processo decisório manifesta, em verdade, o quanto tal processo é permeável à subjetividade do magistrado. A subjetividade abrange um conjunto amplo de experiências, valores, pré-compreensões, que compõem o *background* de um juiz e que é fortemente responsável por suas inclinações ideológicas<sup>30</sup>.

Por isso, ainda que não seja possível desenvolver uma análise do comportamento de um ministro do Supremo Tribunal Federal a partir do presidente que o indicou para o cargo, existem outros elementos que podem funcionar como indicadores das suas inclinações. A identidade das pessoas em geral é construída na interação com o outro e, por conseguinte, os grupos de identificação de um magistrado influenciam suas concepções de mundo e revelam tendências decisórias. A família, a criação, os amigos, a religião e a vinculação com movimentos sociais são alguns elementos que podem funcionar como indicadores de tais tendências<sup>31</sup>.

A origem profissional de um juiz — se ele vem da advocacia ou da magistratura — pode ser determinante de certos comportamentos. A literatura já demonstrou, por exemplo, que juízes que atuaram como advogados criminalistas tendem a ser mais protetivos dos direitos de defesa dos réus, e que juízes pertencentes a grupos minoritários tendem a julgar mais favoravelmente a tais grupos em casos de discriminação ou assédio<sup>32</sup>.

Há, assim, estudos que indicam que a ideologia e a subjetividade têm uma participação importante no processo decisório dos magistrados, notadamente em casos difíceis, nos quais o direito se encontra mais indeterminado. Nessa medida, identificar o *background* dos juízes e tentar associá-lo a um padrão decisório em determinadas matérias pode ajudar a compreender suas inclinações, pode orientar a argumentação das partes e eventualmente permitirá prever a forma como se manifestará sobre determinada matéria ou, ainda, o tipo de argumento ao qual ele se mostrará mais sensível.

No que respeita ao Supremo Tribunal Federal, diversos ministros já reconheceram a influência das suas visões de mundo sobre os votos que proferem. A título ilustrativo, quando de sua confirmação pelo Senado,

29 No plano do modelo ideológico, há uma hipótese que procura relacionar a forma de votar dos ministros com as consequências que seu voto produzirá no cenário político do momento e/ou sobre determinados personagens da política. Sobre o tema, v. ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Quando a unanimidade não esclarece. *Valor*, 22 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/quando-a-unanimidade-nao-esclarece>>. Acesso em: 15 mar. 2018. Essa hipótese não será examinada aqui.

30 GROSSMAN, Joel B. Social backgrounds and judicial decision-making. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 79, p. 1551, 1966; BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008. p. 26-28; ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart. Politics and the judiciary: the influence of judicial background on case outcomes. *Journal of Legal Studies*, v. 24, p. 257, 1995. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=facpub>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

31 MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 127-144.

32 SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRIS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. *New York University Law Review*, New York, v. 73, p. 1377, 1998. p. 1457; PERESIE, Jennifer. Female judges matter: gender and collegial decision-making in the Federal Appellate Courts. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 114, n. 7, may 2005. p. 1786-1787. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/note/female-judges-matter-gender-and-collegial-decisionmaking-in-the-federal-appellate-courts>>. Acesso em: 26 mar. 2018; COX, Adam; MILES, Thomas. *Judging the Voting Rights Act*. Disponível em: <[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8033&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8033&context=journal_articles)>. Acesso em: 30 jun. 2018.

o Ministro Gilmar Mendes afirmou que, em sua atuação no STF, *defenderia suas posições* com a mesma veemência com que as defendera em sua vida pública progressiva<sup>33</sup>. O Ministro Joaquim Barbosa declarou que desejava levar ao Supremo *uma visão do direito influenciada por sua própria trajetória*<sup>34</sup>. O Ministro Marco Aurélio reconheceu expressamente: “*Primeiro idealizo a solução mais justa. Só depois vou buscar apoio na lei*”<sup>35</sup>.

O julgamento de casos como pesquisas com células tronco embrionárias<sup>36</sup>, interrupção da gestação de fetos anencefálicos<sup>37</sup> e uniões homoafetivas<sup>38</sup> deixa entrever a inevitabilidade da influência das visões de mundo dos magistrados (sobre a proteção à vida, à liberdade e à autonomia) sobre suas decisões<sup>39</sup>. Um exemplo típico desse comportamento consiste no voto proferido pelo saudoso Ministro Menezes Direito no primeiro desses casos. As pesquisas com células tronco envolviam o emprego de embriões não utilizados na fertilização *in vitro*, ensejando a sua destruição. A questão suscitava sentimentos conflitantes acerca da proteção do direito à vida, tendo contado com a atuação da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), na condição de *amicus curiae*, contra a validade das pesquisas nessas condições.

O Ministro Direito era um ministro sabidamente muito católico. Entretanto, tinha plena compreensão da importância de proferir, na hipótese, uma decisão que não impusesse a visão de mundo de um determinado grupo religioso e reconheceu isso em seu voto<sup>40</sup>. A despeito disso, a fundamentação da sua decisão aludia a sumas papais, a reflexões teológicas e filosóficas e ponderava que o direito à vida tinha relação com valores que “não se esgotam em um só segmento do conhecimento humano”, o que importaria, a seu ver, uma abordagem interdisciplinar sobre o tema<sup>41</sup>. Ao final, o Ministro Direito concluiu que as pesquisas com células

33 MENDES, Gilmar. Vou defender minhas posições. *Jornal do Brasil*, Rio de Janeiro, 26 maio 2002. p. 10. Entrevista concedida a Gustavo Krieger. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2002\\_maio\\_26.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2002_maio_26.pdf)>. Acesso em: 02 abr. 2018.

34 GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Vivi muita pobreza até os 17 anos. *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 8 maio 2003. Nacional, p. A9. Entrevista concedida a Mariângela Gallucci. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2003\\_maio\\_08\\_002.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/JoaquimBarbosa/Entrevistas/2003_maio_08_002.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2018.

35 MELLO, Marco Aurélio. Competência: palavra que melhor resume o nosso Ministro do Supremo Tribunal Federal. *Jornal da Cidade*, Sergipe, 7 out. 2003. Suplemento especial. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2003\\_out\\_07.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2003_out_07.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2018.

36 STF, Pleno, *DJe*, 28.05.2010, ADI 3510, Rel. Min. Ayres Britto.

37 STF, Pleno, *DJe*, 30.04.2013, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

38 STF, Pleno, *DJe*, 14.10.2011, ADI 4277 e ADPF 132, Rel. Min. Ayres Britto.

39 Para um estudo dos três casos e da influência da ideologia ou do *background* dos magistrados sobre os seus votos, v. MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos Bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 127-144.

40 Trecho do voto do Ministro Menezes Direito: “Neste julgamento, penso que deve ficar claro que não se trata aqui de buscar uma definição científica de determinado evento fazendo uma declaração de princípios de natureza religiosa, canônica. Não se pode pôr a questão sob esse ângulo. Trata-se, ao contrário, de decidir uma questão sob o ângulo jurídico, o que não afasta a necessidade de buscar perspectiva interdisciplinar considerando valores apropriados que não se esgotam em um só segmento do conhecimento humano. [...] O que a Suprema Corte do Brasil está desafiando não é, portanto, uma questão religiosa. É uma questão jurídica, posta no plano da interpretação constitucional. A religião pertence à intimidade do ser do homem e todos nós devemos abrir nossos corações com humildade e grandeza para proclamar nossa fé no mais íntegro respeito moral pela pluralidade que é marca indissociável das sociedades livres. Tentar estabelecer a ideologização da ciência ou enxergar o obscurantismo nos que creem e defendem sua fé é indigno desse trânsito da história da humanidade. É por essa razão que devemos pôr com toda clareza que estamos julgando o alcance constitucional da proteção à vida e à dignidade da pessoa humana” (ADI 3510, p. 237-239, grifos originais suprimidos).

41 A título ilustrativo, confira-se outra passagem do voto do Ministro Menezes: “A beleza do tema está bem-posta no diálogo epistolar entre o Cardeal Carlo Maria Martini e Umberto Eco (*Em que creem os que não creem*. Record, 2002). Na correspondência trocada em junho de 1995, Umberto Eco pergunta: ‘Quando tem início a vida humana?’ (pág. 31). E responde afirmando que todos ‘já consideram como ser humano o recém-nascido ainda ligado ao cordão umbilical. De quanto é possível retroceder? Se a vida e a humanidade já estão no sêmen (ou até mesmo no programa genético), podemos considerar que o desperdício do sêmen é um delito comparável ao homicídio?’ (págs. 31/32). Prossegue lembrando as posições de Tertuliano, Santo Agostinho e Santo Tomás em torno do momento em que a alma é transmitida. E depois de anotar que o não crente também se coloca o problema, assevera que ‘talvez estejamos condenados a saber apenas que existe um processo, que seu resultado final é o milagre do recém-nascido e que o momento em que se teria o direito de intervir nesse processo e em que não seria mais lícito fazê-lo não pode ser esclarecido nem discutido. Logo, tanto não tomar jamais tal decisão, quanto tomá-la é um risco pelo qual a mãe responde apenas ou diante de Deus ou diante do tribunal da própria consciência e da humanidade’ (pág. 33). E faz a terrível advertência: ‘O senhor sabe que tais questões não implicam somente uma reflexão sobre o aborto, mas uma série dramática de questões novíssimas, como, por exemplo, a engenharia genética e a bioética, discutidas hoje por todos, crentes ou não. Como se posiciona o teólogo diante do criacionismo

tronco seriam constitucionais *apenas se fossem realizadas sem a destruição do embrião*. Caso contrário, violariam o direito à vida<sup>42</sup>. A argumentação, tal como desenvolvida no voto, demonstrava a dificuldade de um juiz decidir casos difíceis sem qualquer influência da sua compreensão de mundo, ainda que procurasse ser neutro.

### 2.3. Modelo estratégico

O modelo estratégico de comportamento judicial corresponde ao terceiro modelo comportamental tradicionalmente referenciado pela literatura. É compatível, ao menos em parte, com as ideias do modelo ideológico. Tanto no modelo ideológico quanto no modelo estratégico, acredita-se que os juízes tendem a decidir de forma a influenciar o desenvolvimento do direito no sentido que consideram mais adequado. No modelo ideológico, contudo, os magistrados simplesmente votam de acordo com as suas preferências. No modelo estratégico, apresentam um comportamento mais sofisticado. Na atuação estratégica, o fato de a decisão de um juiz depender do comportamento de outros agentes para lograr prevalecer ou influenciar o desenvolvimento do direito em um determinado sentido interfere sobre suas escolhas. Em um órgão colegiado, o juiz que deseja influenciar o desfecho de um caso precisa levar em consideração que seu entendimento necessitará da adesão da maioria para prevalecer. Ele até poderia votar conforme as suas preferências pura e simplesmente, mas se o seu propósito é produzir um determinado desfecho, que considera o mais adequado, precisa considerar o pensamento dos demais membros do colegiado e avaliar se suas preferências pessoais contarão com o apoio dos demais.

