

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO  
DEPARTAMENTO DE CIÊNCIA POLÍTICA

**Decidindo Ministros e Ministros Decidindo**  
**O STF Para Além da Independência**

Cassio Oliveira

[cassiospoliveira@gmail.com](mailto:cassiospoliveira@gmail.com)

Trabalho preparado para apresentação no VI Seminário Discente da Pós-Graduação em Ciência Política da USP, de 2 a 6 de maio de 2016.

**São Paulo**  
**2016**

## **Decidindo Ministros e Ministros Decidindo - o STF Para Além da Independência**

**Resumo:** Estudamos as possíveis relações entre o processo de indicação e aprovação de ministros do Supremo Tribunal Federal no Brasil e o de tomada de decisão pelos mesmos, que se dariam, argumentamos, por relações de *dependência* e *convergência*. Sob esse prisma, mobilizamos a literatura estadunidense para enunciar o problema, bem como possíveis teorias, perguntas e respostas a respeito. Mobilizamos também a literatura brasileira, para mapear mais claramente o estado-da-arte do que sabemos. Entre os métodos e conceitos utilizados na literatura corrente, apontamos para certo consenso embasado quanto à ausência de dependência de ministros em relação a presidentes, senadores e demais atores relevantes no processo de sua nomeação no país e incertezas em relação às convergências entre as preferências desses atores e nossos ministros. Por fim, discutimos como as diferentes teorias e estudos sobre esses processos de tomada de decisão podem ser complementados pelo exame das preferências na confecção de políticas manifestas em dispositivos legais.

A Emenda Constitucional nº 88/2015 foi marcada por um intenso debate na comunidade jurídica. A emenda, derivada da apelidada “PEC da Bengala”<sup>1</sup> foi proposta pelo Senado em 2003 e propunha o aumento de 70 para 75 anos da idade de aposentadoria compulsória de ministros do Supremo Tribunal Federal, Tribunal de Contas da União e demais Tribunais Superiores. Para isso, seria exigida uma segunda sabatina no Senado aos 70 anos para aqueles que decidissem ficar até os 75. Tendo tramitado por dois anos na Casa Alta, foi aprovada apenas mais dez anos depois na Câmara dos Deputados (2015).

Dentre seus detratores, um dos principais apontamentos foi de que o contexto de sua aprovação foi marcado por casuísmo e imediatismo<sup>2</sup>, já que embora diversos pedidos de inclusão em pauta e na Ordem do Dia tenham sido feitos no decorrer da tramitação na Câmara, sua votação só teria ocorrido tanto tempo depois e a toque de caixa por receio de que a presidenta Dilma Rousseff indicasse mais dois ministros ao

---

<sup>1</sup> PEC 42/2003-SF, convertida na PEC 457/2005-CD.

<sup>2</sup> Para uma discussão mais aprofundada, ver por exemplo o artigo de Pereira, T. PEC da Bengala: entre o casuísmo e a caducidade”, disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-23/pec-bengala-entre-casuismo-caducidade> (acesso: 15/04/2016).

STF, já que os ministros Celso de Mello e Marco Aurélio se aposentariam compulsoriamente durante seu segundo mandato, respectivamente em 2015 e 2016.

Dessa maneira, o único ministro não indicado por presidentes do Partido dos Trabalhadores (Lula e Dilma) que restaria na Corte se a PEC não fosse aprovada seria Gilmar Mendes, indicado por Fernando Henrique Cardoso em 2002. O próprio Mendes, ao ser questionado em 2014 sobre possíveis mudanças no STF se o status quo se mantivesse, respondeu: “não tenho bola de cristal, é importante que não se converta numa corte bolivariana”<sup>3</sup>.

Precisar a motivação exata para essa afirmação ou as respostas acerca das razões pelas quais a emenda foi aprovada nesse contexto específico demandaria um estudo muito mais aprofundado, que poderia considerar inclusive o fato do próprio Supremo ter barrado liminarmente o requisito de segunda sabatina para a permanência no cargo<sup>4</sup>. Entretanto, um pressuposto por trás dessas conclusões acerca do efeito da norma é razoavelmente claro: ainda que a aprovação efetiva de ministros dependa da maioria absoluta de membros do Senado Federal, chefes do Executivo Federal teriam meios para influenciar a forma como esses ministros decidem.

