# XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

### TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ELOY P. LEMOS JUNIOR

LORENA DE MELO FREITAS

JERÔNIMO SIQUEIRA TYBUSCH

#### Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### Diretoria - Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

#### **Conselho Fiscal**

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

#### Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

**Diretoras de Eventos** - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira - UNINOVE

#### T314

Teorias da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS; Coordenadores: Eloy P. Lemos Junior, Jerônimo Siqueira Tybusch, Lorena de Melo Freitas – Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-069-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de

desenvolvimento do Milênio

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Teoria da decisão. 3. Realismo jurídico. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



#### XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

#### TEORIAS DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

#### Apresentação

PREFÁCIO

Profa. Dra. Lorena Freitas

Prof. Dr. Eloy Jr.

Prof. Dr. Jerônimo S. Tybusch

O CONPEDI, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, na realização de seus Encontros e Congressos, tem um papel fundamental de integração e conhecimento do estado da arte das diversas temáticas jurídicas com as apresentações no âmbito dos Grupos de Trabalho que o compõem. Estes trabalhos expressam o andamento dos estudos dos pesquisadores das pós-graduações em Direito e afins de todo país revelando os GTs como a principal dinâmica no evento.

O GT Teoria da Decisão e Realismo Jurídico foi proposto originalmente no Congresso realizado em Novembro de 2014 no PPGCJ da UFPB, expressando as preocupações teóricas do único grupo de pesquisa cadastrado no CNPq com título e objeto sendo o Realismo Jurídico. A manutenção do GT nesta edição do CONPEDI contou com a experiência na coordenação dos trabalhos dos professores signatários deste prefácio e que por ora pretende apresentar aos leitores o resultado agora em forma de livro da discussão científica apresentada no encontro.

Como nosso objeto não é apresentar cada pesquisa/artigo em si que compõem este livro, cuja multiplicidade de temas e abordagens enriqueceram o debate científico, deixamos para o julgamento do leitor a busca do conteúdo no próprio resumo que cada artigo traz.

A qualidade dos trabalhos ali apresentados permite certamente perceber este GT como uma especialidade em comparação aos tradicionais GTs de Filosofia e Hermenêutica Jurídicas, por exemplo, dando sede própria à problemática em torno da Teoria da norma x teoria da decisão, pragmatismo filosófico e jurídico, Realismo jurídico norte-americano e Realismo jurídico escandinavo, discurso jurídico, judicialização, ativismo judicial e decisionismo.

Assim, apresentamos ao público este livro com 12 capítulos agrupando exatamente os melhores trabalhos submetidos, aprovados e apresentados no XIV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado em Aracaju, entre 3 e 6 de junho de 2015, cujo expressivo número de inscritos e trabalhos apresentados só vem ratificar este compêndio da doutrina nacional em Teoria Geral do Direito.

Os Coordenadores

## INDEPENDÊNCIA E POLÍTICA EM JULGAMENTOS COLEGIADOS: UM ESTUDO SOBRE O COMPORTAMENTO DECISÓRIO DE JUÍZES DE TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.

## INDEPENDENCE AND POLITICS IN COLLEGIATE JUDGMENTS: A STUDY ON THE DECISION-MAKING BEHAVIOR OF CONSTITUTIONAL COURT JUDGES.

Daniel Barile da Silveira

#### Resumo

O julgamento colegiado em tribunais constitucionais é tema recorrente no debate contemporâneo sobre o comportamento judicial. Entretanto, entender os modelos decisórios e os enfoques específicos que cada uma destas modelagens nos fornecem propicia um maior entendimento das possíveis e diferentes formas de abordagem sobre o tema. Para tanto, o presente texto se divide em dois blocos: o primeiro busca analisar qual o contexto peculiar em que julga o tribunal constitucional, marcado pela relação sempre complexa em decidir interpretativamente com base no texto constitucional diante de um cenário de ávidas pressões políticas reinantes. Assim se buscará posicionar a temática do tribunal constitucional como instrumento contramajoritário como um pressuposto teórico inicial, colocando em debate a validade e as dimensões deste discurso jurídico tradicional. Em um segundo momento, o texto busca analisar os modelos desenvolvidos para uma melhor compreensão do comportamento das cortes constitucionais, na perspectiva de ampliar a discussão presente nos estudos teóricos, como um contributo ao tema, bem como traçando uma perspectiva diferenciada relativamente ao discurso jurídico dogmático tradicional, o qual compreende que a decisão judicial está vinculada tão somente à (melhor) interpretação dos estatutos legais ao caso concreto, sem se avaliar os grupos de pressão e as estratégias desenvolvidas no contexto de decisões colegiadas, fortemente sedimentadas em consequencialismos e jogos de poder.

**Palavras-chave:** Independência judicial, Julgamento colegiado, Política na corte, Modelos decisórios.

#### Abstract/Resumen/Résumé

The collegiate trial in constitutional courts is a recurring theme in the contemporary debate about judicial behavior. However, understanding the decision-making models and the specific approaches that each of these modeling provides us give a better understanding of the different possible ways to approach the subject. Therefore, this paper is divided into two parts: the first is to analyze which the peculiar context in which constitutional courts judge its trials, marked by the complex relationship in deciding interpretively based on the Constitution before a backdrop of greedy pressures prevailing policies. So the article will try to position the theme of the constitutional court as countermajoritarian instrument as an

initial theoretical assumption, by discussing the validity and the dimensions of this traditional legal discourse. In a second step, the text analyzes the models developed for a better understanding of the constitutional courts behavior with a view to broaden the discussion in this theoretical studies as a contribution to the subject, as well as charting a different perspective on the dogmatic legal discourse, which comprises the court decision is linked solely to the (best) interpretation of legal statutes to the case, without assessing the political pressures and the strategies developed in the context of collective decisions.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Judicial independence, Collegiate trial, Politics in court, Decision models

A prática judicial é campo de debates sempre polêmico nos estudos jurídicos contemporâneos, em especial quando a análise que se efetua é sobre cortes constitucionais. Não obstante os inúmeros modelos teóricos existentes para entender o fenômeno da produção jurisprudencial, a forma pela qual os juízes decidem e os reflexos que tais arestos impactam nas ações sociais são a base de uma contínua análise por parte dos especialistas. Assim, vislumbrar melhor como essas cortes direcionam a construção de seu entendimento sobre o Direito a partir de modelos decisórios é o que este artigo busca desvendar, no sentido de mostrar como os julgamentos colegiados nos tribunais constitucionais ocorrem, a partir de uma análise condizente com categorias teóricas perceptíveis.

Para tanto, o presente texto se divide em dois blocos: o primeiro busca analisar qual o contexto peculiar em que julga o tribunal constitucional, marcado pela relação sempre complexa em decidir interpretativamente com base no texto constitucional diante de um cenário de ávidas pressões políticas reinantes. Assim se buscará posicionar a temática do tribunal constitucional como instrumento contramajoritário como um pressuposto teórico inicial, colocando em debate a validade e as dimensõesdeste discurso jurídico tradicional. Em um segundo momento, o texto busca analisar os modelos desenvolvidos para uma melhor compreensão do comportamento das cortes constitucionais, na perspectiva de ampliar adiscussãopresente nos estudos teóricos, como um contributo ao tema, bem como traçando uma perspectiva diferenciada relativamente ao discurso jurídico dogmático tradicional, o qual compreende que a decisão judicial está vinculada tão somente à (melhor) interpretação dos estatutos legais ao caso concreto, sem se avaliar os grupos de pressão e as estratégias desenvolvidas no contexto de decisões colegiadas, fortemente sedimentadas em consequencialismos e jogos de poder.

#### 1 Tribunais constitucionais são órgãos contramajoritários?

Cortes constitucionais são atores políticos de primeira ordem e, com bem apontou McGuire (2004, p. 132), um efetivo ator político "deve ser autônomo, possuindo algum grau de independência em produzir suas próprias decisões sem a dicção de outros atores sociais". Centrada no sistema de separação de poderes, a autonomia está indicada pela presença de instrumentos de proteção da independência de seus julgados, no sentido de permitir que se resguardem a eficácia de suas decisões. Não mais que isso, a autonomia que aqui se apresenta envolve também a capacidade de controle das demais instituições por obra da proteção da Constituição, tarefa designada pelo legislador no sentido de frenar arroubos autocráticos ou

majoritários para a resguarda dos direitos encartados no texto constitucional. Assim, a independência, ou autonomia, da Suprema Corte em face do Legislativo e Executivo é ponto de fundamental realização para o alcance da institucionalização almejada da Corte Excelsa, no intuito de se posicionar como um ator político preponderante.

Destarte, este campo de discussão é sempre permeado pela ideia de que, se o "poder freia o poder", é preciso existirem mecanismos concretos de realização de accountabilityhorizontal (O'DONNEL, 1998), ou de responsabilização, por parte de atores que estejam no mesmo nível para a satisfação destes desideratos. Neste caso, o controle horizontal entre Legislativo, Executivo e Judiciário está sedimentado na célebre concepção da efetividade da aplicação dos mecanismos de freios e contrapesos. Para tanto, como é cediço, em democracias estabelecidas, arroubos injustificados de agentes usurpadores dos poderes a eles conferidos constitucionalmente têm de ser contidos necessariamente por outros poderes com igual força, na perspectiva de reajustar suas pretensões extrapolantes a um nível de estabilidade institucional e convívio pacífico, no intuito, inclusive, de manutenção da existência democrática. De tal modo, todos os Poderes constituídos exercem tarefa fiscalizadora, atuando como veto players, isto é, agentes com poder de veto cuja concordância é fundamental para a implementação de políticas ou para sua alteração (TSEBELIS, 2002, 2006). Portanto, a relação entre o poder de veto e a accountability horizontal é direta, na medida em que o controle do equilíbrio dos Poderes se processa, em sua maior parte, no interior dessas polias institucionais multilateralizadas.