Nessas circunstâncias é possível que ele procure identificar como os outros membros de um colegiado se comportarão em determinado julgamento e opte por votar não propriamente conforme as suas convicções, mas de acordo com um entendimento mais moderado e capaz de conquistar a adesão da maioria — o que o modelo estratégico convencionou chamar de *second best decision*. Entre votar como deseja e restar vencido, ou proferir um voto que não considera o ideal, mas que tem chance de ser aprovado pelo colegiado, é possível que o juiz opte pela segunda alternativa. Nesse caso, o magistrado agirá estrategicamente.

Os estudiosos do modelo estratégico recorrem a duas teorias: à Teoria das Escolhas Racionais e à Teoria dos Jogos. De acordo com a Teoria das Escolhas Racionais, os agentes e, portanto, também, os juízes têm determinados objetivos e optam pelas atitudes que acreditam que são mais aptas à sua consecução. Para que a atuação estratégica logre alcançar um bom resultado, algumas condições devem ser preenchidas, a saber: (i) em primeiro lugar, o comportamento adotado deve possibilitar a maximização do benefício pretendido; (ii) em segundo lugar, a percepção quanto ao comportamento que cumpre essa função precisa ter uma base sólida; e, portanto, (iii) o agente precisa fazer um investimento ótimo para a obtenção de informação acerca do comportamento que pode esperar dos demais agentes de quem a sua conduta e a consecução do resultado perseguido dependem<sup>43</sup>. No caso dos juízes, o benefício a ser maximizado seria adoção de uma decisão

---

clássico hoje?’ (pág. 33), para terminar: ‘Definir o que seja, e onde tem início, a vida é questão em que está em jogo a nossa vida. Colocar-me estas questões é um duro peso moral, intelectual e emotivo – creia – para mim também (p. 34). A resposta do Cardeal Martini mostra a complexidade do tema: “O senhor se refere justamente às sutis reflexões de Tomás sobre as diversas fases do desenvolvimento do vivente. Não sou filósofo nem biólogo e não quero adentrar-me em tais questões. Mas todos sabemos que hoje se conhece melhor o dinamismo do desenvolvimento humano e a clareza de suas determinações genéticas a partir de um ponto que, pelo menos teoricamente, pode ser precisado. A partir da concepção, nasce, de fato, um ser novo. Novo significa diverso dos dois elementos que, unindo-se, o formaram. Tal ser inicia um processo de desenvolvimento que o levará a tornar-se aquela ‘criança maravilhosa, milagre natural ao qual se deve aderir’. É este o ser de que se trata, desde o início. Há uma continuidade na identidade” (págs. 38/39). E aduz: “O senhor conclui dizendo: ‘definir o que é e onde tem início a vida é questão em que está em jogo a nossa vida’. Estou de acordo, pelo menos sobre ‘o que é’ e já dei minha resposta. O ‘onde’ pode continuar misterioso, mas está submetido ao valor do ‘o que é’”.

42 Trata-se de entendimento extremamente restritivo da realização das pesquisas, que possivelmente teria ensejado sua supressão, se houvesse prevalecido, já que o método voltado à extração das células tronco sem a destruição dos embriões ainda não tinha tido sua viabilidade científica, eficácia e segurança comprovadas (ADIn 3510, p. 289-290).

43 ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University Press, 1986. p. 1-33; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court*. p. 2 Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/>

convergente com as suas expectativas. Para alcançar essa finalidade, precisam obter informação sobre como seus demais colegas pretendem votar, a fim de avaliar se conseguirão construir uma maioria que apoie as suas preferências. A Teoria dos Jogos, a seu turno, explica a ação humana justamente quando a consecução de um objetivo depende do comportamento de terceiros, demonstrando que, nessas condições, o agente definirá a sua conduta com base nas atitudes que espera dos demais. Por isso, se um juiz acreditar que suas preferências sinceras não obterão o apoio da maioria, ele tenderá a moderar seu entendimento, a fim de produzir um voto que possa ser apoiado pelos demais, optando por uma *second best decision*<sup>44</sup>.

Diversas críticas são tecidas ao modelo estratégico de comportamento judicial e, portanto, à utilização da teoria das escolhas racionais e da Teoria dos Jogos para prever ou para explicar o comportamento dos magistrados. Afirma-se, em primeiro lugar, que os agentes não agem de forma puramente racional. Suas pré-compreensões podem interferir sobre a sua percepção dos problemas, sobre as suas escolhas e até mesmo sobre o acerto ou desacerto na avaliação da atitude que esperam dos demais membros do colegiado. Há vieses<sup>45</sup> que poderiam levar os juízes a “cálculos” equivocados sobre como agir, a exemplo do viés de confirmação, por meio do qual há uma tendência a interpretar informações de modo a que confirmem preconceitos detidos pelo intérprete, inclinação que conduz à dissonância cognitiva<sup>46</sup>. Assim, o comportamento estratégico seria difícil de prever e poderia inclusive se revelar irracional<sup>47</sup>.

De fato, achados da economia comportamental têm demonstrado que as pessoas apresentam reações não otimizadoras dos benefícios que perseguem. Comportamentos motivados pela aversão à perda ou pela aversão ao risco (dentre outros) ilustram bem essa afirmação. Um exemplo de cada qual desses fenômenos ajuda a compreender melhor o argumento. A respeito da aversão à perda, a mera forma de descrever um problema pode interferir sobre o comportamento do agente. Tome-se o exemplo da introdução do uso de cartões de crédito no mercado. A tarifa cobrada pelas empresas de cartão gerava um aumento do custo do produto. Tais empresas compreendiam bem os mecanismos mentais dos consumidores. Por essa razão, orientaram os lojistas a oferecerem descontos em compras à vista, em lugar de cobrarem um sobrepreço nas compras com cartão. Com isso, as alteravam a referência de preço do consumidor, conscientes do fato de que, do ponto de vista dele, *as perdas repercutiriam mais do que os ganhos*. Era mais fácil para o consumidor lidar com a ideia de não receber um desconto do que aceitar pagar uma sobretaxa pelo uso do cartão (muito embora, do ponto de vista econômico, as duas situações fossem equivalentes)<sup>48</sup>.

Situação semelhante ocorre com o fenômeno da *aversão ao risco*, bem ilustrada pelo dilema do prisioneiro. Nesse caso clássico, dois agentes envolvidos em um mesmo crime são encarcerados e recebem a seguinte informação: (i) se nenhum dos dois prisioneiros delatar o outro, ambos serão liberados em um ano; (ii) se apenas um prisioneiro delatar o outro, o delator será liberado ao passo que o delatado passará dez anos na prisão; (iii) se ambos os prisioneiros delatarem um ao outro, os dois ficarão na prisão por cinco anos. Como o objetivo dos dois agentes é ficar o menor tempo possível na prisão, o comportamento otimizador do benefício para ambos seria que nenhum dos dois delatasse. Nessa hipótese, ambos permaneceriam, apenas, um ano na prisão. Entretanto, esta não mostrou ser a opção adotada pelos prisioneiros. Ao contrário, o temor

research/conferencepapers.1995APSA.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2018; PETTIT, Philip. Institutional design and rational choice. In: GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design*. Nova York: Cambridge University Press, 1996. p. 62 e ss.

44 CORAM, Bruce Talbot. Second best theories and the implications for institutional design. In: GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995, p. 92; ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova York: Cambridge University, 2007. p. 299 e ss.; ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University, 1986. p. 7 e ss.

45 Vieses cognitivos constituem inclinações à produção de julgamentos equivocados decorrentes de limitações neurológicas ao processamento de informações, estudados pela economia comportamental.

46 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University, 1986. p. 123-141.

47 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University Press, 1986. p. 123-141.

48 TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University Press, 1986. p. 123-141.

de passar dez anos na cadeia (no caso de ser delatado pelo colega e de não o delatar) levava ambos os prisioneiros a delatar e a, com isso, permanecerem presos por cinco anos, em lugar de permanecerem por apenas um ano. O dilema do prisioneiro demonstra, portanto, que a racionalidade do comportamento humano é prejudicada pelo fenômeno da aversão ao risco<sup>49</sup>.

Os estudiosos do comportamento estratégico reconhecem que os aludidos fenômenos podem, efetivamente, interferir sobre a capacidade do modelo de explicar e prever as condutas dos magistrados. Em algumas circunstâncias, somente o estado de espírito que precede a tomada de decisão será capaz de explicá-la. Entretanto, ponderam que os juízes, como as pessoas em geral, ainda que não sejam plenamente racionais, desejam sê-lo e que, por isso, mesmo que tal racionalidade seja parcialmente comprometida por aspectos subjetivos, o modelo ainda tem um bom potencial explicativo<sup>50</sup>.

Uma última crítica dirigida ao modelo estratégico argumenta que a sua comprovação empírica é inviável, uma vez que um mesmo comportamento pode ser explicado com base em justificativas concorrentes. Alega-se que, na verdade, o enquadramento de certas atitudes como estratégicas ocorre *a posteriori*, em decorrência de interpretações desenvolvidas para explicar eventos que já se passaram e que essa particularidade faz com que o próprio observador perca a imparcialidade na compreensão dos fenômenos e gere, involuntariamente, percepções confirmadoras da sua hipótese. Como a atuação estratégica é de difícil comprovação, o modelo estratégico seria questionável do ponto de vista científico.

Trata-se de uma crítica importante e procedente. De fato, a comprovação do modelo estratégico por meio de estudos empíricos quantitativos, como aqueles que evidenciaram o comportamento ideológico, é de difícil viabilidade. Isso não significa, contudo, que o modelo estratégico não ofereça importantes *insights* acerca do comportamento judicial. Tampouco impede que estudos qualitativos sejam desenvolvidos, ou que tais estudos ofereçam evidências importantes da sua ocorrência. A próxima seção dedica-se a lançar um olhar mais aprofundado sobre o modelo estratégico de comportamento judicial. Acredita-se que esse modelo tem um bom potencial explicativo tanto da interação entre magistrados dentro de um mesmo colegiado, quanto da interação entre as cortes e outros agentes que lhes são externos. É o que se passa a demonstrar.

### 3. O MODELO ESTRATÉGICO: DIMENSÕES INTERNA E EXTERNA

O comportamento judicial estratégico pode ser pensado em dois âmbitos: interno e externo às cortes. O estudo do comportamento estratégico *interno* diz respeito à compreensão da interação entre juízes de um mesmo órgão colegiado. Como esclarecido acima, cada juiz depende da adesão da maioria para fazer o seu entendimento prevalecer. O juiz agirá estrategicamente quando: (i) puder antecipar como votarão os demais e (ii) formular seu voto de modo a capitanear tal maioria, sacrificando o encaminhamento que considera ideal, para defender a decisão mais próxima das suas preferências que seja capaz de obter o apoio dos demais (*second best decision*)<sup>51</sup>.

O estudo do comportamento estratégico *externo* tem por objeto a interação entre as cortes e/ou entre os

49 ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova York: Cambridge University, 2007. p. 319 e ss.; PETTIT, Philip. Institutional design and rational choice. In: GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design*. Nova York: Cambridge University, 1996. p. 71 e ss.

50 ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova York: Cambridge University, 2007. p. 19 e ss.