Potencialmente, argumentamos que esses meios podem ser expressos em dois tipos de relação: os que estabelecem *dependência* entre os membros do Tribunal e os presidentes que os indicam e os que possibilitam *convergência* entre as preferências desses atores.

A dependência se daria pela garantia de que ministros decidam de acordo com as preferências do(a) presidente por meio de ameaças – como as de provocar o afastamento do cargo ou aumentar o número de ministros indicados, colocando outros que votem de acordo com as próprias preferências – ou recompensas – como a indicação ou apoio para que ministros visem cargos mais altos, o aumento condicional de subsídios, etc.

A convergência seria esperada em nosso sistema se pelo menos quatro condições forem atendidas: (1) ministros devem ter autoridade para realizar julgamentos caracterizados por preferências por políticas; (2) as ações de ministros ao julgar e fazer escolhas devem levar em conta essas preferências; (3) candidatos a ministros devem ter

---

<sup>3</sup> Entrevista concedida à Folha de São Paulo em novembro de 2014, época na qual a PEC voltara a ser discutida na Câmara. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2014/11/1542317-o-stf-nao-pode-se-converter-em-uma-corte-bolivariana.shtml> (acesso: 15/04/2016).

<sup>4</sup> ADI-MC 5316, decidida em 21/05/2015, acórdão disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9058651> (acesso: 15/04/2016).

essas preferências por políticas razoavelmente conhecidas por presidentes; e (4) presidentes devem ter prerrogativas favoráveis à indicação de quem preferirem à Suprema Corte.

Partimos do pressuposto pouco contestável de que geralmente presidentes querem que políticas de sua iniciativa mantenham-se vigentes. Para isso, os interessa influenciar cortes que se consolidam como importantes *veto points*, como a nossa (TAYLOR, 2008, cap. 4).

Nas próximas seções, utilizamos esses dois tipos possíveis de relação de e meio de influência – dependência e convergência - para nos situar entre o que sabemos e o que falta saber sobre como ministros decidem e como essa decisão pode ou não ser influenciada por quem os indica. Discutiremos como a literatura tem avançado e pode avançar no tratamento dessas questões, partindo da literatura nos EUA, país que as discute há um bom tempo. Veremos então como, entre as semelhanças e diferenças nas instituições e práticas adotadas no Brasil, nossa literatura também tem chegado de formas diferentes à conclusão de que relações de dependência são bastante restritas, enquanto as de convergência exigem novos estudos.

Nosso objetivo central é sistematizar e complementar a compreensão de possíveis relações entre a escolha de ministros do STF e as escolhas que estes fazem uma vez membros da Corte, em balanço crítico da literatura. Ao final, propomos o estudo mais aprofundado de preferências verificadas na elaboração e alteração de políticas, em seus dispositivos legais.

### **Pensando o Problema: Separação de Poderes e Judicial Politics**

A preocupação com os efeitos da indicação e nomeação política de ministros certamente não é algo novo na literatura mundial. De fato, a preocupação com a dependência de ministros, em sentido semelhante ao aqui elencado, está no cerne do próprio princípio de Separação de Poderes nos EUA. Para os Federalistas, a ideia de tirania como entrave à democracia também se faria presente pela concentração de poderes em apenas um braço do governo, como o Parlamento. Dessa forma, Madison defende que a grande garantia contra essa concentração seria dar aos administradores de

cada poder motivos pessoais e meios constitucionais (pensando na ratificação da Constituição como Lei Fundamental) para resistir aos abusos dos demais (MADISON et. al., 1993, p. 350). Do ponto de vista do Poder Judiciário, este seria muito menos perigoso, por “não deter a influência sobre a espada [Executivo] nem sobre a bolsa [Legislativo]” (MADISON et. al., 1993 p. 479). Quanto a suas atribuições, ele seria o Poder Contramajoritário por excelência, por sua atribuição de Guardião da Constituição, ou seja, de interpretar leis e a própria Lei Fundamental, hierarquicamente superior.<sup>5</sup> Esse poder de interpretar leis é visto não apenas como o que tribunais devem fazer, mas como o que fazem efetivamente, assemelhando-se à concepção de *poder invisível e nulo* de Montesquieu. Ao contrário de Montesquieu, porém, o Judiciário é considerado um Poder efetivo de Estado, indo além do “poder de julgar” por corpo temporário, afastado e por isso independente do caso em particular (MONTESQUIEU, 1996, p. 169-170).