Pensando em cortes supremas, os níveis de regulação são díspares, a depender do sistema político engendrado pelos países afora, das forças de coalizão e da dinâmica estabelecida pelos agentes envolvidos no processo. Ao se analisar essa relação no nível teórico, o controle ideal entre os Poderes deve se aproximar de um "jogo de soma zero", na medida em que atitudes positivas de um Poder devem ser frenados por outro, no ponto de atingir um equilíbrio horizontal equânime.

Neal Tate e TörbjornVallinger, em sua clássica obra sobre a expansão do poder judicial, acenam que, nas democracias estabelecidas, o Poder Judiciário, especialmente encabeçado pelo seu ápice (no caso, um Tribunal Constitucional), serviria ao jogo de relações institucionais como um elemento de frenagem do potencial majoritário produzido pelo Executivo e Legislativo (1995, cap. 2 e 3). Neste mesmo sentido, no contexto de sociedades democratizadas, o Judiciário se mostra como um terceiro elemento para sopesar a força de reivindicações majoritárias, reconhecendo um fator estruturante de balanceamento do poder

na faceta assumida pelos magistrados em reforçar a proteção de minorias. A partir desse pressuposto assumido, há uma concepção reinante nas teorias jurídicas tradicionais de que tribunais constitucionais são órgãos que repousam sua função no sistema de freios e contrapesos justamente no potencial contramajoritário, exercendo um poder de veto frente a arroubos da maioria estabelecida. Nesta concepção, a primazia dos direitos fundamentais ganharia espaço como elemento diferencial e garantidor dos interesses desses grupos, os quais buscariam na Constituição sua base argumentativa para a reivindicação de direitos, não obstante, em muitos casos, se localizarem na contramão do que se estabelece oficialmente pelas agendas parlamentar e executiva.

Alexandre Bickel já denominava esta relação entre cortes e os demais agentes políticos de "dificuldade contramajoritária" (1986), no sentido de clarificar o pesado fardo de instâncias judiciais serem protagonistas de frenagem das decisões de agentes políticos eleitos por uma maioria exemplar. Nesta perspectiva, como o lastro de legitimidade decisória dos juízes não está fundado no apoio popular direto, advindo das urnas, a reação judicial de veto ao controle de atos de agentes batizados pelo mandato do povo sempre se colocou como um constrangimento institucional necessário. Assim dizia:

A questão mais profunda é que o controle de constitucionalidade (*judicial review*) é uma força contramajoritária em nosso sistema. [...] Quando a Suprema Corte declara inconstitucional um ato legislativo ou um ato de um membro eleito do Executivo, ela se opõe à vontade de representantes do povo, o povo que está aqui e agora; ela exerce um controle, não em nome da maioria dominante, mas contra ela. [...] O controle de constitucionalidade, no entanto, é o poder de aplicar e interpretar a Constituição, em matérias de grande relevância, contra a vontade da maioria legislativa, que, por sua vez, é impotente para se opor à decisão judicial (1986, p. 16-23).

Assim, embora pautados pela Constituição e pelos ritos processuais de praxe, nesta percepção, inegavelmente os tribunais acabam por exercer uma atividade política e toda atividade desta natureza envolve riscos e custos decisórios. Neste ponto, não é simples a tarefa de um tribunal se posicionar com agente de bloqueio a políticas majoritárias, isto porque o peso do principal ator político(policy-maker) é usado massivamente para a implementação de suas propostas, mormente quando encontra uma base ampla de apoio. De tal modo, mesmo amparado pela Constituição e pela independência funcional e outras garantias do cargo inerentes à magistratura, tribunais tendem a se comportar estrategicamente para agir de forma a confrontar este poder, quando provocados a intervir nessa relação. Esse comportamento calculável se mostra necessário pelo risco possível de retaliações

institucionais, normalmente pela via legislativa, no sentido de subtração de suas garantias ou moção de suas competências, inviabilizando as tarefas da Corte(FEREJOHN, 1999, 2003).

Por tal razão que uma gama de especialistas tem retração em afirmar com espontaneidade de que os tribunais são sempre contramajoritários. Arendt Lijphart (2003), analisando inúmeras democracias modernas, leva o leitor a esta conclusão ao ponto de que a afirmação de que em democracias consolidadas os tribunais são intrinsecamente a favor das minorias não é uma afirmação totalmente verdadeira, devendo esta assertiva ser analisada caso a caso. Já Alivizatos (1995) e Volcansek (2001) entendem que é justamente na posição contrária a este entendimento que as cortes se localizam. Ou seja, como bem salienta Luciano da Ros (2006), em ambientes democráticos, difícil é a caracterização uníssona de tribunais como sendo sempre órgãos contramajoritários, uma vez que é preciso entender que seu desempenho varia de acordo com a aceitabilidade ou refutação de suas decisões no contexto político. Neste sentido, o aporte político acaba sendo fundamental para o conteúdo decisório, permitindo níveis de enfrentamento diferentes a depender do contexto de forças engendrado. Isto significa que o custo político de decisões deste nível é determinante para se saber o grau de veto exercido, moldando a faceta da participação do órgão no sistema constitucional de freios e contrapesos.

Robert Dahl (1989) indica que tribunais constitucionais não são exemplos típicos de atores com poder de veto (veto players), porém atuam no cenário social mais como órgãos de procrastinação ou retardamento da implementação de políticas públicas (delay players), mas muito menos como protetores das regras democráticas (guardianships). Mesmo posicionamento chegaRebecaBill Chavez (2004), bem como Andrews e Montinola (2004). Portanto, como preleciona Gretchen Helmke (2002), quanto mais coesão e disciplina no uso estratégico de alianças, a partir de um sistema mais integrado de coalizão, há uma tendência extremamente alta de os tribunais não contrariarem as decisões politicamente estabelecidas, uma vez que os custos políticos de tais vereditos são extremamente pesados a referendar uma lógica de enfrentamento institucional. Por outro lado, em um sistema político mais aberto, baseado em inúmeras fontes de poder com forças semelhantes, assim como na desagregação do uso de composições para corroborar a efetividade de ações governamentais, tais como políticas públicas, há uma probabilidade muito mais alta de o tribunal se posicionar mais independentemente, vez que o custo político dessa decisão é mitigado pelo efeito de que outros agentes sociais suportam-na, facilitando seu cumprimento sem maiores desgastes institucionais. Assim, a decisão do tribunal de enfrentamento é pulverizada entre inúmeros atores sociais com forças equiparadas, fazendo com que a pressão inversa sobre a corte decisória se torne menor, propiciando, então, maior ativismo e, consequentemente, maior independência, dada a mitigação do risco de represálias.

Para George Tsebelis (2002, p. 320), o Poder Judiciário, em si próprio, não é um órgão com poder de veto. Juízes, como afirma, são apenas considerados como atores com poder de veto não quando tomam decisões estatutárias, mas quando assumem posições estruturais na figura de Estado. São atores com poder de veto quando fazem interpretações constitucionais, porque assumem uma posição que os torna pontos de bloqueio do sistema jurídico inteiro, em especial de outros Poderes. Assim, a posição entabulada pelas cortes constitucionais reveste-se de extrema importância no circuito decisório e no controle dos demais poderes instituídos. Posto isso, competências, recrutamento e a forma de decidir mostram-se como elementos de atenção dos demais atores políticos porque permitem o controle, ou pelo menos um mínimo de prognóstico, da atuação das cortes constitucionais, propiciando aos demais atores com veto a se moldarem à engenharia institucional criada.

Pelo que se depreende, tal consideração demonstra que não necessariamente os tribunais constitucionais se mostram como institutos contramajoritários em um sistema de democracia consolidada. Tampouco se demonstra, genericamente, que não são. Essa qualificação dependerá, sobretudo, do risco assumido de enfrentamento ou de consenso suportado pelo tribunal no concerto das instituições, situação que comportara seu agigantamento ou sua timidez. Essa constatação se fará no sentido de que dependerá *contra quem* o tribunal se posicionará no uso de suas prerrogativas jurisdicionais, a depender das circunstâncias contingenciais que se posiciona o tribunal em torno do sistema político, no confronto ou no acerto com determinados atores políticos predominantes.

Para tanto é possível formular a hipótese de que quanto mais disperso o poder político em uma dada sociedade, mais propícia é a possibilidade de o tribunal constitucional caracterizar-se como órgão com poder de veto. Ao seu revés, quanto mais concentrada é a parcela de poder político em um ou alguns agentes políticos, menos espaço se abre para a atuação contramajoritária do tribunal, servindo-se de órgão referendário de políticas predominantes, evitando possíveis enfrentamentos contra o principal agente político reinante. É a partir desse instrumental metodológico que, para os propósitos expostos neste artigo, é possível conseguir aferir a ideia de independência, posto que os modelos legais formais já a atestam, inclusive com repertório explícito na própria Constituição.