51 EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998, p. 79-98; CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Organized interest and agenda setting in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, Washington, v. 82, p. 1109-1127, 1988, p. 1120-1121; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court*, 1995. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018, p. 17 e ss.; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova York: Cambridge University, 2002. p. 358 e ss.

seus membros e instituições e agentes que lhes são externos, dentre os quais: o Poder Executivo, o Poder Legislativo e a opinião pública. É certo que o Poder Judiciário e seus membros são cercados de garantias cujo propósito é assegurar a independência das suas decisões. Acredita-se, contudo, que, em algumas circunstâncias, as cortes podem ser sensíveis a como certos agentes responderão a seus julgados e, se forem capazes de prever uma grande reação negativa a eles, possivelmente moderarão seus entendimentos de forma a minimizá-las.

Como se pretende demonstrar a seguir, a atuação estratégica, em ambos os casos, tem relação com as regras que regem o funcionamento das instituições, quer internamente quer externamente. São justamente tais regras que estabelecem uma interdependência entre os agentes, que determinam a possibilidade de interferência de uma instituição na outra e que definem as condições em que tal interação ocorrerá. Por consequência, a extensão em que o comportamento estratégico ocorre, tanto dentro do Judiciário quanto externamente a ele, é produto do *design* institucional produzido pela Constituição e pelas demais normas que regulam tal interação. Apresentam-se, a seguir, alguns casos que ilustram o funcionamento do modelo estratégico em suas dimensões interna e externa.

### 3.1. Modelo estratégico interno: o caso Craig v. Boren

O caso *Craig v. Boren*<sup>52</sup> constitui um bom exemplo de atuação estratégica interna. O Estado de Oklahoma havia aprovado uma lei que estabelecia que as mulheres poderiam adquirir bebida de baixo teor alcoólico a partir de 18 (dezoito) anos, mas que proibia a venda de bebida alcoólica para homens com menos de 21 (vinte e um) anos. A justificativa para a adoção de critérios etários diversos para homens e mulheres estava nas estatísticas de acidentes de veículos por embriaguez. De acordo com tais estatísticas, os homens abaixo de 21 (vinte e um) anos tinham mais propensão a se envolver nesse tipo de acidente do que as mulheres, que tinham baixo índice de participação nesse tipo de evento.

A constitucionalidade da norma estadual foi questionada em uma ação proposta por um rapaz de 20 (vinte) anos, Craig, e por uma vendedora de bebidas. Na ação, alegava-se que a lei em questão produzia uma discriminação em razão do gênero, e que leis com esse teor deveriam ser objeto de controle de constitucionalidade com base no *standard* denominado *strict scrutiny test*. Esse *standard* corresponde ao critério mais rigoroso utilizado pela Suprema Corte norte-americana para apreciar a constitucionalidade de uma lei. Com base nele, a Corte impõe ao Estado o ônus de demonstrar que a norma impugnada é a medida menos restritiva possível apta a preservar um interesse estatal relevante, de modo a justificar a sua validade. As normas examinadas com base no *strict scrutiny* dificilmente são validadas pela Corte.

O Estado de Oklahoma, a seu *turno*, defendeu que a norma deveria ser examinada com base no *rationality basis test*, um *standard* mais brando, pelo qual o Poder Público precisa demonstrar, apenas, que uma dada norma constitui uma medida razoável para promover um objetivo estatal legítimo e, portanto, por meio do qual havia mais chance de sair vitorioso.

A definição do *standard* de controle da norma era extremamente relevante. Ele tendia a ser determinante para o julgamento do mérito, mas não era, apenas, esse o ponto. O *standard* de revisão adotado nesse caso pela Suprema Corte possivelmente serviria como precedente e, portanto, como critério para o controle da constitucionalidade futuro de outras normas discriminatórias em razão do gênero. No caso em exame, a discriminação de gênero se dava em prejuízo de um homem, mas em regra esse tipo de discriminação ocorre em prejuízo de membros de um grupo minoritário. Portanto, a definição de um *standard* como o *strict scrutiny*, nesse caso, favorecia a proteção de tais grupos e, nesse sentido, atendia a preocupações progressistas.

A causa foi julgada em favor do Poder Público na instância inferior e chegou à Suprema Corte. O pro-

52 *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

cesso decisório na Suprema Corte envolve uma primeira reunião, a portas fechadas, entre os 09 (nove) juízes que a compõem. Nessa oportunidade, os juízes fazem uma avaliação prévia de como votarão. Caso o presidente da Corte esteja alinhado ao pensamento da maioria, cabe a ele a definição do juiz que redigirá o voto em nome dela. Caso o presidente se alinhe com a minoria, cabe ao juiz mais senior que integre a maioria a definição do redator do voto. O certo é que, a partir da primeira reunião, o redator é capaz de identificar as inclinações de cada um dos seus colegas. Na sequência, ele produz uma minuta de decisão que circula entre os membros da Corte. Nesse processo, os termos da minuta podem ser negociados e novas adesões ao voto podem ser conquistadas ou perdidas<sup>53</sup>.

No caso em exame, a redação da opinião da maioria foi distribuída a Brennan, um juiz progressista, partidário da declaração da inconstitucionalidade da norma e da adoção do *strict scrutiny test*. Ocorre que, embora houvesse maioria quanto ao desfecho do caso, no sentido de julgar a norma inconstitucional, não havia maioria para a adoção de tal *standard* de revisão. Apenas três outros juízes apoiavam a adoção do *strict scrutiny*. Brennan propôs, então, um *standard* intermediário, denominado *heightened* ou *midlevel scrutiny*, segundo o qual classificações com base no gênero deveriam atender a objetivos estatais relevantes e ser essenciais à sua consecução, sob pena de inconstitucionalidade.

Esse entendimento não correspondia à preferência pessoal de Brennan, tampouco à preferência de alguns dos *justices* que votaram em favor do *standard* intermediário<sup>54</sup>. A opção por esse *standard* decorreu de um cálculo estratégico. Era melhor abrir mão do escrutínio estrito, que não seria aceito pela maioria, e tentar aprovar um escrutínio intermediário (*second best decision*), do que correr o risco de a maioria votar pelo *standard* mais brando (*rationality test*) ou, ainda, de não se definir um *standard*, em virtude de uma dispersão de votos. Ao votar nesses termos, Brennan atuou estrategicamente: sacrificou suas preferências pessoais (em parte) pela decisão que mais se aproximava daquela que considerava a ideal e que tinha melhores chances de ser adotada pelo colegiado. Adotou, portanto, uma *second best decision*.

A atuação nesses termos foi produto da interação dos juízes e das regras institucionais que regiam tal interação e que mediam o processo colegiado de decisão. Havia necessidade de uma maioria votando em um mesmo *standard* para que um precedente sobre essa questão fosse formado. O procedimento, tal como previsto, permitiu que o *justice* Brennan antecipasse o comportamento de cada qual dos seus colegas de Corte, por meio da reunião interna que precede a produção do voto, quando tais membros indicam suas preferências e inclinações. Ao verificar que não havia espaço para a aprovação do *strict scrutiny*, Brennan fez um “cálculo” da melhor estratégia, à luz do comportamento dos demais, como na Teoria dos Jogos. Optou pela adoção do *standard* intermediário de controle da constitucionalidade, conclusão que maximizava o seu interesse, tal como previsto pela teoria das escolhas racionais<sup>55</sup>.

53 EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998. p. 31 e ss; SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova York: Cambridge University, 2002. p. 367 e ss; EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court*, 1995. p. 23 e ss. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.

54 EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998, p. 31 e ss.

55 O caso é ilustra o que se convencionou denominar “efeito colegiado” (*panel effect*). Julgar em um órgão colegiado é diferente de julgar monocraticamente. A necessidade de formação de maiorias faz com que o entendimento de cada qual dos membros influencie e modere o entendimento dos demais. O efeito-colegiado é justificável, ainda, com base nos mecanismos de: (i) aversão ao dissenso e (ii) “efeito-alerta” (*whistleblower effect*). No que respeita à *aversão ao dissenso*, estudos empíricos já demonstraram que o relator de um caso, observados certos limites, tende a preferir moderar seu voto a provocar a apresentação de um voto vencido por algum membro do colegiado. O voto vencido geralmente incomoda o relator e, a depender de sua força argumentativa, prejudica a estabilização do entendimento majoritário. Por outro lado, a não apresentação de um voto vencido cria um sentimento de reciprocidade e de colaboração entre vencedores e vencidos, evitando a não apresentação de votos vencidos e a moderação em novas situações, quando o vencido de hoje for o relator da maioria de amanhã. Por essas razões, a aversão ao dissenso produz a moderação de entendimentos em um colegiado. Já no caso do efeito-alerta, o que se verifica é que a diversidade ideológica na composição de um colegiado também pode alterar as preferências dos magistrados por razões sinceras. A exposição dos magistrados a pontos de vista, experiências e concepções com as quais não tinham tido um contato relevante até então pode provocar uma moderação sincera da decisão final, que é produto da deliberação. V. SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal Judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006. p. 8-9; POSNER, Richard A. *How judges think*. Washington: Brookings Institution, 2006.

### 3.2. Modelo estratégico externo: *Marbury v. Madison*

*Marbury v. Madison*<sup>56</sup> é possivelmente o caso mais famoso da história do constitucionalismo, ao qual é atribuída a definição das bases do controle da constitucionalidade, tal como se estabeleceria, posteriormente, em todo o mundo ocidental<sup>57</sup>. É, ainda, um excelente exemplo de interação estratégica externa. A história de *Marbury v. Madison* começou nas eleições de 1800, quando o então presidente John Adams e seus partidários federalistas se viram derrotados pela eleição de Jefferson para chefe do Executivo, e de uma maioria republicana para o Congresso, e procuraram permanecer no poder por meio de nomeações para o Judiciário.

No prazo remanescente de seu mandato, Adams e o Congresso, no qual ainda detinha maioria (os novos eleitos ainda não haviam tomado posse), aprovam duas novas leis. A primeira delas (*the Circuit Court Act*) reduziu o número de cargos da Suprema Corte, com o propósito de impedir a nomeação de novos *justices* por Jefferson<sup>58</sup>, e criou 16 (dezesesseis) novos cargos de juiz, de modo a possibilitar novas nomeações de magistrados por Adams, antes da conclusão do seu mandato. A segunda lei criou 42 (quarenta e dois) cargos de juiz de paz no Distrito de Columbia (*the Organic Act of the District of Columbia*). Os novos juízes foram nomeados por Adams e aprovados pelo Senado, às vésperas da posse de Jefferson, de modo que não foi possível ao então Secretário de Estado de Adams, John Marshall, entregar todos os diplomas de nomeação (*comissions*) antes da assunção da presidência por Jefferson<sup>59</sup>.

Obviamente, a manobra foi compreendida por Jefferson, o novo Presidente eleito. Ocorre que, para que os juízes nomeados ocupassem seus cargos, eles precisavam receber seus diplomas de nomeação, e Jefferson sustou a entrega dos diplomas pendentes, impedindo a posse daqueles juízes que ainda não haviam recebido o documento. Na sequência, o novo Congresso, de maioria republicana, revogou o *Circuit Court Act*<sup>60</sup> e postergou o início do ano judiciário por 14 (catorze) meses, até que as medidas se consolidassem como um fato consumado. Por essa razão, a Suprema Corte não funcionou no ano de 1802<sup>61</sup>.