Os Federalistas deslocam o problema da independência para a garantia institucional de certas prerrogativas, dentre elas a irredutibilidade de proventos (artigo 79) e, principalmente, a vitaliciedade (artigo 78). A vitaliciedade seria um dos principais fatores que confeririam ao Judiciário, poder incomparavelmente mais fraco que os demais, a autonomia para não depender dos (des)mandos dos outros braços de governo, uma vez no cargo. Talvez essa (a vitaliciedade) seja a única característica institucional discutida até aqui que não foi transplantada para o ordenamento jurídico brasileiro.. Embora não adotemos o modelo de mandatos, repudiado pelos Federalistas, a garantia de independência se daria a princípio pela impossibilidade de retirada de ministros do cargo, exceto por saída voluntária ou em casos de *impeachment*, o que é o caso no Brasil,

Portanto, a atuação do Poder Judiciário é pensada em sua gênese como espécie de *poder nulo de facto* em condição de independência. Em outras palavras, a independência seria suficiente para garantir que juízes dissessem o que a lei é, sem alterá-la.

---

<sup>5</sup> Nos EUA, o sistema de revisão judicial é o chamado difuso. Nesse modelo, é possível a qualquer tribunal revisar e declarar a nulidade de legislação que se encontre em desacordo com a Constituição. A revisão é feita de maneira incidental e *inter partes*, ou seja, na análise concreta de disputas judiciais entre dois envolvidos diretamente, um contra o outro. Instâncias superiores têm poder vinculante sobre instâncias inferiores e, ainda no caso dos EUA, como em todos os países de Common Law (Direito Comum), há forte vinculação a precedentes (decisões pregressas), pelo princípio do *stare decisis*.

Ainda pensando na literatura estadunidense, essa visão só começou a ser amplamente contestada a partir da década de 1920, quando a doutrina do realismo legal começou a questionar a premissa de que juízes, socialmente e politicamente neutros, meramente “descobrem” as leis<sup>6</sup>. Por essa perspectiva, as leis seriam necessariamente dinâmicas, incertas, vagas e variáveis, indefinidas por sua própria natureza, sendo o papel de juízes inevitavelmente “(re)cria-las” em suas próprias interpretações, e o papel de pesquisadores empíricos descobrir como isso é feito.

Esse “chamado” à pesquisa empírica foi respondido vinte anos depois, a partir da verificação do aumento no dissenso da Suprema Corte dos EUA (US Supreme Court – USSC) na tentativa de implementação da Lei de Reforma dos Procedimentos Judiciais (Judicial Procedures Reform Bill) de 1937, pelo presidente Franklin D. Roosevelt.

A reforma, conhecida informalmente como “Roosevelt’s Court Packing Plan”, foi uma resposta direta do presidente à declaração incessante de inconstitucionalidade de leis do New Deal pela USSC. Caso aprovada, entre outras medidas, aumentaria o número de justices (terminologia adotada para ministros da USSC) na Corte pela primeira vez, de 9 para 15. Também estaria em voga a ameaça ao cargo de ministros mais antigos.

Caso paradigmático, mas não porque as decisões anteriores de juízes não pudessem responder a preferências e estratégias políticas. Porque, frente à possibilidade de adoção dessa reforma, os justices mudaram seus posicionamentos, na ameaça de serem substituídos ou sobrepujados, permitindo a adoção dos planos do New Deal pelo Executivo (CALDEIRA, 1987; ARANTES; 2007). De fato, Pritchett aponta que a quantidade de decisões majoritárias<sup>7</sup> e de votos mais divididos (por 5 a 4, num total de 9 justices) tem um salto quantitativo a partir de 1937. Aponta também para uma liberalização da Corte, antes considerada conservadora, em direção à formação de blocos de decisão reconhecíveis em matérias para além da regulação econômica, como liberdades civis e trabalhistas (PRITCHETT, 1948). A expressão *court packing* ficou consagrada desde então para se referir ao aumento do número de componentes em Cortes, especialmente alterando regras vigentes e abrindo novos cargos, o que é

---

<sup>6</sup> Ver, por exemplo, Rogat, Yosel, Legal Realism, em Paul Edwards (org.), The Encyclopedia of Philosophy, New York, Macmillan, 1972); Llewellyn, K. Some Realism about Realism – Responding to Dean Pound, Harvard Law Review, 1237, 1931; Jerome Frank, Law and the Modern Mind, New York, Coward-McCann, 1949.