#### 2 Abordagens teóricas sobre o mecanismo decisório em tribunais constitucionais

Efetuar um estudo sobre como Cortes Constitucionais decidem é tema bastante amplo e importante para ser obliterado no corte metodológico aqui realizado. De tal maneira, torna-se imprescindível sedimentar a discussão teórica sobre tais modelos de análise a fim de assentar os pressupostos presentes neste artigo, inclusive no sentido de limitar a percepção do conteúdo tratado. Nesta perspectiva, algumas considerações sobre o cabedal teórico explicativo da matéria é anteposto de qualquer discussão mais acalorada sobre o tema.

No cenário de debates acerca de como juízes constitucionais decidem é possível encontrar uma gama infinita de perspectivas teóricas a fim de dar uma explicação mais racionalizada sobre sua tomada de decisões. Não obstante sua complexidade, crê-se ser possível agrupar essas várias matizes em basicamente dois grandes modelos de explicação, agrupamento que auxilia o entendimento conjuntural do debate: a) o primeiro, que aqui se denomina de *modelo jurídico*, e sua vertente, o *modelo normativo*, mais especificamente delineado nos cursos jurídicos; b) o segundo, referente a estudos comportamentais (*behavioristas*) e já mais próximos da abordagem sociológica, que aqui se denomina *modelo behaviorista*, podendo ainda ser subdividido em: i. *modelo atitudinal*, e ii: *modelo estratégico*.

O primeiro deles, denominado modelo jurídico ou formal, é aquele tradicionalmente reproduzido na escala de ensinamentos absorvidos no interior dos cursos de Direito e tem como tônica principal a visão legal acerca do procedimento decisório dos tribunais. Neste sentido, a explicação é formal do ponto de vista a explanar decisões judiciais no nível de referenciar a produção jurisprudencial como sendo fruto direto do repertório normativo, isentando outros fatores externos no momento da apreciação do caso concreto. Movido pela pauta da neutralidade, como em um vácuo valorético, juízes decidem com base nos estatutos e na Constituição a partir de uma visão básica de interpretar comandos e subsumi-los a casos práticos. A discussão maior neste modelo reside nos múltiplos processos de interpretação e aplicação do Direito, não havendo espaço para considerar-se a atuação dos tribunais movida por outros fatores consideráveis "extramuros" da técnica jurídica peculiar. Como apresenta Shapiro (1981), a análise presente nesta forma de percepção da realidade, o que ele denomina de legal analyisis, reside na intrínseca atividade judicial de julgar baseando em fatos e argumentos, decidindo questões com neutralidade e independência, não existindo lugar para ingerências institucionais ou políticas. Estas, inclusive, são abominadas por serem tendenciosas e interferirem na produção de um resultado técnico, que é o objetivo da doutrina jurídica clássica. Agentes e instituições são ou devem ser imunes a fatores externos que não a hermenêutica e a aplicação do Direito, orientada singularmente pela ciência jurídica. Enquanto elemento informador da filosofia que gerencia tais concepções, esta visão atém-se à tripartição tradicional os Poderes, de maneira a buscar entender a relação entre Legislativo, Executivo e Judiciário com base na fórmula de independência e harmonia, órgãos inspirados por uma relação de coordenação fulcrada na legalidade. Na há, ou pelo menos não é possível admitir-se, qualquer relação de subordinação funcional entre os Poderes, devendo ser remediada por ações de controle caso sinais de usurpação sejam manifestados. De nítida base montesquiana, como é cediço, o primeiro dos Poderes produziria as leis, o segundo implementaria essas leis e o terceiro julgaria com base nelas. Os magistrados, neste caso, ainda que em sede de jurisdição constitucional concentrada, seriam apolíticos. Para estes estudos, impensável é arguir os atributos pessoais dos julgadores, relacionamentos pessoais, filiação ideológica ou experiência política prévia quando da decisão, porque estes são fatores estranhos ao processo decisório e, quando caneta e papel na mão se encontram, nenhum desses aportes serviria ou permeariam a decisão. São, como registrou as fórmula clássica, "a boca que pronuncia as palavras da lei" (Le juge est "labouchequiprononceles paroles de laloi") (MONTESQUIEU, 2000). Kelsen, (2000), como um dos maiores expoentes dessa teoria, mesmo sabendo que uma decisão jurídica conformar-se-ia em um quadro e que inúmeras poderiam as soluções possíveis, mesmo assim consignava que a tarefa de decidir poderia levar a repostas diferentes para um mesmo caso, mas elas estariam estabilizadas na conformação de uma moldura legal, dela não podendo se esquivar. Assim, a ciência jurídica possuiria, de início, ferramentas para o julgamento e não importaria quem seriam autores ou réus no processo, nem a matéria em debate, mas seu resultado dependeria da aplicação desse ferramental ao caso in concreto. Para tanto, em casos idênticos, respostas idênticas, sendo a indeterminação do Direito uma assertiva reprovável. Embora ainda usual em muitas escolas jurídicas, este modelo explicativo tem perdido ampla força para centrar-se unicamente nessas bases conceituais como argumento explicativo da ação dos tribunais, entendido por muitos, e em especial pelo realismo jurídico das décadas de 30 e 40, como uma visão simplificada da realidade, extremamente formal e mecânica da realidade comportamental de juízes e tribunais<sup>1</sup>.

٠

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Leda Boechat Rodrigues explica que uma visão jurídica sobre o enfrentamento de tribunais em casos práticos começou a entrar em desuso mais especificamente na década de 30, em especial nos Estados Unidos, especialmente impulsionado pelas leituras promovidas pela ciência política americana acerca da impossibilidade de explicação do posicionamento da Corte Suprema diante das políticas do *New Deal*. Conforme aduz, desde 1930, o então Presidente Franklin Roosevelt tentou por inúmeras vezes implementar as mudanças necessárias à crise econômica vivenciada pelos americanos, sendo constantemente vencido no Tribunal. Quanto em 1936 o

No bojo desta visão é possível encontrar uma outra vertente da abordagem jurídica acerca da tomada de decisões em tribunais. Trata-se da análise normativa ou prescritiva do comportamento das Cortes, no sentido de se constituir veículos interpretativos de como devem os tribunais julgarem em casos difíceis. Nesta perspectiva, mais do que propriamente se utilizar de uma abordagem legalista do comportamento judicial, como corrente na visão jurídica clássica antes exposta, é possível identificar nessa linha de argumentação uma postura prescritiva de ações do magistrado, de modo a se poder determinar modais interpretativos do Direito, ou ainda, paradigmas decisórios de como deveriam os juízes decidir nos casos sob seu tirocínio. Nesta base teórica assumida, muito mais afastado de justificar que decisões se arrimam por estarem subsumidas à legislação, tal forma de estudo jurídico está sedimentado em construir estruturas hermenêuticas aptas a lidar com a complexidade de direitos, num ambiente pulverizado pela multiplicidade de princípios, normas e de casos singularmente definidos a partir da liquidez das sociedades modernas (DWORKIN, 1998, 2001, 2003, 2006; HABERMAS, 1997; ALEXY,1988, 1993, 1997, 2002, 2003, 2007, dentre muitos outros). Para tanto, principia seu discurso com base em modelos e visões estabelecidas sobre como se aproximar dos princípios fundantes do Direito através de uma metodologia de solução de casos. Por mais díspares que sejam estes arquétipos, encontram uma sintonia no sentido de buscarem diagnosticar o que é o Direito e como deveria ser ele aplicado a situações judicializadas, na busca de produzir a melhor decisão possível com o mínimo de custo social. Vale-se, portanto, de uma visão prescritiva de concepções que invade o comportamento ideológico do magistrado como um componente de eficiência decisória e busca de justiça prática em casos absolutamente diversos (RAWLS, 2002). Desta análise é que surge a figura do Poder Judiciário como guardião das minorias, defensor da tirania da maioria, enfim, um perfil contramajoritário por excelência. Assim, em nome da preservação da vivência democrática e ante o obnubilar de outros Poderes, os magistrados assumem a função de serem baluartes do constitucionalismo em face de uma maioria ofuscada às exigências dos grupos minoritários (GARAPON, 2001; ROSENFELD, 2003; MÜLLER, 2003). Na realidade, toda a

Partido Democrata conquistou maioria absoluta na *HouseofRepresentatives*, de filiação ao Executivo, a pressão sobre a Corte efetuada pelo Presidente e pelo Congresso forçou que uma grande parte de casos semelhantes levados à Suprema Corte tivesse reversão de seu julgamento, favorecendo às políticas massivamente. Entretanto, o concreto encurralamento foi obtido somente com a ameaça institucional do Presidente em levar ao Congresso um pacote de alterações legislativas, cujo componente principal estava em modificar a composição da Corte, alterando o número de seus membros. A partir dessa admoestação velada, o Tribunal perfilhou-se ao Executivo, permitindo que os planos econômicos e reformas sociais decorrentes da crise obtivessem voto favorável e legitimador pela *SupremeCourt*(1958, p. 114 et seq.). O mesmo exemplo é citado por Luciano da Ros em seu texto (2006, p. 61). Para uma análise sobre os modelos de abordagem teórica sobre as decisões da Suprema Corte americana e suas mudanças interpretativas estudadas a partir de modelos divergentes, vide Koerner (2006).

ação do Poder Judiciário deverá estar balizada também não só pelo seu potencial contramajoritário, mas logra orientar-se de modo a ser guardião de qualquer investida referente a qualquer grupo que queira atentar contra os princípios fundamentais de democracia e da ordem política como um todo. Para tanto, a noção de equilíbrio e separação entre os Poderes é dogma estabelecido, devendo o Judiciário portar-se como fiel da balança de maneira a promover a harmonia entre essas divisões, sempre que afetado por qualquer ação antissistêmica em relação aos valores e princípios presentes na Constituição.