William Marbury foi um daqueles juízes que, apesar de nomeado, não recebeu seu diploma e, portanto, não conseguiu tomar posse. Irresignado, Marbury ajuizou uma ação diretamente na Suprema Corte, com base em uma lei que havia estendido a competência da Corte para julgar causas dessa ordem. O presidente da Suprema Corte, também foi nomeado por Adams: tratava-se de John Marshall, o anterior secretário de Estado que não lograra entregar todos os diplomas de nomeação em tempo e que, portanto, devia ser favorável ao pleito de Marbury. O contexto era consideravelmente complexo. Como já mencionado, havia grande animosidade política. O novo Congresso apoiava Jefferson. A Suprema Corte ficara 14 (catorze) meses sem funcionar. A posse de juízes em situação semelhante à de Marbury era vista como uma manobra daqueles que, vencidos nas urnas, buscavam artifícios para se manterem no poder. As circunstâncias indicavam, ainda, que uma decisão favorável a Marbury poderia ser descumprida e, eventualmente, ensejar o *impeachment* de Marshall.

Nessas condições, abriram-se para Marshall três possibilidades de decisão. Em primeiro lugar, Marshall poderia apreciar a causa, julgar desfavoravelmente a Marbury, preservar a estabilidade institucional da Suprema Corte, e seu próprio cargo, contrariando os interesses federalistas e suas próprias convicções, no sentido

p. 24-45; PERESIE, Jennifer. Female judges matter: gender and collegial decision-making in the Federal Appellate Courts. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 114, n. 7, p. 1786-1787, maio 2005.

56 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

57 BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25-33.

58 Um dos juízes da Corte, William Cushing, estava bastante idoso e acreditava-se que seria substituído em breve, muito embora sua substituição só tenha vindo a ocorrer efetivamente em 1810, quando do seu falecimento.

59 STONE, Seidman; SUNSTEIN, Tushnet. *Constitutional law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992. p. 31-32.

60 A lei que criou os cargos de juiz de paz no Distrito de Columbia não chegou a ser revogada, tal como ocorreu no caso do *Circuit Court Act*, o que tampouco ensejaria a posse daqueles que haviam sido nomeados por Adams, mas não haviam recebido seu diploma de posse.

61 Stone, Seidman; Sunstein, Tushnet. *Constitutional law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992. p. 32.

de que Marbury tinha direito ao cargo. Uma segunda opção consistia em julgar favoravelmente a Marbury e às suas convicções e correr o risco de a decisão ser manifestamente descumprida. Nessa segunda hipótese, se a decisão fosse descumprida, os interesses do partido e os direitos de Marbury não se veriam atendidos, a Corte sairia desgastada e eventualmente a posição institucional de Marshall como *Chief Justice* seria ameaçada. A terceira alternativa envolvia não apreciar a causa, a pretexto de que uma norma infraconstitucional não poderia alterar a competência originária da Suprema Corte, sendo, por isso, nula. Como a lei era nula, faleceria à Suprema Corte competência para conhecer do caso.

Marshall optou pela terceira solução. Ao fazê-lo, principiou afirmando que Marbury tinha razão e que tinha direito ao cargo — entendimento que correspondia às suas preferências sinceras. Concluiu, contudo, que a Corte não poderia declarar tal direito porque a norma que lhe dava competência para isso violava a Constituição e, por isso, era inválida. Ao usar essa estratégia, por via transversa, afirmou o poder do Judiciário para julgar a validade de todo e qualquer ato do Executivo ou do Legislativo que fossem contestados em face da Constituição, algo inédito à época. A decisão, *a pretexto de declarar a Corte incompetente, expandia o poder do Judiciário e lhe dava a última palavra sobre os atos do Executivo e do Legislativo*. E como não determinava medida de qualquer ordem, já que deixava de conhecer do caso, não podia ser descumprida ou contestada.

Mais uma vez, tratava-se de comportamento estratégico possibilitado pelo desenho das normas que regulavam a interação entre as instituições envolvidas. O Judiciário é um poder independente, mas, nas famosas palavras de Bickel, não detém o uso da força ou a chave do cofre<sup>62</sup>. Depende, portanto, da adesão dos demais Poderes para ter as suas decisões cumpridas e pode ter seus juizes impedidos. Nessas circunstâncias, de nada valia a Marshall ou aos demais juizes da Corte decidir em favor de Marbury. Provavelmente, a decisão seria inócua e a Corte sofreria grande desgaste. Por outro lado, como tribunal incumbido de decidir sobre o significado da Constituição, podia manifestar-se sobre o alcance de seu próprio poder. Assim, a Corte abriu mão de decidir conforme a sua preferência imediata, mas produziu um entendimento que lhe asseguraria maior poder no futuro. Ao agir assim, atuou estrategicamente, calculando como agiriam seus opositores e maximizando seus benefícios.

#### 4. O MODELO ESTRATÉGICO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Os casos acima demonstram que, ainda que não seja possível comprovar o comportamento estratégico, por meio de estudos empíricos quantitativos, há evidências importantes de que o modelo pode oferecer elementos para a compreensão do modo de funcionar do Supremo Tribunal Federal. A atuação conforme a Teoria das Escolhas Racionais e a Teoria dos Jogos é inerente ao comportamento humano e encontra-se presente, também, no Supremo. As regras que dispõem sobre a admissibilidade de recursos, sobre o modo de funcionar interno do Tribunal e sobre a sua interação com os demais Poderes abrem margem a comportamentos estratégicos. Esses comportamentos têm por base decisões sobre procedimento ou sobre o mérito das causas propriamente.

A atuação estratégica, *no que respeita ao procedimento*, pode ter o propósito de evitar o julgamento de casos de baixa relevância, de forma a gerir o volume de feitos recebidos pela Corte. O controle do volume ou da relevância dos casos é um benefício que se pode buscar maximizar. A atuação estratégica procedimental pode, ainda, se traduzir na tentativa de postergar ou de obstar o julgamento de um recurso, com base em argumentos processuais, quando o magistrado acreditar que o caso terá um desfecho divergente das suas preferências.

Já o comportamento estratégico *em decisões substantivas*, como explicitado acima, leva o juiz a moderar seus entendimentos ou a optar por uma decisão que acomode suas preferências à necessidade de obter a adesão

62 BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University, 1986.

da maioria do colegiado, ou, ainda, que evite embates com o Executivo, com o Legislativo ou com a opinião pública. Esse comportamento pode, inclusive, levar o Tribunal a recuar de entendimentos já firmados, a fim de contornar crises ou de evitar o descumprimento das suas decisões. Passa-se, a seguir, a tratar de alguns casos de possível atuação estratégica no STF.

#### 4.1. Atuação estratégica com base em decisões procedimentais

No que respeita à atuação estratégica com base em decisões procedimentais, normas que regulam a admissibilidade dos recursos extraordinários preveem a exigência de diversos requisitos de admissibilidade. Para que seja admissível, o recurso não pode implicar o revolvimento de matéria de fato<sup>63</sup>, não pode envolver o exame de direito local<sup>64</sup> e deve ensejar a discussão de inconstitucionalidade direta e não reflexa<sup>65</sup>. Além disso, a questão objeto do recurso deve ter sido enfrentada pela decisão recorrida (prequestionamento)<sup>66</sup>. Trata-se de requisitos que foram construídos pelo que se convencionou chamar *jurisprudência defensiva* do STF, cumprindo a função de conter o volume de casos que chega à Corte e de produzir um filtro sobre seu acervo de processos. A aferição desses requisitos nem sempre é puramente objetiva e é, inclusive, relativizada em casos que a Corte, pelas mais diversas razões, se disponha a apreciar.<sup>67</sup>

O *requisito da repercussão geral* pode igualmente dar margem a comportamentos estratégicos<sup>68</sup>. De acordo com o novo Código de Processo Civil, considera-se presente a repercussão geral quando a questão constitucional veiculada por meio de recurso extraordinário for relevante do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, e seu julgamento, por essa razão, ultrapassar os interesses subjetivos do processo<sup>69</sup>. A sua demonstração é condição de procedibilidade do recurso. Entretanto, a noção de repercussão geral constitui um conceito jurídico indeterminado, que comporta uma zona de certeza positiva, uma zona de certeza negativa e uma zona de interpretação, em que o alcance do conceito se sujeita à discussão. A sua aferição comporta alguma discricionariedade e abre margem para a atuação defensiva da Corte, de forma a limitar o volume de recursos que chegam a ela<sup>70</sup>.

63 STF, Súmula 279.

64 STF, Súmula 280.

65 STF, Súmula 636.

66 STF, Súmulas 282 e 356.

67 Essa poderia ser a explicação, a título exemplificativo, para que o Supremo ter apreciado discussão sobre o número de dias de férias dos procuradores federais, questão em que parecia predominar matéria infraconstitucional e na qual, por consequência, eventual invocação de inconstitucionalidade poderia ser considerada reflexa. V. STF, Pleno, *DJe*, 04.02.2015, RE 602.381, Rel. Min. Cármen Lúcia. Poderia, ainda, justificar a mudança de entendimento que levou o Tribunal a apreciar recurso extraordinário em que se debatia a validade de acordo ou convenção coletiva de trabalho, matéria que, por muito tempo, teve sua revisão rejeitada pela Corte, por ser considerada infraconstitucional, e que recentemente passou a ser apreciada pelo Tribunal, à luz do art. 7º, XXVI, da Constituição. V. STF, Pleno, *DJe*, 29.05.2015, RE 590.415, Rel. Min. Luís Roberto Barroso. No caso das férias, o STF possivelmente revelava uma sensibilidade corporativista. No caso das convenções e acordos coletivos, havia uma demanda da sociedade por um avanço em termos de respeito e consolidação do direito coletivo do trabalho.

68 A exigência de repercussão geral foi inserida no sistema como requisito de admissibilidade dos recursos extraordinários por meio da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2004 e regulamentado pela Lei 11.418/2006.

69 CPC/2015, art. 1.035: “O Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecorrível, não conhecerá do recurso extraordinário quando a questão constitucional nele versada não tiver repercussão geral, nos termos deste artigo. § 1º Para efeito de repercussão geral, será considerada a existência ou não de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos do processo. [...]. § 3º Haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar acórdão que: I - contrarie súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal; [...]; III - tenha reconhecido a inconstitucionalidade de tratado ou de lei federal, nos termos do art. 97 da Constituição Federal”.

70 Nesse sentido, há, inclusive, proposta de releitura do requisito, de modo a que a Corte reconheça um número limitado de repercussões gerais por ano, correspondente ao que estimadamente é capaz de apreciar em um mesmo ano. No caso, a análise da existência de repercussão geral envolveria não apenas um juízo de relevância em termos absolutos, mas igualmente em termos relativos, devendo-se escolher, anualmente, por comparação, os processos mais importantes da temporada. Nessa linha: BARROSO, Luís Roberto; MONTEDÔNIO, Frederico. Como salvar a repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. In: BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 121-146; BARROSO, Luís Roberto. Reflexões sobre as competências e o funcionamento

O requisito da repercussão geral permite, ainda, que eventualmente se rejeite a apreciação de alguns casos que, por razões estratégicas ou ideológicas, não se deseja enfrentar. Veja-se, a título exemplificativo, o julgamento acerca da existência de repercussão geral no recurso extraordinário que debatia a constitucionalidade das candidaturas avulsas<sup>71</sup>. O assunto tinha indiscutível relevância do ponto de vista político, jurídico e social. Possibilitar as candidaturas avulsas significaria, na prática, ampliar o universo de candidatos que poderiam concorrer em uma eleição. Houve, contudo, considerável resistência da Corte em admitir o recurso extraordinário que veiculava a discussão, ao fundamento de que teria perdido seu objeto, uma vez que as eleições que o haviam motivado já tinham ocorrido<sup>72</sup>.