<sup>7</sup> A partir daqui, o termo “decisão majoritária” refere-se a decisões não-unânicas.

frequentemente associado a objetivos políticos possivelmente concretizados por essas indicações<sup>8</sup>. Em nossa contribuição, tratamo-la como uma estratégia que visa o estabelecimento de uma relação de dependência entre o Executivo e o Judiciário.

A partir de então, diversos estudos buscaram a partir da classificação temática de casos em categorias - e de justices em liberais ou conservadores - compreender como ministros efetivamente decidem. Essa divisão se iniciou influenciada pela psicométrica, com a adoção de escalas decisórias para a compreensão dos diferentes campos de atuação da Corte, como em questões de direitos civis, econômicos e assuntos fiscais (SCHUBERT, 1965; 1974)<sup>9</sup>. Sua consolidação posterior foi possibilitada pela incessante presença do campo que veio a ser conhecido como *judicial politics* na agenda de pesquisas do país. Esse campo, a princípio razoavelmente disperso, hoje tem entre seus principais expoentes os chamados modelos legal, institucional, atitudinal e estratégico.

Os “modelos” legal e institucional tem em comum o fato de não terem uma clara delimitação epistemológica em uma corrente coesa de pesquisadores, sendo mais tipificações que dizem respeito a formas de pensar e estudar a adjudicação de leis. Enquanto o modelo institucional trata-se mais de uma aproximação, que chama atenção a como o paradigma do neoinstitucionalismo coloca questões importantes a serem pensadas sobre como diferentes instituições formais e informais podem influenciar de maneira decisiva o curso da ação por juízes (CLAYTON & GILLMAN, 1999)<sup>10</sup>, o modelo legal rejeita a concepção de que os principais fatores explicativos da decisão de juízes seriam propriamente ideológicos ou comportamentais, sendo os diferentes métodos de interpretação jurídica, precedentes, *ratio decidendi* e outros conceitos afeitos ao mundo do direito os principais responsáveis pelas variações nas decisões de juízes, mesmo em decisões majoritárias.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> Tivemos nosso próprio caso de *court packing* com o Ato Institucional nº 2, promulgado durante o Governo Castelo Branco no início do Regime Militar. O AI-2 aumentou o número de ministros de onze para dezesseis. Embora seja consenso que a intenção era de fato a de influenciar diretamente as decisões da Corte, isso não necessariamente se deu como o esperado, como mostra o excelente estudo de Fabrícia de Sá Santos (2008) sobre os pedidos de Habeas Corpus julgados pelo STF no período. De modo geral, os achados nos ajudam a pensar que, a depender das características da corte, pode haver dificuldade de se estabelecer certas relações de dependência, mesmo em regimes autoritários.

<sup>9</sup> Para uma recente reformulação do conceito de escalas decisórias aplicada ao Brasil, ver Buck (2015).

<sup>10</sup> Para discussão aprofundada sobre instituições formais e informais no STF, ver Kapiszewski (2010).

<sup>11</sup> Embora tratemos apenas *em passant* dessa abordagem, não sugerimos aqui que ela não se encontre em aberto. Ver, por exemplo, Dworkin, R. Uma Questão de Princípio São Paulo, Martins Fontes, 2001.