Sobre as visões legal e normativa importante esclarecer que, muito embora fundamentais para o diagnóstico de modelos de decisão e formulações contributivas para o desenvolvimento de uma teoria do Direito mais consoante as transformações sempre sofridas pelas sociedades complexas, é factível de que elas não explicam o comportamento prático do Tribunal. Isto porque é próprio destes níveis de estudo o desenvolvimento de teorias consoantes a instruir a operação do Direito, porém assentadas na elaboração de pressuposições e que somente atuam a depender da aceitação desta visão pelos membros do tribunal. Como bem salienta Friedman (2006, p. 262-264), normalmente os trabalhos jurídicos que investigam as cortes não propendem a produzir uma análise no nível do comportamento político destes agentes, atendo-se somente à natureza meritória do conflito em questão, sendo que as interpretações fáticas, as críticas e sugestões de melhoramento dos arestos se dão no nível teórico, diante do modelo jurídico que seria hipoteticamente mais adequado para solucionar a questão. Isto porque, de fato, as análises jurídicas são baseadas na justificação da decisão, mas não em sua explicação. Assim, se estas abordagens, aqui denominadas jurídicas lato sensu têm o condão de bem formular construtos decisórios firmes para a ciência jurídica, contudo pouco se atêm ao estudo do comportamento político dos tribunais. Já este foco de análise acaba sendo preenchido pelos estudos sociológicos, cuja abordagem está mais próxima do entendimento dos jogos de poder e as motivações internas e externas que orientam a ligação entre Cortes e decisões.

Como nos apresenta Andrei Koerner (2006, p. 7 et seq), desde a década de 40 do século passado, os estudos da ciência política americana centraram atenção na forma de comportamento dos juízes no tribunal, não necessariamente na busca de justificar o grau de precisão técnica da interpretação jurídica, mas de explicar o comportamento social dos juízes. Em primeiro plano, justificam-se os estudos em face das inúmeras variáveis internas, como as referentes às postura morais, às preferências ou estilos de vida, origem étnica, racial e social de gênero, ou ainda elementos extraídos da visão ideológica de mundo dos juízes. Já em um

segundo nível de estudos, torna-se mais relevante o diagnóstico de variáveis condicionantes externas, atinentes ao grau de afetação do ambiente para a produção dos julgados, como pressões políticas reinantes, jogo de coalizões, associativismo, corporativismo, dentre outras influências exógenas que mais direta ou indiretamente influenciam no julgado. Nestas perspectivas, a construção da decisão ocorre em uma arena de condicionantes prévias e, em sua maior parte, o discurso técnico presente nos arestos são justificativas dogmático-legais para a explanação de uma decisão que já ocorreu em outros campos existenciais, seja no nível interno ou externo de poder. Assim esclarece:

Desde o início do século XX, os estudos de ciência política sobre Suprema Corte e a Constituição foram marcados pelo naturalismo ou realismo filosófico que predominava nas universidades norte-americanas. Os cientistas políticos, que se consideravam interessados apenas em como o direito afeta a política, adotaram as teses do realistas do direito. No campo jurídico, apesar da sua relevância, essas teses sofreram contestações no campo da teoria e sociologia jurídica, e tiveram pequena penetração na formação dos juristas e na prática dos tribunais.

A adesão ao realismo jurídico é uma característica tanto do 'antigo institucionalismo' (Corwin, RoberCushman, Charles GroverHaines) como das abordagens comportamentais, que se tornaram dominantes na área a partir da década de 1950. Porém, o 'antigo institucionalismo' mantinha o papel central às instituições estatais, às regras jurídicas, combinava a explicação de decisões pelas preferências dos juízes e outros fatores explicativos (contexto político, influências econômicas) e adotava um método histórico interpretativo. Haines definia assim o estudo da decisão judicial: "Uma coisa complexa como uma decisão judicial envolve fatores, pessoais e legais, que nos conduzem às próprias raízes da natureza humana e a conduta humana. Preconceitos políticos, as influências de treinamento limitado e estreito, com princípios antiquados e tradições, ou viés de classe que têm pouca ou nenhuma relação com os interesses da propriedade ou da riqueza, afetam com maior probabilidade as decisões dos juízes do que os assim chamados 'interesses econômicos). As decisões eram assim não pelo mero fato de os juízes serem atores que procuravam tornar efetivas suas preferências, mas porque concebiam que o próprio direito, como um "processo de construção de valores políticos e interpretação legal, era sempre influenciado por forças políticas profundas que conformavam as atitudes judiciais nos níveis afetivo e cognitivo" (2006, p. 6).

Nesta esteira, estas abordagens advindas do realismo norte-americano afetaram sobremaneira a formação teórica da ciência política na relação estabelecida entre o estudo das Cortes e seu mecanismo decisório, o que permitiu a produção de métodos cognitivos que cruzavam fronteiras completamente distintas das análises jurídicas tradicionais. É nesta área de inserção que os estudos comportamentais dos tribunais ganham destaque, sendo um forte parâmetro de explicação dos procedimentos de decisão colegiada. Essa gama de estudos, que aqui denominamos *escola behaviorista ou comportamental*, tem por condão desenvolver modelos explicativos a partir do pressuposto de que as preferências pessoais ou o contexto institucional em que os magistrados se estabelecem determina sobremaneira o resultado, permitindo ao observador ter ideias mais ou menos preliminares sobre tendências dos votos

ou mesmo conhecer antecipadamente o resultado de um julgamento com base nesse cálculo de previsibilidade.

A ciência política americana, em especial, cunhou dois modelos comportamentais para esclarecer essa interação de tribunais e meio ambiente social a partir de tais visões. São eles o *modelo atitudinal (attitudinalmodel)* e o modelo estratégico (*strategicmodel*), escolas de pensamento diretamente descendentes do realismo jurídico e cujas propostas, portanto, estão sedimentadas no entendimento do comportamento real das Cortes judiciais<sup>2</sup>.

O primeiro deles, escola atitudinal, tem desenvolvimento mais específico na Escola de Michigan, durante os anos 70, e possui como ideia principal o pressuposto de que os magistrados, como qualquer agente político, possuem preferências pessoais e opiniões políticas singulares, sendo estes fatores predominantes no momento de se explicar ou desenhar a forma com a qual a Corte toma decisões. Assim, seus adeptos adotam uma postura metodológica no sentido de buscar definir quais são essas preferências em sentido lato dos juízes, para então compor o conjunto de decisões calculáveis a que cada um tomou ou poderia tomar pragmaticamente. Como entendido, os juízes detêm posicionamentos bastante particularizados, mas por serem agentes políticos que são, veiculariam seus pontos de vista pessoais de modo a influir no comportamento dos demais membros do colegiado e, em casos de maior abrangência, de todo o público espectador. Como entendem Segal e Spaeth, dois de seus usuais aplicadores, o modelo atitudinal vem a surgir com um contramovimento ao modelo positivista de abordagem da realidade judicial. Assim, preclaram que "contra o modelo legalista, apresentamos o modelo atitudinal, que defende que a justiça toma decisões considerando os fatos à luz de seus valores e atitudes ideológicos" (2002, p. 110). Para tanto, a modelagem metodológica destes especialistas se presta a analisar o perfil dos magistrados dentro de marcos analíticos específicos, quase sempre definidos por referências políticas predominantes, normalmente dicotômicas, tais como direita e esquerda, conservador e progressista, de modo a diagnosticar tendências conformativas na maneira de julgar. Nesse modelo, prevalece o estudo personalista do juiz, no sentido de sempre marcá-lo a partir de um diagnóstico conceitual, o que conduz a revelar também o grau de fidelidade com pessoas

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> Entende-se por realismo jurídico a corrente de pensamento desenvolvida no limiar dos anos 30 com assente nas descrenças advindas do modelo positivista clássico para a resolução formal de questões jurídicas controvertidas. Tal concepção estabelecia que o modelo de certeza e de previsibilidade formado pela crença na positividade do Direito era um ideal inconsistente, dado justamente ser impossível o controle da ciência desses fatores decisórios a partir de uma dogmática jurídica. Daí que o enfoque de estudos realistas é o real comportamento do juiz e não a limitação de compreensão pelos postulados teóricos da ciência jurídica tradicional. Trata-se de um modelo teórico que busca explicar como os juízes são e de que maneira julgam e não como deveriam ser ou julgar.

políticas importantes e possíveis influidoras de seu julgamento, em especial o seu agente indicador, o Presidente da República. Neste ponto Andrei Koerner esclarece:

A abordagem behaviorista, que se impôs em outros campos da ciência política, redefiniu a forma de tratamento das decisões judiciais. Em *The Roosevelt Court*, Herman Pritchett (1948) apresentou uma explicação atitudinal da "revolução" da forma de interpretação da Constituição, ocorrida na Suprema Corte norte-americana nos anos 1930. Seu trabalho foi continuado e refinado por Glendon Schubert e, mais tarde por Rohde&Spaeth e Segal&Sapeth (1993). O modelo atitudinal procura explicar as decisões judiciais em função de uma única variável, as preferências dos juízes por determinados resultados de políticas públicas, para cuja demonstração utiliza métodos quantitativos (Segal&Spaeth. 1993: 65 ss.). Essa abordagem adota a concepção realista de direito, pois considera as categorias jurídicas como nada mais do que um discurso de justificação com o qual os juízes pretendem legitimar suas decisões, dado que, com o discurso jurídico, é possível justificar quase qualquer decisão que se queira (id.; ibid.: 1, 4).