Entretanto, no dia anterior ao julgamento em que se debateu se as candidaturas avulsas atendiam à exigência de repercussão geral, a Corte tinha apreciado um outro caso na mesma situação (de perda de objeto do caso concreto). Nessa oportunidade, sequer se questionou a existência da repercussão geral. Simplesmente julgou-se o caso. De fato, o art. 998, parágrafo único, do novo Código de Processo Civil<sup>73</sup>, prevê que a desistência do recurso não impede a análise da repercussão geral, de modo que se passou a entender que esse instituto operara uma espécie de “objetivação” do controle difuso da constitucionalidade, em virtude da relevância transindividual da questão, ensejando a apreciação da matéria constitucional, ainda que o interesse subjetivo das partes já estivesse superado, a fim de assentar o entendimento da Corte.

A inconsistência entre o tratamento do precedente do dia anterior e o do dia subsequente pelo plenário do Supremo sugeria que um fator extrajurídico poderia estar influenciando o reconhecimento da existência de repercussão geral no recurso que debatia as candidaturas avulsas. Talvez o assunto “candidatura avulsa” fosse desconfortável. É possível que parte da Corte acreditasse que o mero conhecimento do recurso geraria instabilidade que poderia perturbar as eleições vindouras ou que poderia, ainda, produzir desdobramentos que não era capaz de controlar. É possível, igualmente, que alguns ministros partilhassem do entendimento sincero de que o texto da Constituição veda as candidaturas avulsas de forma expressa, por exigir a filiação partidária como condição de elegibilidade e que, nesse caso, julgassem que não fazia sentido reconhecer a repercussão geral para tão somente confirmar o quadro normativo atual<sup>74</sup>. Quaisquer que fossem as justificativas para o comportamento incongruente, o fato é que, depois de alguma resistência, a repercussão geral acabou reconhecida no caso das candidaturas avulsas. Afinal, se tratava, em termos imediatos, apenas, de admitir o processamento do recurso e não de julgar seu mérito.

A liberação de uma ação, pelo relator, e o pedido da sua inclusão em pauta para julgamento pelo colegiado podem igualmente envolver um cálculo, pelo próprio relator, sobre as perspectivas de um desfecho convergente com as suas convicções acerca da melhor decisão a ser tomada no caso concreto. O momento e a mudança de composição podem ser aliados de causas “cujo tempo ainda não havia chegado” quando foram propostas. Basta lembrar, por exemplo, a ação em que se apreciou a possibilidade de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. No início de sua tramitação, a cautelar foi indeferida pelo plenário, que não demonstrou receptividade à tese. Entretanto, sete anos mais tarde, quando o mérito foi julgado, sob uma nova composição, a situação já era diversa<sup>75</sup>. Por isso, a compreensão sobre a inclinação do pleno em determinado tema (ou sobre a alteração de tal inclinação, por conta de mudança da composição dos membros do colegiado) interfere no momento de submissão dos feitos ao plenário<sup>76</sup>.

---

do Supremo Tribunal Federal. In: BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2018. p. 331-345.

71 STF, Pleno, *DJe*, 09.03.2018, ARE 1054490 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

72 Nesse sentido, manifestação do Ministro Lewandowski, nos debates do ARE 1054490 QO.

73 CPC/2015, art. 988, par. único: “A desistência do recurso não impede a análise de questão cuja repercussão geral já tenha sido reconhecida e daquela objeto de julgamento de recursos extraordinários ou especiais repetitivos”.

74 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 14, §3º, V.

75 STF, Pleno, *DJe*, 30.04.2013, ADPF 54, Rel. Min. Marco Aurélio.

76 No caso, a liminar deferida pelo relator para autorizar a realização de interrupções de gestações foi rejeitada pelo plenário em abril de 2005. Diante disso, a continuidade da instrução do feito, com a convocação de audiência pública, só ocorreu em 2008, três anos depois. E o mérito da ação foi levado a julgamento em 2012, sete anos mais tarde. Nessa oportunidade, o entendimento

A afetação de um caso que se encontra sob a apreciação da turma ao pleno, para julgamento, também pode constituir um comportamento estratégico. O Regimento Interno do STF admite que o relator requiera tal afetação quando julgar a matéria relevante de modo a justificar uma apreciação por todos os componentes da Corte<sup>77</sup>. Na prática, pode ocorrer de o relator optar por lançar mão dessa providência quando julgar que a composição do plenário é mais favorável do que a da turma para a produção de um julgamento convergente com as suas convicções<sup>78</sup>.

Do mesmo modo, a inclusão de um feito em pauta, pela presidência do Supremo Tribunal Federal, dá margem a comportamentos estratégicos. A decisão sobre quais casos incluir na pauta envolve uma escolha discricionária do ministro que exerce a presidência, e pode levá-lo a não pautar temas que considera importante, mas que acredita que terão um desfecho divergente das suas convicções. Dado o grande volume de casos apreciados pela Corte, há um considerável “congestionamento” da fila de ações e de recursos que aguardam inclusão na pauta. Os casos não são incluídos com base em um critério cronológico ou com base em qualquer outro critério objetivo facilmente aferível. Diante da impossibilidade de se apreciar tudo o que há a ser apreciado, a presidência acaba fazendo sua própria seleção das matérias que serão levadas a julgamento — uma realidade que demonstra que a sobrecarga da Corte é grave não apenas à luz dos princípios do acesso à jurisdição e da razoável duração do processo. É grave, igualmente, por conta da discricionariedade que abre a um único ministro (aquele que ocupa a presidência) para decidir sobre o que a Corte efetivamente julgará.

Outro instrumento de atuação estratégica, cujo uso tem sido bastante criticado, são os pedidos de vista interruptivos das sessões de julgamento. O regimento interno do Tribunal prevê a possibilidade e estabelece a devolução do processo, para prosseguimento da votação, até a segunda sessão ordinária subsequente<sup>79</sup>. Na prática, contudo, os pedidos de vista podem se alongar por muitos meses, até anos, e eventualmente obstar a conclusão de julgamentos com os quais o ministro que requereu a vista não concorda<sup>80</sup>. Há, inclusive, casos de pedidos de vista em momentos em que já há maioria formada em determinado sentido no plenário do STF<sup>81</sup>.

Por essa razão, os pedidos de vista acabaram apelidados jocosamente de “perdidos de vista”<sup>82</sup>. Instalou-se, a seu respeito, uma percepção segundo a qual certos integrantes da Corte, ao verem prevalecer um entendimento de que divergem, em matéria que lhes é muito cara, eventualmente consideram a opção estratégica de parar “o jogo”, por meio da vista, de modo a evitar a decisão ou de, ao menos, postergá-la. Justamente por isso, alguns membros da Corte têm antecipado o voto em tais casos, quer de forma a reforçar a maioria já formada, quer para evidenciar a manobra.

Obviamente, as condutas indicadas acima também poderiam ser sinceras, e não estratégicas. O voto contra a inconstitucionalidade reflexa ou em (des)favor de uma repercussão geral, a afetação de um julgamento ao pleno, a decisão de incluir ou não um processo na pauta e o pedido de vista podem ser explicados por outras razões. Essa é a dificuldade de comprovação do modelo estratégico: a multiplicidade de interpretações

---

afirmado na cautelar (com o qual o relator não concordava) foi revertido, reconhecendo-se a possibilidade das interrupções de gestação na hipótese.

77 RISTF, art. 22: “O Relator submeterá o feito ao julgamento do Plenário, quando houver relevante arguição de inconstitucionalidade ainda não decidida. Parágrafo único. Poderá o Relator proceder na forma deste artigo: a) quando houver matérias em que dirijam as Turmas entre si ou alguma delas em relação ao Plenário; b) quando, em razão da relevância da questão jurídica ou da necessidade de prevenir divergência entre as Turmas, convier pronunciamento do Plenário”.

78 BULLA, Beatriz et al. Fachin manda habeas de Palocci para plenário do Supremo. *Estadão*. Política. Brasília, 03 maio 2017.

79 RISTF, art. 134.

80 Para um levantamento sobre a longa duração dos pedidos de vista, v. FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. p. 89-100.

81 V., ilustrativamente, AP 937 QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 23 nov. 2017, acórdão pendente de publicação.

82 BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Expressão usada pelo autor na apresentação da obra.

concorrentes para um mesmo evento, e o fato de as explicações serem produzidas *a posteriori* e, portanto, de serem tendenciosamente confirmadoras da hipótese com que trabalha o intérprete. A certeza acerca do comportamento estratégico é, nessa medida, de difícil obtenção. Trata-se de limitação do próprio modelo, reconhecida por seus estudiosos. Essa circunstância não afasta, contudo, a sua relevância. A despeito da dificuldade de comprovação empírica, o modelo joga luz e favorece a compreensão do comportamento das cortes em geral e do Supremo em particular.

#### 4.2. Atuação estratégica com base em decisões substantivas

No que respeita à atuação estratégica com base em decisões substantivas, o caso da descriminalização do porte de drogas para uso pessoal permite que se especule a respeito<sup>83</sup>. Na hipótese, o Ministro Luís Roberto Barroso explicitou três ordens diferentes de razões para limitar a descriminalização do porte de droga à maconha. A primeira razão, ligada à Teoria do Precedente e, portanto, alinhada com o comportamento legalista, era de que o caso concreto, ao qual foi conferida repercussão geral, tratava, exclusivamente, do porte de maconha, de modo que essa era a moldura fática que delimitava a questão jurídica submetida à Corte. Não se debateu, na ação, o uso ou as consequências dos outros tipos de droga, mas apenas da maconha, de modo que somente era possível decidir e produzir uma tese sobre o que fora debatido<sup>84</sup>.

A segunda razão invocada pelo Ministro, ligada à primeira, de prudência, e que reconhecia o limite das capacidades institucionais da Corte na matéria, relacionava-se ao fato de não se ter acessado ou produzido no caso uma massa satisfatória de dados acerca da descriminalização de outras drogas, de modo que havia um problema de assimetria de informações e, portanto, risco de se extraírem conclusões a partir da maconha e de aplicá-las a drogas como a cocaína ou o crack, a respeito das quais o conhecimento era limitado.

Por fim, a terceira razão oferecida pelo Ministro poderia ser interpretada como a adoção de uma *second best decision*. Segundo o Ministro, o Supremo tem um modo de deliberar em que (diferentemente do que se narrou no caso da Suprema Corte norte-americana) não há uma reunião interna prévia, na qual é possível identificar com segurança as inclinações dos demais juízes que integram o colegiado. Embora desconhecesse como exatamente votariam os seus colegas, ele acreditava que uma posição mais restritiva quanto à descriminalização — que tratasse apenas da maconha — tinha mais chances de sensibilizar a maioria. Essa convicção — e, portanto, a dinâmica interna do colegiado — teriam influenciado a forma como se posicionou.