Quanto aos modelos atitudinal e estratégico, eles tem suas seminais contribuições teóricas nos trabalhos de Segal & Spaeth (1993; revisitado em 2002) e Epstein & Knight (1997). O modelo atitudinal ficou consagrado por sua capacidade explicativa e preditiva para o caso estadunidense, enquanto o modelo estratégico tem sido cada vez mais utilizado para compreender e buscar modelos formais para o complexo processo decisório nas diferentes escolhas de juízes. Ademais, a própria conexão que pretendemos estudar entre a nomeação de ministros e suas decisões posteriores tem sido amplamente pensada por modelos estratégicos, formais ou não. Enquanto esses dois modelos rejeitam as variáveis legais como fatores que explicariam a maioria das decisões de juízes, eles tem tentado incorporar componentes institucionais em suas análises, sendo a própria aproximação institucional uma relativização de seus resultados. De fato, os modelos atitudinal e estratégico por vezes podem ser pensados como complementares. Ambos chegam por caminhos diferentes à conclusão de que juízes teriam preferências por políticas, que influenciam efetivamente suas decisões. A compreensão dessa conclusão, bem como sua associação com as relações de dependência e convergência possíveis entre o Executivo e Cortes Constitucionais será desenvolvida na próxima seção.

### **Independência e Abertura à Convergência – EUA e os Modelos Atitudinal e Estratégico**

Nessa seção identificaremos condições de convergência e divergência no argumento dos modelos atitudinal e estratégico. Para isso, utilizaremos as obras teóricas mais completas que buscam definir cada um dos modelos, *The Supreme Court and the Attitudinal Model*, de Jeffrey Segal e Harold Spaeth (1993) e sua versão revisitada (SEGAL & SPAETH, 2002) para o modelo atitudinal e *The Choices Justices Make*, de Lee Epstein e Jack Knight (1997) para o modelo estratégico.

O foco nessas obras de modo algum permite analisar toda a riqueza da vasta produção existente em *judicial politics*, mas apenas apontar para duas explicações diferentes que chegam a conclusões semelhantes: de que cortes seriam orientadas por *policy* e que elas teriam razoável autonomia para buscar seus objetivos de *policy*.



Enquanto o modelo atitudinal chega à conclusão de que *justices* fazem isso seguindo seus próprios valores e os elementos percebidos do caso, o modelo estratégico entende que juízes realizam muitas escolhas ao julgar um caso, inclusive as de mérito. Essas diferentes escolhas, bem como os diferentes atores que podem influenciar no resultado final (principalmente os outros juízes da Corte, mas também o Legislativo e o Executivo principalmente por *overrule*) devem ser compreendidas por análises que considerem interdependência entre atores, ou seja, ações estratégicas<sup>12</sup>. Uma das principais diferenças entre os dois modelos se dá na adoção de preferências sinceras, de um lado, e preferências estratégicas, do outro, para explicar o comportamento em geral da Suprema Corte.

Embora caiba a ressalva de que ambas as explicações focam-se mais nas decisões pela Corte em sua atuação cotidiana que propriamente por atores no processo de indicação e nomeação, essas conclusões nos ajudarão a compreender melhor o que pode estar em jogo em indicações políticas de ministros nos EUA e, em grande medida, no Brasil.

Spaeth define em 1972 o conceito *attitude* como um “conjunto inter-relacionado [relativamente durável] de crenças sobre um objeto ou situação (...). Os objetos são as partes diretas e indiretas envolvidas no processo; as situações são o assunto legal dominante no caso.” (SPAETH, 1972, p. 65; tradução nossa). No modelo atitudinal caberia, portanto, identificar as atitudes e esses objetos ou situações, chamados posteriormente de fatos do caso, ou *case stimuli* (SEGAL & SPAETH, 1993; 2002).

Epstein e Knight (1997; p. 10-11) definem três ideias centrais para a abordagem estratégica da tomada de decisão judicial: *justices* teriam suas ações direcionadas à concretização de objetivos por políticas (*policy goals*), seriam estratégicos e teriam suas interações moldadas por instituições.

Para organizar o nosso raciocínio, dividiremos os argumentos de cada um dos textos em componentes mencionados das relações de dependência e convergência.

---

<sup>12</sup> Embora *Choices* surpreendentemente (e propositalmente) não utilize nenhum modelo formal para chegar a suas conclusões, ele é a tentativa mais robusta de sistematizar teoricamente os diferentes tipos de escolha que juízes podem fazer do ponto de vista estratégico.