A tese central é de que os padrões de votos dos juízes são estáveis ao longo do tempo e que eles correspondem às suas preferências políticas. As atitudes são previamente distribuídas numa escala contínua de esquerda à direita., cujos extremos são a atitude liberal e a conservadora, a qual é definida em função de posições adotadas num conjunto de temas controvertidos. Em seguida, levantam-se informações sobre os juízes, quais as suas opiniões em relação àquelas questões, e eles são distribuídos ao longo da escala. Enfim, analisam-se seus votos nas decisões do Tribunal para verificar se o seu conteúdo (sobre questões que podem ser colocadas naquela escala) coincidem com as posições em que foram colocados pelos pesquisadores (id.; ibid.: 67-9; Clayton 1999 24-5).

Os autores opõem a capacidade explicativa de seu modelo à do "modelo legal", o qual só serve para justificar e não para explicar as decisões (id.; ibid.:44). As preferências individuais dos juízes, externas a situação de decisão, eram a unidade básica de análise, e as decisões tornavam-se o resultado agregado das preferências dos juízes individuais (Maltzman, Sprigs&Wahlbeck 1999: 46). Além disso, a instituição judicial é tomada de forma isolada do seu contexto, as características institucionais da Corte Suprema e suas relações com os outros poderes não contam ou só são relevantes na medida que produzem o insulamento dos Ministros em relação a pressões externas ou a ambições de carreiras. Os críticos consideram que a instituição tornava-se apenas um quadro vazio no interior do qual os juízes promoveriam suas preferências (id.; ibid.: 44).

Assim, os autores consideram essencial adotar uma abordagem científica rigorosa, purificando seu quadro conceitual de quaisquer categorias do direito ou outras variáveis não controladas. Sua 'atitude científica' implica também que não pretendem que os resultados de seus trabalhos possam ter utilidade direta para os agentes judiciais ou políticos. Porém, esse é um efeito paradoxal, pois os resultados de suas pesquisas são rejeitados por profissionais e teóricos do direito, que os consideram inválidos ou inúteis, pois suas explicações não trazem elementos para a reflexão ou prática profissional dos juristas, que se dedicam a refletir a decisão como uma prática ou a elaborar argumentos que produzem novos sentidos da lei e dos 'fatos' que sejam relevantes para a decisão judicial. Assim, esse modelo não produz efeitos práticos para os agentes que são objeto de análise, colocando em questão sua própria utilidade e legitimidade enquanto projeto científico.

Porém, outros autores incorporam conceitos jurídicos ao estudo dos tribunais, tratando-os com as relações estratégicas, formas organizacionais e trajetórias históricas (Shapiro & Stone Sweet 2002; Smith 1988; McCann 1999).

Conforme analisa Luciano da Ros (2008, p. 72-78), o modelo atitudinal é amplamente utilizado nos estudos da ciência política americana até os dias atuais, especialmente por enquadrar o diagnóstico da realidade da Suprema Corte ao perfil dos juízes. Isto se deve, em especial, à adaptabilidade deste modelo teórico ao quadro político-ideológico existente na realidade americana, sobretudoser comum naquele país os magistrados da Suprema Corte exporem seus pontos de vista publicamente, dando a noção da visão assumida pelo *Justice* em temas polêmicos. Assim, perfilham-se entre conservadores e progressistas, permitindo a análise de suas decisões em um *continuum* entre os módulos diametralmente opostos entre direita e esquerda. Situação que é reforçada por não serem raras as situações em que estes magistrados tenham experiência política prévia, e, em muitos casos, até diretamente relacionados com a base que os nomeou anteriormente. Destarte, diante desta concepção há um grau alto de confiabilidade nas previsões porque há tendências antípodas em jogo, facilmente identificáveis quando postas no refinamento metodológico de seus adeptos. Assim diz:

Usualmente, o teste empírico desta abordagem é bastante simples. Constitui-se de observar quantos *justices* podem ser classificados como conservadores (eis que indicados por presidente do Partido Republicano) e quantos podem ser considerados progressistas (eis que indicados por presidente do Partido Democrata), extraindo-se daí, a partir de contagem numérica elementar, o perfil médio da corte, capaz este de determinar como esta decidirá frente a determinadas questões politicamente sensíveis, tais como liberdades civis, segregacionismo e intervencionismo econômico, entre outras. Em que pese a relativa simplicidade desta abordagem, trata-se provavelmente de um dos melhores modelos preditivos quanto às decisões de mérito da *U.S. SupremeCourt*, mostrando-se estes indicadores, extraídos dos perfis dos *justices* que compõem o órgão, robustos *proxies* relativos à atuação do tribunal como um todo. Talvez por isso, esta abordagem logre saliente audiência junto aos acadêmicos norte-americanos dedicados ao tema (2008, p. 331-332)<sup>3</sup>.

Não obstante sua ampla aplicação na ciência política americana, conforme nos ensina Ernani Rodrigues de Carvalho Neto (2004, p. 6), o modelo atitudinal sofre algumas críticas, como as dos juristas que afirmam que esse modelo despreza qualquer elemento de índole técnico-jurídica. Além do mais, diversos teóricos aduzem que a abordagem atitudinal é incapaz de diagnosticar a relação entre cortes e outros agentes políticos, tal como Executivo e Legislativo. Ou ainda, não demonstra com clareza uma justificação acerca das mudanças de posicionamento dos juízes em seus votos ao longo dos julgamentos, bem como a barganha entre eles a fim de encontrar soluções aceitáveis à maioria. Como esclarecem Epstein &Knight (1998, p. 58 et seq.), os juízes da Suprema Corte selecionam os casos a serem

.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> Um interessante estudo baseado nessas premissas e aplicado no caso brasileiro se é o trabalho de Perissinoto, Medeiros e Wowk (2008), acerca de estudos sobre o tribunal de Justiça do Paraná.

julgados não pela oportunidade de afirmar suas preferências através da reversão das decisões das cortes inferiores, mas sim, como revela Andrei Koerner, eles julgam "segundo um cálculo que leva em conta a possibilidade de que sua preferência (ou uma segunda opção aceitável) venha a ser majoritária na Corte" (2006, p. 11). Este autor ainda complementa sobre a crítica ao modelo em testilha:

Outro aspecto é o da própria definição da agenda, dado que consideram necessário tratar as preferências dos juízes de uma forma mais sofisticada, levando em conta as limitações postas pelas regras às suas opções de ação e à antecipação que cada juiz faz, ao formular seus votos, dos votos e reações de outros agentes à sua ação. Os juízes são atores estratégicos que levam em consideração os constrangimentos que eles encontram à medida que eles tentam introduzir suas preferências políticas no direito. Assim, as decisões não são a mera agregação das preferências, mas resultam de interações que se dão no interior de um determinado quadro institucional (2006, p. 11).

Apontamento semelhante é realizado por Ernani Rodrigues de Carvalho Neto, que assim sumarizam alguns destes posicionamentos contrários:

As críticas são, basicamente: 1) os juízes dos tribunais superiores não têm como único objetivo produzir decisões que reflitam determinadas posições ideológicas. Os juízes procuram igualmente interpretar a lei de maneira clara, precisa e coerente (BAUM, 1997) e 2) a idéia segundo a qual a conversão de preferências ideológicas em jurisprudência constitucional, apesar de ser o objetivo primário dos juízes, está sujeita a constrangimentos institucionais, sociais e políticos (EPSTEIN & KNIGHT, 1998). Os juízes são obrigados a levar em consideração uma série de fatores para além das suas inclinações pessoais no plano ideológico. Um desses fatores é a opinião pública, uma vez que a falta de uma legitimidade eleitoral direta dos tribunais tornam-nos mais vulneráveis enquanto órgãos de soberania, especialmente quando enfrentam a vontade de maiorias parlamentares ao declararem a inconstitucionalidade de atos legislativos (2004, p. 6).