O Ministro Barroso declarou, ainda, que também se preocupara, no caso, *com a opinião geral da população sobre a questão e como esta reagiria à decisão da Corte*. Na sua visão, a maioria era resistente à descriminalização das drogas, e ir muito longe neste tema poderia ensejar “uma reação da sociedade contra a decisão, o que os americanos chamam de *backlash*”<sup>85</sup>. De fato, essa última consideração do Ministro confirma que os membros do STF podem ser sensíveis, em seu processo decisório, não apenas à interação com os demais membros do

83 STF, Pleno, j. 10.09.2015, RE 635.659, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento iniciado em agosto de 2015. Votaram pelo provimento do recurso, os Ministros Gilmar Mendes e Luís Roberto Barroso; pelo provimento parcial, o Min. Edson Fachin. Na sequência, pediu vista dos autos o Min. Teori Zavascki, estando o julgamento ainda pendente de conclusão.

84 Fundamento semelhante foi utilizado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, no RE 669.069, Rel. Teori Zavascki, para limitar a tese do julgado à prescritibilidade das ações para ressarcimento ao erário público em caso de ilícito civil, de modo a evitar que o STF decidisse e produzisse tese igualmente sobre a hipótese de (im)prescritibilidade em caso de ação de ressarcimento de dano decorrente de improbidade administrativa, hipótese não abrangida pelo caso concreto ao qual se conferiu repercussão geral. Nesse sentido, ambas as decisões parecem guardar coerência do ponto de vista do comportamento legalista. STF, Pleno, DJe, 28.04.2016, RE 669.069, Rel. Teori Zavascki.

85 O *backlash* se caracteriza pela rejeição social de uma decisão judicial, a ponto de se recusar seu cumprimento e/ou de se convocar a atuação das instâncias representativas — Congresso e Executivo — a fim de superá-la. V., sobre o tema: EGAN, Patrick J.; CITRIN, Jack. Opinion leadership, backlash, and delegitimation: Supreme Court rulings and public opinion. *Social Science Research Network*, Rochester, ago. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1443631>>. Acesso em: 15 mar. 2018; POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage. Democratic constitutionalism and backlash. Yale Law School Legal Scholarship Repository. *Faculty Scholarship Series*. Paper 169. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/169](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169)>. Acesso em: 15 maio 2018.

colegiado, mas igualmente ao comportamento de agentes e instituições externas, tais quais a opinião pública e os demais Poderes. Veja-se<sup>86</sup>:

A terceira razão, possivelmente uma das mais importantes, é que eu não sei bem qual é a posição do Tribunal. Nós temos um estilo de deliberação em que as pessoas não conversam internamente. **Eu achei que uma posição um pouco menos avançada teria mais chance de conquistar a maioria.**

Também tive a preocupação de nós **não perdermos a interlocução com a sociedade, que não apoia majoritariamente a descriminalização das drogas.** Mas eu acho que em relação à maconha é possível conquistar, nesse momento, com explicações racionais, essa adesão da sociedade. Ao passo que, em relação às drogas mais pesadas, isso seria mais difícil. (Grifou-se)

Embora a Constituição de 1988 assegure a independência do Poder Judiciário, ela prevê uma série de regras que funcionam como um sistema de freios e contrapesos, por meio das quais um Poder pode interferir no outro. Assim, se, por um lado, compete ao Poder Judiciário apreciar a validade de atos e normas produzidos pelo Executivo e pelo Legislativo, por outro lado, o Executivo detém o uso da força, que pode ser necessária inclusive para assegurar o cumprimento das decisões judiciais. É cabe a seu chefe indicar os ministros do Supremo. O Legislativo, por sua vez, aprova o orçamento<sup>87</sup>, o reajuste de juízes e de servidores da Justiça e pode produzir emendas constitucionais superadoras das decisões do STF<sup>88</sup>. Cabe ao Senado, ainda, a confirmação dos ministros do Supremo indicados pelo Executivo, bem como o julgamento desses ministros por crime de responsabilidade<sup>89</sup>.

Resulta desse desenho institucional que o Supremo Tribunal Federal depende da adesão dos demais Poderes para o cumprimento dos seus julgados, e que parte da sua legitimidade deriva da credibilidade e da consistência dos argumentos que os justificam e do apoio de que gozam juntamente à população, a quem as instâncias majoritárias são (em alguma medida) responsáveis<sup>90</sup>. Em razão disso, a experiência demonstra que as cortes constitucionais, a fim de preservar a própria estabilidade institucional e a sua capacidade de dizer o direito em longo prazo, produzem *uma espécie de “cálculo” sobre até onde podem ir com suas decisões*. Se puderem antever um grande embate com os demais Poderes, avaliarão se têm o apoio da opinião pública. Se puderem antecipar que enfrentarão a oposição da opinião pública, buscarão apoio nos demais Poderes. Se estiverem isoladas, possivelmente avaliarão se possuem capital político para seguir em frente, se o desgaste compensa, e se não é o caso de moderar seus entendimentos e de aguardar oportunidade mais favorável para determinados avanços.

Sendo capaz de antecipar a reação de outros *players*, como o Executivo, o Legislativo e a opinião pública, as cortes agem como explicado pela teoria dos jogos: avaliam o movimento esperado dos demais e, em caso de ameaça institucional importante, produzem julgados que não consideram ideais, mas que são as decisões possíveis no contexto, maximizando benefícios e preservando sua estabilidade, nos termos da teoria das escolhas racionais. As cortes produzem, portanto, comportamentos estratégicos também quando em interação com agentes externos<sup>91</sup>.

86 SCHREIBER, Mariana. Ministro do STF diz que Brasil deve “legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real”. *BBC Brasil*. 14 set. 2015. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914\\_drogas\\_barroso\\_ms](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

87 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 165, III.

88 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 60, observados os limites do par. 4º.

89 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 52, II.

90 Nessa linha: EASTON, David. A re-assessment of the concept of popular support. *British Journal of The Politics Science*, West Nyack, n. 5, p. 435, 1975; FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Nova York: Farrar, Strauss e Giroux, 2009; LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. *Social Science Research Network*, Rochester, 12 Jan. 2012. p. 2-4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1984060>>. Acesso em: 15 mar. 2018; EGAN, Patrick J.; CITRIN, Jack. Opinion leadership, backlash, and delegitimation: supreme court rulings and public opinion. *Social Science Research Network*, Rochester, ago. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1443631>>. Acesso em: 15 mar. 2018; GILES, Michael W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in american democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. *Journal of Politics*, West Nyack, v. 70, p. 293-306, 2008.

91 Sobre a atuação estratégica relacionada à opinião pública no Supremo Tribunal Federal, v. BARROSO, Luís Roberto. Con-

De fato, alguns casos recentes julgados pelo Supremo Tribunal Federal podem ser explicados com base nessa perspectiva. Em 2014, teve início a fase ostensiva das investigações da operação Lava Jato<sup>92</sup>, que tinham por objeto um grande esquema de corrupção e de desvio de recursos públicos envolvendo a Petrobrás, empresas de infraestrutura contratadas pelo Poder Público, partidos políticos e altas autoridades da República<sup>93</sup>. Em 2015, as investigações da Lava Jato alcançaram autoridades detentoras de foro especial no STF, como deputados, senadores e ministros de Estado, e revelaram um esquema de corrupção sistêmica que alcançava parcela substancial do meio político. Por isso, parte de tais investigações passou a correr no Supremo. No mesmo ano, teve início o processo de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff, concluído com sua cassação em 2016<sup>94</sup>.

O ambiente de desconfiança, denunciamento e conflagração que se instalou no país colocou o Supremo Tribunal Federal em uma posição institucional bastante delicada. Mandados de segurança, recursos e ações de *habeas corpus* pertinentes ao processo de *impeachment*, à Lava Jato e a outros casos que envolviam políticos relevantes chegaram à Corte e despertaram a atenção da imprensa. Passou-se a exigir do Tribunal o reiterado escrutínio dos atos dos demais Poderes. Até mesmo a escolha de ministros de Estado foi judicializada<sup>95</sup>. Ações penais de autoridades de grande peso começaram a tramitar e a ser apreciadas diante do olhar da imprensa e da opinião pública. Diversos membros de Poderes tornaram-se alvos de investigações e passaram a ser alcançados por decisões do Supremo. Sucessivos escândalos e uma instabilidade política, econômica e institucional sem precedentes se instalou.

Nesse contexto, o presidente do Senado, autoridade que se colocava na linha sucessória da presidência da República, teve uma denúncia recebida contra si por peculato. Ocorre que a maioria da Corte já havia manifestado entendimento, no âmbito da ADPF 402, no sentido de que as autoridades que figurassem como réus em processos criminais não poderiam ocupar cargos que integrassem tal linha sucessória. Por essa razão, o relator da ADPF determinou, monocraticamente, o afastamento cautelar do parlamentar da presidência do Senado. A decisão, todavia, gerou enorme resistência e foi interpretada como uma intromissão em outro Poder. Apesar da eficácia imediata da decisão, a mesa diretora do Senado declarou que só a cumpriria após a confirmação pelo plenário do STF. Rumores indicavam que, em caso de confirmação da liminar, a autoridade buscaria o apoio de seus pares, a fim de desobedecer a decisão e desautorizar o Tribunal.

Na semana seguinte, o pleno do Supremo Tribunal Federal rejeitou a cautelar na parte em que afastava o parlamentar da Presidência do Senado e assentou apenas que, estando em curso processo criminal, o senador não poderia substituir o(a) presidente da República, devendo a substituição, se necessária, ser efetuada pela autoridade subsequente na linha sucessória<sup>96</sup>. Em síntese, diante do risco de descumprimento da decisão, a Corte recuou.

Episódio semelhante envolveu o afastamento cautelar do exercício do mandato de outro senador, deter-

---

stituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito – UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012; MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 293-370. Sobre atuação semelhante na Suprema Corte norte-americana, v. FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Nova York: Farrar, Strauss e Giroux, 2009. p. 244-246.

92 As investigações relacionadas à operação tiveram início no ano de 2009. As primeiras interceptações telefônicas ocorreram em julho de 2013. A fase ostensiva ocorre com o cumprimento de mandados de busca e apreensão, de prisão temporária, de prisão preventiva e de busca e apreensão. V. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/historico>>. Acesso em: 07 maio 2018.

93 V. MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *Caso Lava Jato*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/entenda-o-caso>>. Acesso em: 07 maio 2018.

94 GARCIA, Gustavo et al. Senado aprova impeachment, Dilma perde mandato e Temer assume. *G1. Política*. 31 ago 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/processo-de-impeachment-de-dilma/noticia/2016/08/senado-aprova-impeachment-dilma-perde-mandato-e-temer-assume.html>>. Acesso em: 15 maio 2018.

95 V. STF, Pleno, *DJe*, 01.08.2016, ADPF 388, Rel. Min. Gilmar Mendes; STF, Pleno, *DJe*, 08.08.2017, ADPF 390 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes.

96 STF, Pleno, *DJe*, 01.02.2017, ADPF 402 MC, redator p/ o referendo de liminar Min. Celso de Mello, pendente.

minada pela Primeira Turma do STF<sup>97</sup>. No ano anterior, o Tribunal determinara o afastamento cautelar do presidente da Câmara, da presidência e do mandato, por decisão unânime de seus membros, com base em indícios de que o parlamentar vinha praticando atos voltados à obstrução de investigações criminais<sup>98</sup>. O deputado tivera uma atuação extremamente ostensiva e sua imagem encontrava-se bastante desgastada. O afastamento foi cumprido pela Câmara sem grandes sobressaltos.

A Lava Jato continuou a avançar. O número de autoridades e de políticos envolvidos em investigações era cada vez maior. Um ano mais tarde, a Primeira Turma determinou o afastamento de um senador, figura que até então gozara de alta proeminência, por graves indícios de solicitação de vantagem indevida a particulares. Nessa oportunidade, contudo, a decisão gerou fortes reações. As relações entre Supremo e Senado voltaram a se esgarçar e falava-se, novamente, na possibilidade de descumprimento da decisão.

Nesse contexto, levou-se ao plenário do STF uma ação direta em que se postulava que o Tribunal reconhecesse que qualquer decisão cautelar que interferisse no exercício do mandato parlamentar deveria ser ratificada pela respectiva casa legislativa<sup>99</sup>. O Supremo mudou de entendimento e concluiu, por uma maioria de 6 a 5, que tais afastamentos deveriam passar a ser ratificados pelo Legislativo<sup>100</sup>. Na sequência, o Senado rejeitou a cautelar que ensejava o afastamento do senador, por uma decisão de 44 a 26 votos<sup>101</sup>. Mais uma vez, o Supremo recuava diante do Senado.

Houve quem entendesse que a decisão do STF apenas dava adequado julgamento à matéria, corrigindo o erro cometido nos precedentes anteriores. Houve quem apostasse que a decisão do STF não teria sido descumprida e que, ao decidir de tal modo, a própria Corte se desautorizara e fragilizara sua posição institucional. Muitos, contudo, interpretavam o episódio como uma “saída honrosa” articulada pelo Supremo, para evitar o aberto descumprimento da sua decisão.

A atuação estratégica encontra dificuldades em situação de assimetria de informações, como já antecipado. Saber se a decisão do Supremo será realmente descumprida de antemão pode ser difícil. Nessas circunstâncias, a credibilidade da ameaça (de descumprimento) e a gravidade das suas consequências para a autoridade do Tribunal podem ser suficientes para levar parte de seus membros a optar por uma *second best decision*. A decisão (de afastamento do senador) já estava tomada, mas se abriu caminho à sua superação pelo Senado, ao decidir que a palavra final sobre o assunto ficava com a casa legislativa.

O fato é que, na sequência, a imunidade reconhecida aos parlamentares federais foi aplicada pelas casas legislativas estaduais. As Assembleias Legislativas passaram a entender, por simetria, que também lhes cabia dar a última palavra acerca de cautelares que embaraçassem o exercício de mandato por seus membros. Novas ações diretas foram ajuizadas, então, para discutir a questão<sup>102</sup>. Por meio delas, alegava-se que somente as imunidades materiais detidas pelos deputados federais se estendiam aos deputados estaduais, mas não as imunidades formais, muito embora o art. 27, §1º, da Constituição, que tratava do assunto, não fizesse

97 STF, Primeira Turma, AgR no Terceiro AgR na AC 4327, DJe, 27.10.2017, Rel. Min. Marco Aurélio, Red. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso.

98 AC 4070, Pleno, j. 05.05.2016, Rel. Min. Teoria Zavascki.

99 O argumento constitucional envolvia a interpretação conforme dos arts. 312 e 319 do Código de Processo Penal, que previam a possibilidade do deferimento de cautelares (inclusive a suspensão do exercício de função pública), à luz do art. 53, par. 2º, da Constituição. Esse dispositivo determinava: “Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”. Alegava-se que o propósito desse dispositivo era preservar o princípio da separação dos Poderes e o exercício do mandato parlamentar, razão pela qual a decisão final sobre qualquer cautelar de afastamento do mandato, e não apenas acerca da prisão, deveria caber à respectiva Casa Legislativa.

100 STF, Pleno, j. 11.10.2017, ADI 5526, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes.

101 AGÊNCIA SENADO. *Plenário rejeita medidas cautelares contra Aécio Neves e senador retoma mandato*. 17 out. 2017. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/10/17/senado-derruba-decisao-do-stf-contra-aecio>>. Acesso em: 15 abr. 2018.

102 STF, Pleno, ADI 5823 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, ADIs 5824 e 5825 MC, Rel. Min. Edson Fachin, j. 07.12.2017, julgamento não concluído.

qualquer diferença expressa no ponto<sup>103</sup>. Ao apreciar as ações, uma maioria de 5 a 4 do STF se manifestou pela não aplicação aos deputados estaduais da imunidade formal na extensão proclamada em favor dos parlamentares federais.

O julgamento foi interrompido para aguardar a manifestação dos Ministros Barroso e Lewandowski, que estavam ausentes da sessão. De todo modo, estabeleceu-se uma diferença entre o tratamento dado aos deputados federais e aos deputados estaduais, em uma matéria em que o texto constitucional não fazia qualquer distinção expressa. Uma explicação possível para a aparente inconsistência é que, no caso das Assembleias Legislativas, eventual descumprimento era menos crível ou menos grave para a Corte. As Assembleias Legislativas representavam uma ameaça menor à posição institucional do Supremo Tribunal Federal e à sua autoridade do que o Congresso Nacional. Sem um risco institucional relevante para o Supremo, não havia incentivo suficiente para provocar uma atuação estratégica em favor dos deputados estaduais.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar em uma Corte Constitucional *simplesmente* como um órgão que atua na preservação dos direitos fundamentais e no adequado funcionamento do processo democrático, com base em princípios e no melhor argumento, significa idealizar o papel desempenhado pelas cortes, fechar os olhos para o contexto em que elas operam e, por consequência, deixar de compreender os limites e constrangimentos *reais* que enfrentam no desempenho das suas funções. Embora o comportamento judicial legalista tenha o seu valor para explicar o processo decisório do Supremo Tribunal Federal em um grande conjunto de casos, em que a Corte opera na correção de erros e na reiteração da jurisprudência, ele, possivelmente, terá baixo potencial explicativo nas decisões de casos difíceis, em que o material jurídico ortodoxo oferece balizas incompletas para a decisão, ou em face de uma situação de conflagração entre Poderes.

Nesses casos, o modelo de comportamento ideológico e o modelo de comportamento estratégico têm uma função explicativa que precisa ser considerada. Segundo o modelo ideológico, em casos difíceis, em que os referenciais normativos são fluidos e as questões são moralmente controvertidas, os magistrados tendem a decidir, de forma consciente ou até mesmo inconsciente, com base em suas convicções ideológicas, em suas pré-compreensões e em suas experiências pretéritas. Nesse contexto, conhecer esses elementos é importante para produzir uma argumentação capaz de sensibilizá-los, para compreender e controlar vieses cognitivos e para produzir um juízo crítico sobre a atuação da Corte. Por um lado, o comportamento ideológico encontra limites no modelo legalista: o texto, os precedentes e a dogmática restringem as suas possibilidades ou, ao menos, tornam a atuação ideológica mais evidente. Por outro lado, encontra limites na necessidade de atuação estratégica.

Segundo o comportamento estratégico, os juízes agem como agentes racionais e pautam sua conduta pela teoria dos jogos. Ao proferirem seus votos procuram maximizar benefícios, influenciar o Direito e fazê-lo avançar de forma convergente com as suas preferências. Ocorre que um juiz constitucional não decide sozinho. Depende dos demais colegas para fazer prevalecer o seu entendimento. Depende dos demais Poderes para ter as suas decisões cumpridas. Depende do apoio popular para manter a sua autoridade. Portanto, se pretende verdadeiramente influenciar o conteúdo do Direito, precisa buscar proferir decisões que obtenham a adesão da maioria da Corte, que sejam cumpridas pelos outros Poderes e que tenham o suporte da opinião pública. Os confrontos são possíveis e as decisões impopulares são sustentáveis pontualmente, mas não de forma contínua e sistemática, sem um grande desgaste político ou sem importantes ameaças

103 BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 27, §1º: “Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas”.

institucionais. Uma corte sob forte pressão dos demais Poderes só atuará a contento se movida por  *muito* apoio popular. Esse cálculo político é parte do processo de autopreservação das instituições.

De fato, a credibilidade do Judiciário deriva, ao menos em parte, da percepção de que decide com base em princípios e orientado por normas preexistentes, infensas à política. A atuação judicial politizada é negativa para a imagem dos tribunais e para sua autoridade. Contudo, para que as cortes se aproximem desse modelo alegadamente ideal, é preciso entender como a vida funciona na prática. É preciso atentar para o contexto e as resistências poderosas que enfrentam. É preciso compreender os limites e incentivos que favorecem uma maior independência ou uma maior politização. E é fundamental  *atuar* sobre eles. Teorias normativas sobre a função judicial devem partir de descrições realistas de como o Judiciário e os Poderes Políticos atuam. Em síntese, portanto, para buscarmos o Supremo Tribunal Federal que desejamos, precisamos enxergar o Supremo de que dispomos — “*o Supremo como ele é*”.

## REFERÊNCIAS

- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Quando a unanimidade não esclarece. *Valor*, 22 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/quando-a-unanimidade-nao-esclarece>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- ASHENFELTER, Orley; EISENBERG, Theodore; SCHWAB, Stewart. Politics and the judiciary: the influence of judicial background on case outcomes. *Journal of Legal Studies*, Filadélfia, v. 24, n. 2, p. 257, jun. 1995. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1411&context=facpub>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito - UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BARROSO, Luís Roberto. Reflexões sobre as competências e o funcionamento do Supremo Tribunal Federal. In: BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BARROSO, Luís Roberto; MONTEDÔNIO, Frederico. Como salvar a repercussão geral: transparência, eficiência e realismo na escolha do que o Supremo Tribunal Federal vai julgar. In: BARROSO, Luís Roberto. *Um outro país: transformações no direito, na ética e na agenda do Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- BAUM, Lawrence. *Judges and their audiences: a perspective on judicial behavior*. Nova Jersey: Princeton University, 2008.
- BENESH, Sara C.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court justice-centered judicial databases: the Warren, Burger, and Rehnquist Courts 1953-2000*. East Lansing: Michigan State University, 2003. Disponível em: <<http://artsandsciences.sc.edu/poli/juri/flpdcodbk.pdf>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics*. New Haven: Yale University, 1986.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AC 4070*, Pleno, j. 05.05.2016, Rel. Min. Teori Zavascki.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *ADI 3510*, *DJe*, 28.05.2010, Rel. Min. Ayres Britto.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *ADI 4277 e ADPF 132*, *DJe*, 14.10.2011, Rel. Min. Ayres Britto.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno*, *ADI 5526*, j. 11.10.2017, Rel. Min. Edson Fachin, Red. p/ acórdão Min. Alexandre de Moraes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno*, *ADI 5823 MC*, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento não concluído.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno*, *ADIs 5824 e 5825 MC*, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento não concluído.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *ADPF 402 MC*, *DJe*, 01.02.2017, Red. p/ o referendo de liminar Min. Celso de Mello, acórdão pendente.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *ADPF 54*, *DJe*, 30.04.2013, Rel. Min. Marco Aurélio.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno*, *AP 937 QO*, j. 03.05.2018, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, acórdão pendente de publicação.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *ARE 1054490 QO*, *DJe*, 09.03.2018, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Pleno*, *Inq. 687*, *DJ*, 9 nov. 2001, Rel. Min. Sydney Sanches.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *RE 590.415*, *DJe*, 29.05.2015, Rel. Min. Luís Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *RE 602.381*, *DJe*, 04.02.2015, Rel. Min. Cármen Lúcia.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno, *RE 669.069*, *DJe*, 28.04.2016, Rel. Min. Teori Zavascki.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma, *AgR no Terceiro AgR na AC 4327*, *DJe*, 27.10.2017, Red. p/ acórdão Min. Luís Roberto Barroso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Regimento Interno*: [atualizado até julho de 2016]: consolidado e atualizado até maio de 2002 por Eugênia Vitória Ribas. Brasília: STF, 2016.