Certamente influenciada por algumas destas críticas, a outra vertente de estudos sobre as abordagens de como os tribunais decidem está calcada no *modelo estratégico*. Embora inicialmente desenvolvida por Walter Murphy (1964), essa abordagem apenas ganhou corpo na literatura política na década de 90, a fim de criar uma abordagem paralela ao modelo atitudinal para o estudo de cortes judiciais. Como acentuara Epstein & Knight (2001), tal visão representa "o mais importante desenvolvimento no campo do direito e das cortes desde o asserção do *behaviorismo* nos 50" (2001, p. 626). Amparado nas teorias políticas de escolha racional *(rationalchoice)* e em inspirações institucionalistas, esta escola busca se afastar do modelo desenhado pelos estudos atitudinais ao ponto de rechaçarem a tese de que tribunais decidem com base em opções pessoais, intestinas ao pensar dos juízes, como que se descolassem do mundo externo e julgassem unicamente com base em suas convicções. Os magistrados que compõem o órgão colegiado de um tribunal, ao revés, tendem a atuar

estrategicamente, efetuando uma série de cálculos racionais a partir do conhecimento das regras da Corte a fim de se ajustar ao posicionamento desejável em determinado caso. Assim, o modelo estratégico se apresenta mais bem realizado dentro de uma análise da teoria dos jogos, posto que os juízes se organizam e votam na conformidade com interesses estratégicos que se engendram a partir de modulações dos magistrados ao sabor do momento, não podendo ser pré-definida a visão de um juiz em um determinado caso ou outro só por possuir preferências pessoais alinhadas a um padrão referencial ou outro. Há, portanto, um verdadeiro cálculo de consequências e de probabilidades efetuado pelos juízes, no sentido de, uma vez sendo formalmente independentes conforme os estatutos que garantem à magistratura autonomia de decisão, moldam seu comportamento decisório de maneira a fazer prevalecerem suas opiniões políticas e convicções jurídicas mais predominantes. Em alguns estudos de caso, como os de Epstein & Knight (1998), constatou-se que os juízes comportam-se de modo estratégico, antecipando as possíveis reações da opinião pública e dos atores políticos às suas decisões. Os autores constatam também a aplicação estratégia, principalmente em relação à opinião pública e a certos atores políticos. Mas, por mais independentes legalmente que sejam, o processo de tomada de decisão é interdependente, constituindo-se um verdadeiro jogo simbólico de ações referenciais que se convalidam na pretensão de alcance de um resultado desejado. E, diante dessa concepção, todo o comportamento estratégico leva em consideração uma série de constrangimentos institucionais (constraints), no intuito de moldar determinada decisão final esperada. Como bem esclarecem Epstein & Knight (1998, p. 57) sobre o modelo estratégico, em um ambiente de órgão colegiado como de um tribunal, "juízes são atores estratégicos que têm consciência de que sua capacidade de alcançar seus objetivos depende da consideração das preferências de outros atores, as escolhas que eles esperam que os outros farão e o contexto institucional no qual eles agem". De tal forma, na leitura de Koerner (2006, p. 11), "o maior objetivo dos juízes é que o direito reflita suas políticas preferidas". Entretanto, em um jogo, é preciso que esses atores institucionais se comportem de modo a calcular racionalmente as estratégias dos demais atores políticos, uma vez que outros Ministros, tal qual o Presidente, o Congresso ou mesmo o público, ou ainda a sustentabilidade da tese jurídica, são variáveis postas na somatória dos cálculos efetuados. E complementa: "Ele [juiz] tem consciência de que seu sucesso ou fracasso depende das preferências dos outros, assim como das suas ações antecipadas por ele, e não apenas de suas preferências e ações" (2006, p. 11). Como resultado, esse cálculo de consequências de seus votos é relevante porque, caso promova um diagnóstico equivocado ou "jogue" erroniamente a estratégia, poderá ser retaliado. Como apresentam Epstein & Knight (1998, p. 57), poderão: a) ter um comportamento indesejável conquanto a se colocar como voto vencido em toda Corte e ter retaliações antiassociativas, como a rejeição pelos membros ou o uso estratégico do voto vencido como elemento desagregador da força da decisão coletiva da Corte, repudiando a prática; b) a consequência de sua decisão pode sofrer repercussões legislativas, capitaneadas por uma maioria poderosa e descontente, a qual poderá arregimentar as competências ou prerrogativas da Corte, promovendo um desgaste institucional ou mesmo a subtração de poderes da Corte ou seu acúmulo de competências; c) que aqui se acrescenta, desenvolver uma atitude contrária à expectativa popular, provocando o descrédito da conduta dos juízes e da credibilidade do próprio Tribunal, ou até mesmo a desobediência do julgado pelo público; d) que a esta análise também se soma, poderá sofrer um embate direto com o principal *policy-maker*, o Presidente da República. Como sumariza Luciano da Ros (2008, p. 83-84), sobre o modelo estratégico:

Trata-se, portanto, de modelo que pressupõe a conhecida distinção entre comportamento sincero e comportamento sofisticado (ou estratégico), adotando este último como tendência entre os magistrados. Mais do que se portarem como agentes que profeririam suas crenças a cada vez que julgam, os juízes integrantes destes tribunais levariam em conta os posicionamentos de seus pares e dos demais atores políticos ao decidir. Eles antecipariam as possíveis sanções impostas ao tribunal pelos outros atores políticos e a derrota no debate com seus pares no julgamento de determinados casos. O modelo estratégico atenta, portanto, para o fato de que as escolhas realizadas por magistrados dos órgãos de cúpula do Poder Judiciário são de natureza interdependente (2008, p. 83-84).

O modelo estratégico, destarte, encontra envergaduras de análise a fim de padronizar determinados comportamentos mensuráveis e que auxiliam a captação da ação institucional do magistrado. O primeiro deles é o que na literatura ficou mais conhecido como "jogo colegiado da corte" (collegialcourt game). Este se trata de um comportamento interno dos juízes em manipular ou organizarem-se estrategicamente para então obter decisões prevalecentes no campo de interação que é o cenário do tribunal. Obra referência dessa análise pormenorizada do comportamento coletivo em tribunais é a de Maltzman, Spriggs II e Wahlbeck (2000). Nela os autores destacam que existem dois pressupostos básicos de ação dos magistrados quando no enfrentamento do jogo colegiado: a) os membros da corte atuam estrategicamente no sentido de angariar cada vez mais posições consectárias do ponto de vista assumido por eles, de modo a basear-se em ações e opiniões de seus colegas; b) os juízes adotam seletivamente jurisprudência da corte e normas que lhes favoreçam como instrumento de justificação de suas preferências políticas predominantes, a fim de reforçar o pensamento do tribunal sobre a legitimidade do argumento coletado. Entretanto, como a decisão final da corte écolegiada, toda estrutura institucional que envolve seus agentes limita as perspectivas

uníssonas dos juízes. O juiz estratégico, portanto, é aquele que toma decisões dentro do campo de limitações colegiadas existentes na corte, fazendo com que lance mão de recursos simbólicos calculáveis, ou mesmo de constrangimentos internos(constraints), a fim de conseguir o objetivo almejado. São exemplos dessas estratégias aquelas extraídas da prática judicial ou mesmo da experiência regimental da condução dos trabalhos do tribunal, como aquelas utilizadas no controle da pauta de julgamento (a fim de somente serem levados a julgamento temas em que adviesse possibilidade de prevalecimento de certa opinião), o exaustivo estudo e aprofundamento do tema (no intuito de praticamente minar a tese divergente), o controle do entendimento das sinalizações dos juízes em casos semelhantes antecessores, a ameaça institucional da necessidade de manutenção da coesão em casos importantes ao público (no afã de eliminar o dissenso), o pedido de vistas (permitindo um maior amadurecimento da questão ou o convencimento do posicionamento de determinados juízes), dentre outros. Diante da relação de interdependência institucional existente, os magistrados calculam, caso a caso, os riscos e os benefícios desses constrangimentos, sempre no sentido de buscar uma decisão final colegiada cujo resultado represente a opinião política desejada. Assim, fulcram-se em cálculos para a conquista da coalizão, sendo que, uma vez sendo determinada opinião formada pela grande maioria na corte, praticamente invencível é a tese elaborada, estrangulando o entendimento vencido, especialmente quando capitaneada por um juiz capaz de facilmente influenciar os demais. Sem embargo, como no modelo americano há a troca de informações prévias entre os juízes através de memorandos (memos), a identificação da sinalização do voto é uma exteriorização prenunciada do jogo de relações estratégicas que se correm por detrás desse pano de fundo mais formal.

Por outro lado, o modelo estratégico se desenvolve a partir da interação dos juízes com membros de outros Poderes, procedimento que se realiza nointercâmbio das polias institucionais interpoderes. Trata-se também de uma espécie analítica advinda do modelo estratégico denominada de *modelo de relação entre Poderes*. Diferentemente da teoria dos jogos estudado a partir do comportamento estratégico interno do tribunal, ocorrido na linha de interação institucional entre os magistrados, esta abordagem foca os *constrangimentos externos* à atividade judicial, presente no também jogo da relação complexa entre os Poderes políticos, agentes de poder e influência por excelência. Estas formas de sanções se revelam como investidas estratégicas de outros Poderes em constranger o tribunal a manifestar-se nos termos desejados pelo principal ator de poder, a partir do uso de forças contra as decisões tomadas. Para esta subcorrente teórica, a preocupação de formar coalizões no tribunal se deve