BRENNER, Saul; WHITMEYER, Joseph M. *Strategy on the United States Supreme Court*. Nova York: Cambridge University, 2009.

BULLA, Beatriz et al. Fachin manda habeas de Palocci para plenário do Supremo. *Estadão*. Política. Brasília, 3 maio 2017.

CALDEIRA, Gregory A.; WRIGHT, John R. Organized interest and agenda setting in the U.S. Supreme Court. *American Political Science Review*, Washington, v. 82, p. 1109-1127, 1988.

CARDOZO, Benjamin N. *The nature of the judicial process*. Nova York: Dover Publications, 2005.

CORAM, Bruce Talbot. Second best theories and the implications for institutional design. In: GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

COX, Adam; MILES, Thomas. *Judging the voting rights act*. Disponível em: <[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8033&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=8033&context=journal_articles)>. Acesso em: 30 jun. 2018.

CROSS, Frank B.; NELSON, Blake J. Strategic institutional effects on Supreme Court decisionmaking. *New York University Law Review*, Nova York, v. 95, p. 1437, 2001.

CROSS, Frank P.; TILLER, Emerson H. Judicial partisanship and obedience to legal doctrine: whistle-

- blowing on the Federal Courts of Appeals. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 107, p. 2155, 1998.
- EASTON, David. A re-assessment of the concept of popular support. *British Journal of The Politics Science*, West Nyack, n. 5, p. 435, 1975.
- EGAN, Patrick J.; CITRIN, Jack. Opinion leadership, backlash, and delegitimation: supreme court rulings and public opinion. *Social Science Research Network*, Rochester, ago. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1443631>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- ELSTER, Jon. *Explaining social behavior: more nuts and bolts for the social sciences*. Nova York: Cambridge University, 2007.
- ELSTER, Jon. Introduction. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University, 1986.
- EPSTEIN, Lee et al. Do political preferences change?: a longitudinal study of U.S. Supreme Court justices. *Journal of Politics*, West Nyack, v. 60, n. 3, p. 801-818, ago. 1988.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *Documenting strategic interaction on the U.S. Supreme Court*, 1995. Disponível em: <<http://epstein.wustl.edu/research/conferencepapers.1995APSA.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack. *The choices justices make*. Washington: CQ Press, 1998.
- FACHIN, Luiz Edson (Org.). *Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- FALCÃO, Joaquim; CERDEIRA, Pablo de Camargo; ARGUELHES, Diego Werneck. *I Relatório Supremo em Números: o múltiplo Supremo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, abr. 2011. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8913>>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em números: o Supremo e o tempo*. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12055/III%20Relat%C3%B3rio%20Supremo%20em%20N%C3%BAmeros%20-%20O%20Supremo%20e%20o%20Tempo.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- FRANK, Jerome. Are judges human?. In: FRANK, Jerome. *Courts on trial: myth and reality in american justice*. Nova Jersey: Princeton University Press, 1949.
- FRIEDMAN, Barry. The importance of being positive: the nature and function of judicial review. *University of Cincinnati Law Review*, Cincinnati, v. 72, p. 1257, 2004.
- FRIEDMAN, Barry. The politics of judicial review. *Texas Law Review*, Austin, v. 84, p. 257, 2005.
- FRIEDMAN, Barry. *The will of the people: how public opinion has influenced the Supreme Court and shaped the meaning of the Constitution*. Nova York: Farrar, Strauss e Giroux, 2009.
- GILES, Michael W.; BLACKSTONE, Bethany; VINING, Richard L. The Supreme Court in american democracy: unraveling the linkages between public opinion and judicial decision-making. *Journal of Politics*, West Nyack, v. 70, p. 293-306, 2008.
- GOMES, Joaquim Benedito Barbosa. Vivi muita pobreza até os 17 anos. *O Estado de São Paulo*. São Paulo, 8 maio 2003. Nacional, p. A9. Entrevista concedida a Mariângela Gallucci. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaMinistro&pagina=JoaquimBarbosaEntrevistas.pdf>>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- GROSSMAN, Joel B. Social backgrounds and judicial decision-making. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 79, p. 1551, 1966.
- HOLMES, Oliver Wendell Jr. The path of the law. *Harvard Law Review*, v. 110, p. 991, 1897, p. 994.

- LAIN, Corinna Barrett. Upside-down judicial review. *Social Science Research Network*, Rochester, 12 jan. 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1984060>>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- LLEWELYN, Karl N. *The common law tradition: deciding appeals*. Boston: Little, Brown and Company, 1960.
- MARTIN, Andrew D. et al. Competing approaches to predicting Supreme Court decision-making. *Perspectives on Politics*, New York, v. 2, p. 761, 2004.
- MARTIN, Andrew D.; QUINN, Kevin M. Assessing preference change on the U.S. Supreme Court. *Journal of Law, Economics, and Organization*, p. 16-18, 11 maio 2007. Disponível em: <<http://www.law.berkeley.edu/files/prefchange.pdf>>. Acesso em: 26 set. 2013.
- MELLO, Marco Aurélio. Competência: palavra que melhor resume o nosso Ministro do Supremo Tribunal Federal. *Jornal da Cidade*. Sergipe, 7 out. 2003. Suplemento especial. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2003\\_out\\_07.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/MarcoAurelio/Entrevistas/2003_out_07.pdf)>. Acesso em: 29 mar. 2018.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos. *Nos bastidores do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- MELLO, Patrícia Perrone Campos; BAQUEIRO, Paula Andrade. Distinção inconsistente e superação de precedentes no Supremo Tribunal Federal. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 1, p. 668-690, abr. 2018.
- MENDES, Gilmar. Vou defender minhas posições. *Jornal do Brasil*. Rio de Janeiro, 26 maio 2002. p. 10. Entrevista concedida a Gustavo Krieger. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2002\\_maio\\_26.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/PastasMinistros/GilmarMendes/Entrevistas/2002_maio_26.pdf)>. Acesso em: 2 abr. 2018.
- MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. Do judges make regulatory policy? An empirical investigation of Chevron. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 73, p. 823, 2006.
- MILES, Thomas J.; SUNSTEIN, Cass R. *The new legal realism*. Chicago: University of Chicago, 2007. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1070283](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1070283)>. Acesso em: 15 mar. 2018.
- MORAES, Maria Celina Bodin. A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil*, n. 65, 1993.
- PERESIE, Jennifer. Female judges matter: gender and collegial decision-making in the Federal Appellate Courts. *Yale Law Journal*, New Haven, v. 114, n. 7, may 2005. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/note/female-judges-matter-gender-and-collegial-decisionmaking-in-the-federal-appellate-courts>>. Acesso em: 26 mar. 2018.
- PETTTT, Philip. Institutional design and rational choice. In: GOODIN, Robert E. *The theory of institutional design*. Nova York: Cambridge University, 1996.
- PINELLO, Daniel R. Linking party to judicial ideology in american courts: a meta-analysis. *Justice System Journal*, Denver, v. 20, p. 219, 1999.
- POSNER, Richard. *How judges think*. Cambridge: Harvard University, 2008.
- POSNER, Richard. What do judges maximize? (the same thing everybody else does). *Supreme Court Economic Review*, Nova York, v. 3, p. 1, 1993.
- POST, Robert C.; SIEGEL, Reva B. Roe Rage. Democratic constitutionalism and backlash. Yale Law School Legal Scholarship Repository. *Faculty Scholarship Series*. Paper 169. Disponível em: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/169](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/169)>. Acesso em: 15 maio 2018.
- REVESZ, Richard L. Environmental regulation, ideology, and the D.C. circuit. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, p. 1717, 1997.

RODRIGUES, Nelson. *A vida como ela é: o homem fiel e outros contos*. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

SCHREIBER, Mariana. Ministro do STF diz que Brasil deve “legalizar a maconha e ver como isso funciona na vida real”. *BBC Brasil*. 14 set. 2015. Disponível em: <[http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914\\_drogas\\_barroso\\_ms](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150914_drogas_barroso_ms)>. Acesso em: 15 mar. 2018.

SEGAL, Jeffrey A. et al. Ideological values and the votes of U.S. Supreme Court justices revisited. *Journal of Politics*, West Nyack, v. 57, p. 815, 1995.

SEGAL, Jeffrey A.; COVER, Albert D. Ideological values and the votes of U. S. Supreme Court Justices. *American Political Science Review*, Washington, v. 83, p. 557, 1989.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. *The Supreme Court and the attitudinal model revisited*. Nova York: Cambridge University, 2002.

SHAUER, Frederick. Incentives, reputation and the inglorious determinants of judicial behavior. *Cincinnati Law Review*, v. 68, p. 615-636, 2000.

SISK, Gregory C.; HEISE, Michael. Judges and ideology: public and academic debates about statistical measures. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 99, 2005.

SISK, Gregory C.; HEISE, Michael; MORRISS, Andrew P. Charting the influences on the judicial mind: an empirical study of judicial reasoning. *New York University Law Review*, New York, v. 73, p. 1377, 1998.

SOLBERG, Rorie Spill. Judicial behavior in constitutional challenges before the Rehnquist Court. *Journal of Empirical Legal Studies*, Oxford, v. 3, p. 245, jul. 2006.

SONGER, Donald R.; LINDQUIST, Stefanie. Not the whole story: the impact of justices’ values on Supreme Court decision-making. *American Journal of Political Science*, Detroit, v. 40, n. 4, p. 1049-1063, nov. 1996.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

Stone, Seidman; Sunstein, Tushnet. *Constitutional law*. 3. ed. Boston: Little, Brown and Company, 1992.

SUNSTEIN, Cass R. et al. *Are judges political? An empirical analysis of the federal judiciary*. Washington: Brookings Institution, 2006.

TAHA, Ahmed E. Judge shopping: testing whether judges’ political orientation affect case filings. *University of Cincinnati Law Review*, v. 20, p. 101-130, 2010.

TVERSKY, Amos; KAHNEMAN, Daniel. The framing of decisions and the psychology of choice. In: ELSTER, Jon. *Rational choice*. Nova York: New York University Press, 1986.

U.S. SUPREME COURT. *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976).

U.S. SUPREME COURT. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

WALD, Patricia. A response to Tiller and Cross. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 99, 1999.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico [www.rbpp.uniceub.br](http://www.rbpp.uniceub.br)  
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.