a produzir uma resposta ao ambiente externo ao da corte, posta à apreciação do argumento submetido ao julgamento. Como Maltzman, Spriggs II e Wahlbeck (2000) esclarecem, a preocupação de julgamento está centrada no risco de retaliação institucional adotado por outros atores políticos também munidos de poder de veto, sendo que a ação dos magistrados coaduna-se em formar um conglomerado de opiniões mais ou menos uníssonas no intuito de confrontar ou mesmo ceder às pressões políticas inevitáveis existentes no jogo de interação institucional. Tal preocupação descende da necessidade de se produzirem decisões que enfrentem um contingente político revoltoso que usa do tribunal para buscar determinada asserção política, normalmente estrangulada no debate majoritário, ou mesmo em ter uma ação mais consente com este plano majoritário, no intuito de evitar a respeitabilidade das decisões perante o público e perante os demais Poderes. Isto porque, como acentuado outrora, os riscos do uso do poder fático do tribunal ou mesmo da incapacidade lógica de gerenciamento de sua competência é um risco sempre importante e evitado, no intento de garantir a respeitabilidade da corte. Trata-se de modelo teórico em que a importância do entendimento dos magistrados estudados de per se, individualmente, é tema secundário, posto que o que concretiza o centro de análise é o comportamento majoritário do tribunal, extraído a partir da dinâmica que gerencia a formação de uma decisão coletiva. Analisa-se, de tal modo, as decisões em bloco e sua faceta originária de comportamentos estratégicos para com outros Poderes instituídos, no caso Executivo e Legislativo. Assim, as relações decisórias e a própria noção de interação entre os Poderes primados na cooperação e na independência judicial não estaria pautada unicamente por estes vetores como veículos de prolatação de decisões, posto que o comportamento estratégico entre os atores políticos interessados nesta decisão contam sobremaneira para o resultado do caso. A noção de dependência e independência judiciais é construída a partir de outras bases, que não as legais, posto que neste o ponto de partida é o mesmo do de chegada, ou seja, tribunais são independentes porque a Constituição e os estatutos assim o determinam. Ao revés, o marco analítico é um comportamento do tribunal em casos específicos, em que se medem os níveis de enfretamento a partir do comportamento conjuntural dos agentes em face de pretensões externas ao tribunal. Independência, portanto, é um elemento comportamental interrelacional e não um dado jurídico pressuposto. John Ferejohn, em seu texto sobre "juízes independentes, dependente judiciário", aduz que uma corte apenas pode ser considerada independente, não no sentido jurídico de seus termos de garantias legalmente constituídas, mas de autonomia de suas ações no contexto dependente das relações políticas travadas com outros agentes politicamente detentores de poder de veto, cujo consentimento depende para a alteração ou implementação de políticas controversas (TSEBELIS, 2002). De tal forma mais bem esclarece:

Independência judicial é uma ideia que possui ambos aspectos internos e normativos e externos e institucionais. Do ponto de vista normativo, os juízes devem ser agentes morais autônomos, os quais podem ser invocados a desempenhar as suas atividades públicas independentemente de considerações venais ou ideológicas. Independência neste sentido é um aspecto desejável do caráter de um juiz. Mas juízes são humanos e as coisas que devem decidir podem importar grandemente às pessoas e nós estamos também preocupados em fornecer proteções institucionais contra ameaças ou que podem aparecer em seus caminhos. A independência judicial neste sentido é uma característica institucional na qual julgamentos acontecem. Independência judicial é também complexo porque realmente não pode ser vista como algo com valor em si própria, mas é instrumental para perseguir outros valores como o do estado de direito e os valores constitucionais.

[...] Nós queremos que juízes sejam independentes o bastante para produzir corretas decisões sem necessitar se preocupar acerca de consequências pessoais como das decisões por eles produzidas. Entretanto, fornecendo proteção pessoal aos juízes não é garantia que eles irão de fato responder ao direito e à constituição da maneira que nós gostaríamos (2009, p. 1, tradução nossa).

Para este modelo, portanto, a noção de independência é aquela ocorrida no processo de "responsabilização" horizontal ou accountabilityhorizontal em que se processa a relação entre Poderes no âmbito dos controles institucionais. Como principais fatores de constrangimentos institucionais se mostram o uso intimidatório de admoestações contra a corte a fim de promover resultados desejáveis, cujas estratégias são fortemente postas em prática a fim de que os juízes tenham um ponto de reflexão acerca de custos políticos decisórios e analisem com bastante acurácia o resultado de seus votos para essa dinâmica entre Poderes. Note-se que, no modelo estratégico que estuda a relação entre os Poderes, é possível identificar que, em muitos casos, a mudança de voto pode estar proximamente ligada a pressões ou a intimidações no nível institucional, o que leva a esclarecer como a corte se comporta em momentos de tensão. Como mecanismos de retaliações, pode-se entender que estes se dividem em dois níveis, ou seja, podem dirigir-se à reversão da decisão, ou ainda, podem destinar-se a fazer alterar as prerrogativas funcionais dos juízes ou da corte, com alterações de garantias e competências. É de se notar que, conforme apresenta John Ferejohn, no contexto das democracias atualmente estabelecidas e no modelo de relação institucional estabelecido entre o governo americano e a Suprema Corte, o Presidente possui amplos poderes para atuar em face do Judiciário, seja porque ele controla a indicação de seus membros, dirige boa parte da agenda (uma vez que em grande parte da litigância o governo é parte ou interessado) e executa as decisões do tribunal (1999, p.6).

Assim, mesmo em sede de decisões que envolvam políticas públicas, o auxílio do Governo para a efetividade da sentença é importante, inclusive como forma de dar eficácia

aos arestos, sendo a inação dos Poderes um risco não totalmente eliminado. Além disso, quando está fulcrado em uma política de coalizão em que é detentor da maioria congressista, as chances de sustar ato judicial por alteração legislativa é uma ação a ser grandemente considerada. No que se refere ao Congresso, os receios de retaliação para com a alteração legislativa que subtrai funções ou direitos dos magistrados é real, bem como o risco de impeachment, modalidade mais extremada, porém se constituindo como um recurso sempre remanescente. Por fim, ainda, a literatura da história americana (e brasileira também) demonstra o uso punitivo da coalizão em subtrair poderes do tribunal atribuindo poderes a eles, isto é, atuando no nível do aumento de competência, o que por sua vez se traduz no excesso de processos e trabalhos cotidianos, invencíveis por uma corte com estrutura e orçamentos limitados, e que mina o poder de organização estratégica da corte, provocando sua paralisia decisória mais ativa (gridlock). Este acúmulo de competências (courtpackingoucourt-curbing) praticamente retira o potencial de enfrentamento dos tribunais pelo motivo de que a construção de coesão de enfrentamento ou mesmo o aprofundamento sobre casos complexos impede o dispêndio de atenções da corte com mais proximidade. Neste contexto, com um grau de enfrentamento alto em ambiente político impropício, as cortes não mais seriam vistas como órgãos imparciais e neutros do ponto de vista formal, fundamentos últimos de sua legitimidade, mas agentes políticos concretos cujos sucessivos vetos se colocariam como afronta à maioria dominante, um inimigo político de notória grandeza. Tal visão maniqueísta, inclusive, pode ser fortalecida pelo apoio popular, em determinados casos, tornando a corte protagonista, porém ingênua ao trato político, como uma inimiga da Nação.

Note-se que as formas de retaliação são relevantes porque inibem o atentado talvez mais temido por uma instituição que quer se afirmar no contexto político de Estado, especialmente quando se tem um movimento contínuo de crescimento judicial (TATE, VALLINDER, 1995). Tais constrangimentos externos atuam como uma forma velada de agressão à autonomia e a credibilidade das decisões judiciais, elementos de sobrevivência em cenários de democracia consolidada para instituições judiciais. Os próprios juízes sabem que, ao fortalecer esses pressupostos, mais facilmente o caminho para a o crescimento institucional estará trilhado, o que faz com que o Judiciário se torne uma instituição cada vez mais respeitada por sua seriedade. Como bem salienta neste aspecto Luciano da Ros (2008, p. 81), "a preservação, quando não ampliação, da autonomia das instituições judiciais é uma preferência judicial prévia a outras, eis que delimita o campo, futuro ou presente, da atuação dos magistrados integrantes da corte, sendo uma pré-condição para sua atividade". E conclui:

"Em razão disso, muitos analistas afirmam que as metas relativas à preservação da legitimidade institucional dos tribunais constituem a verdadeira preferência fundamental de seus integrantes (HAUSSEGER & BAUM, 1999; ROGERS, 2001; VANBERG, 2001)".

Por fim, basta dizer que não se faz necessário que as cortes sejam retaliadas diretamente por agentes políticos para a partir de então agirem organizadamente de modo a modular decisões ao ambiente institucional vivido. Servirá a mera expectativa de retaliação, ou ainda, o reconhecimento antecipado de provável ataque, que as cortes agem na conformidade desses ritos interacionais vislumbrados. Diante desse leque de possibilidades de retaliações, os magistrados acabam adotando comportamentos ora restritivos, ora mais ativos, no sentido de se portarem organizadamente diante dos fluxos e influxos de poderes existentes nessas polias institucionais. Isto faz pensar que decisões são construtos estratégicos advindos do jogo entre as relações travadas dentro do tribunal, mas sempre atento a manter uma relação responsiva a ações sistêmicas, diante das relações determinadas a partir das alianças geradas em um contexto mais amplo e politizado.

Por certo que as lições trazidas pelos adeptos do modelo estratégico sofreram revides da comunidade acadêmica e, antes de passar à análise da concepção posta neste trabalho e o modal interpretativo a ser aplicado, faz-se imperioso o registro. Gillman (1999) apresentou polêmicas que devem ser consideradas como questões importantes para se repensar o modelo estratégico de separação dos poderes. Isto porque ele indica que, nem sempre os juízes julgam porque estão constrangidos por coalizões, de modo a perfilharem-se a elas. O mesmo ocorre com a mudança de voto, o que não implica necessariamente em uma negociação estratégica, barganha, recuo ou risco de retaliação percuciente. Ambos os casos podem unicamente ter uma explicação de convicção técnica, jurídica por excelência, que faz o magistrado crer e adotar aquele posicionamento, podendo mudá-lo conforme adira a entendimento de outro colega, caso reflita melhor sobre sua consistência. Por um outro lado, nem sempre os ministros se dão conta de que estão pressionados externamente por maiorias, podendo permanecer alheios aos constrangimentos e simplesmente decidir a partir de um comportamento dito "sincero". Ponto crucial é de que, mesmos cônscios da pressão externa existente sobre si, os juízes podem apor-se contrariamente ao sistema, como questão de fazer marcar sua posição como agentes implacáveis e incólumes a agentes exteriores (embora seja possível também pensar que este é um comportamento estratégico anticoalizão, talvez no sentido de demonstrar a independência do magistrado ou do próprio tribunal). Em outra perspectiva, é comum questionar-se a dificuldade metodológica de se saber quando (ou se

sempre) e em que sentido e quais os motivos reais ou aparentes que as cortes atuam estrategicamente, sendo difícil alguma sorte de generalização mais contundente.

#### 3 Considerações finais

Note-se que, não obstante qualquer um destes modelos adotados, o pano de fundo sobre o qual se descortinam esses complexos referendais teóricos é o problema da independência da corte e de seus juízes quando do momento da decisão. Seja porque estão vinculados ao formalismo dos estatutos (modelo legal), seja porque estão preocupados em desenvolver uma linha de interpretação do direito e dos casos para mais bem decidir (modelo normativo), a preocupação da independência é fundamental, posto que é consorte da credibilidade do Judiciário e caminho para a realização da justiça, que é o fim do Direito. Do mesmo modo, sendo as decisões formadas a partir de pontos de vista individuais, dando-se por somatória (modelo atitudinal), ou ainda se comportando calculadamente na relação *vis a vis* de juízes com juízes (teoria dos jogos colegiais) ou em relação com outros Poderes (teoria do modelo de separação de poderes), sabe-se que a preocupação fundamental de se entender como cortes decidem é compreender se decidem livremente ante quais modelos referenciais e como isso impacta a noção de independência que se cria nos imaginários jurídico e popular<sup>4</sup>.

Tais delineamentos buscam apenas fomentar o debate sobre os modos como juízes constitucionais decidem casos complexos. Possivelmente, lançam algumas sendas de luz para possíveis estudos empíricos, no intuito de poder compreender melhor a realidade prática. Assim se mostram nossas intenções mais preponderantes.

#### Referências Bibliográficas

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. Tradução Menelick de Carvalho Netto. In: **Ratio Juris**, v. 16, n. 2, p. 131-40, jun. 2003.

\_\_\_\_\_. Justificação e aplicação das normas. In: **Ratio Juris**, v. 6, n. 2, p.157-70, jul.1993.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Segundo Ernani Rodrigues de Carvalho, modelos explicativos sobre as formas de decisão de tribunais constitucionais têm o condão de responder perguntas específicas, que abrem o direcionamento de uma discussão mais formalista sobre esse *decision-making*. Assim diz: "O uso desses modelos na explicação do comportamento julgador pode servir para elucidar algumas questões, entre elas: quais as forças políticas envolvidas ou em disputa? Em que condições as decisões são tomadas (conjuntura política)? Ocorre influência e/ou pressão externa? Essa pressão surtiu efeito? Os juízes atuam ideologicamente? Ocorreu interferência na aplicação de políticas públicas? Podemos, enfim, elencar uma série de outras questões que podem aperfeiçoar o debate acadêmico sobre a judicialização da política no Brasil" (2004, p. 6).

Sistema jurídico, principios jurídicos y razónpráctica. In: <b>Doxa</b> , v. 5, 1988, p. 139-51.
<b>Teoría de los de</b>
Uma teoria dos direitos constitucionais. In: <b>A theory of constitutional rights</b> . Tradução Julian Rivers. Oxford; New York: Oxford University, p. 288-425. Pósfácio, 2002
ALIVIZATOS, Nicos. Judges as veto players. In: DOERING, Herbert (org.). <b>Parliaments and majority rule in Western Europe.</b> New York: St. Martin's, 1995.
ANDREWS, Josephine T.; MONTINOLA, Gabriella R. Veto players and the rule of law in emerging democracies. <b>Comparative Political Studies</b> , vol. 37, n. 1, 2004.
BICKEL, Alexander. The last dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of politics. 2. ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
CARVALHO NETO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem, <b>Revista de Sociologia e Política</b> . Nov., n° 23, 2004.
CHAVEZ, Rebbeca Bill. The rule of law in nascent democracies: judicial politics in Argentina. Stanford: Stanfor University Press, 2004.
DAHL, Robert.Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker. In: <b>Role of the Supreme Court Symposium.</b> n. 1, Preface to Democratic Theory and other works. New Haven: Yale, 1957.
DA ROS, Luciano. Tribunais como árbitros ou como instrumentos de oposição? Judicialização da política em novas poliarquias à luz do caso brasileiro. <b>Anais delPrimer Congreso Uruguayo de Ciencia Política.</b> Mesa temática : Estado, gobierno y reformas en América Latina. Montevideo, 30 e 31 oct. 2006.
Poder de decreto e <i>accountability</i> horizontal: dinâmica institucional dos três poderes e medidas provisórias no pós-1988, <b>Revista de Sociologia e Política</b> ,v. 16, n. 31, Nov., 2008, p. 143-160.
Supremo Tribunal Federal como <i>veto player?</i> Judicialização da política e restrições à edição de medidas provisórias no Brasil pós-1988, 2007. <b>Jornadas – Unicamp.</b> Congresso Científico. Disponível em: <a href="http://www.cori.unicamp.br/jornadas/completos/UFRGS/Luciano%20Da%20Ros.doc">http://www.cori.unicamp.br/jornadas/completos/UFRGS/Luciano%20Da%20Ros.doc</a> . Acessadoem 28.09.08.
DWORKIN, Ronald. Constitucionalism and democracy.In: <b>European Journal of Philosophy,</b> n. 3, v. 1, 1995.
<b>Justices in robes.</b> Cambridge, London: Harvard University Press, 2006.
Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
O império do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
Uma questão de princípio. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
EPSTEIN, Lee; KNIGHT, Jack . On the Struggle for Judicial Supremacy.In: Law and Society Review, vol. 30, No. 1, 2001, pp. 87-120.

\_\_\_\_\_.The Choices Justices Make. Washington, D.C.: Congressional Quarterly Press, 1998.

FEREJOHN, John. Independent judges, dependent judiciary: explaining judicial independence. **Southern California Law Review.**v. 72, 1999, p. 353-384.

\_\_\_\_\_. Judicializing politics, politicizing law. **Hoover Digest,** n. 1, 2003.

FRIEDMAN, Barry. Taking law seriously. **Perspectives on Politics**, vol. 4, n. 2, p. 261-276, June, 2006.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas.** Rio de Janeiro: Renavan, 2001.

GILLMAN, H. The Court as an Idea, not a Building (or a Game): interpretative institutionalism and the analysis of Supreme Court decision-making. In: CLAYTON, C.; GILLMAN H. (Orgs.) **Supreme Court decision-making: New Institutionalist Approaches**. Chicago: Chicago University Press, 1999, pp. 65-90.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia.Entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HELMKE, Gretchen. The logic of strategic defection: court-executive relations in Argentina under dictatorship and democracy. **American Political Science Review,** vol. 96, n. 2, 2002.

KELSEN, Hans. Jurisdiçãoconstitucional. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KOERNER, Andrei. Instituições, decisão judicial e análise do pensamento jurídico: o debate norte-americano. In: **30**. **Congresso da Associação Latino-Americana da Ciência Política.**Campinas, 2006. Disponível em: <a href="http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp/cadastro/atividade/arquivos/21\_7\_2006\_16\_54\_36.pd">http://cienciapolitica.servicos.ws/abcp/cadastro/atividade/arquivos/21\_7\_2006\_16\_54\_36.pd</a> f>. Acessado em 10.12.11.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**: modelos e padrões de governo em 36 países. Rio de Janeiro: CivilizaçãoBrasileira, 2003.

MALTZMAN, Forrest; SPRIGGS II, James F.; WAHLBECK, Paul J. Crafting law on the Supreme Court: the collegial game. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

MCGUIRE, Kevin T..The institucionalization of the U.S. Supreme Court.**PoliticalAnalysis**, v. 12, n. 2, 2004, p. 128-142.

MONTESQUIEU. **Do espírito das leis**. 2 v. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Os Pensadores).

MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia.** São Paulo: Max Limonad, 2003.

MURPHY, Walter. **Elements os judicial strategy.** Chicago: The University of Chicago Press, 1964.

O'DONNELL, Guillermo. Horizontal accountability in new democracies. **Journal of democracy.** University of Houston. v. 9, 3, 1998, p. 112-126.

PERISSINOTTO, Renato M.; MEDEIROS, P. L. C.; WOWK, R. Values, Socialization and Behaviour: Suggestions for a Sociology of the Judiciary Elite. **Revista de Sociologia e Política**, v. 30, p. 151-166, 2008.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

RODRIGUES, Leda Boechat. A Corte Suprema e o direito constitucional americano. Rio de Janeiro, Forense, 1958.

SEGAL, J. A. & SPAETH, H. J. 2002. The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited. Cambridge: Cambridge University, 2002.

SHAPIRO, Martin. **Courts: a comparative and political analysis.** Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

TATE C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power.**New Your: New York University Press, 1995.

TSEBELIS, George. **Processo decisório em sistemas políticos:** *veto players* **no presidencialismo, parlamentarismo, multicameralismo e pluripartidarismo**. 2006. Disponível em: < http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs\_00\_34/rbcs34\_06.htm>. Acessadoem 13.04.2010.

\_\_\_\_\_. **Veto players: how political institutions work.** Princeton: University Press, 2002.

VOLCANSEK, Mary L. Constitutional courts as veto players: divorce and decrees in Italy. **European Journal of Political Research**, vol. 39, n.3, 2001.