### Dependência e Convergência: Ameaças, Recompensas e *Policy Making* Teórico

Os dois modelos concordam que há razoável independência da Suprema Corte, embora a perspectiva atitudinal seja mais enfática a esse respeito. Também concordam que a primeira condição para a convergência é razoável, pois essa independência seria amplamente relacionada com o potencial para interferir em políticas.

Alguns aspectos institucionais mobilizados por Segal e Spaeth nesse sentido são certa "mitologia" no ato de julgar, uma descrença histórica e arraigada no poder governamental, a revisão judicial, o conceito de Lei Fundamental atribuído à Constituição, os sistemas federalista e de separação de poderes (SEGAL & SPAETH, 1993; 2002, cap. 1). Vimos anteriormente que ao menos os três últimos também estão presentes no Brasil. O sistema de revisão judicial também está presente, e em presença concomitante singular com o controle concentrado numa mesma Corte em nosso sistema híbrido (ARANTES, 1997)<sup>13</sup>. Já a Suprema Corte, em particular, teria em papel central para a extensão de seus próprios objetivos de políticas (*policy goals*). Isso se daria porque seus membros não tem *accountability* eleitoral ou política, ambição de ocupar cargo mais alto (desenvolvido também por Epstein & Knight (p. 36-39)), e o Tribunal é a última instância do Poder Judiciário, tendo portanto decisão irrecorrível. Finalmente e sobretudo, essa extensão seria possível porque a USSC controla os casos que julga (*docket control*).

O *docket control* seria um pré-requisito para que os *justices* votem casos que digam respeito a suas preferências por política, pois é o que permite aos membros da USSC, diferentemente das instâncias inferiores do Poder Judiciário, estabelecerem que casos desejam julgar. A perspectiva estratégica também aponta para esse fator, elencando as diversas modalidades de ação que chegam à Corte, bem como seu amplo *docket control* em cada uma delas (p. 25-26). Ambas as perspectivas falam que a seleção parece seguir *reversal strategies*, ou seja, ocorreria tendo em vista prospectivamente o que se pretende *reverter*, ou questões que fomentassem divergência

---

<sup>13</sup> Arantes (1997) introduz esse termo para apontar que o modelo de adjudicação constitucional que se adota no Brasil é um modelo híbrido, que combina tanto características do modelo difuso de judicial review estadunidense quanto do modelo concentrado de controle constitucional europeu. O modelo concentrado é caracterizado, entre outras coisas, pelo controle abstrato de normas, que entram no tribunal por via direta (ou seja, ataca-se a lei diretamente, e não um caso específico). No Brasil, o principal tipo de ação direta é a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI). Esses modelos remontam a duas tradições específicas que, de alguma forma combinam-se no exemplo único no mundo de uma só Corte Constitucional, que também é Órgão de Cúpula do Poder judiciário: o Supremo Tribunal Federal.

em relação ao status quo, e dentro da própria Corte, e não propriamente por critérios de relevância. Assim, *justices*, embora depositários de um poder supostamente reativo, podem a qualquer momento pegar um caso de instâncias inferiores que lhes interesse julgar, dentre uma abundante e vasta gama de questões, e colocá-lo em pauta (SEGAL & SPAETH, 1993; 2002, cap. 2; EPSTEIN & KNIGHT, 1999; p. 25-27). Em relação às prerrogativas particulares da Suprema Corte, o STF também parece ter todas as formais. Quanto ao *docket control*, especificamente, seguindo Desposato et. al. (2015), tratamo-lo como análogo ao requisito de Repercussão Geral em nosso sistema difuso, introduzido pela EC 45/04 (Reforma do Judiciário) e regulamentado pela LF 11418/06.

Até aqui, os aspectos institucionais elencados pelos autores os permitem concluir que os *Founding Fathers* teriam acertado na independência, já que *justices* geralmente podem atuar com bastante discricionariedade uma vez ocupando seus cargos. Em outras palavras, não obstante casos como o do Roosevelt Court Packing Plan, hoje teríamos uma Corte consolidada, pouco suscetível a ameaças críveis, ou a recompensas vantajosas, já que em período recente poucos *justices* seriam atraídos por outros cargos, dada a posição que já ocupam, por exemplo. Nesse sentido, as relações de dependência que elencamos seriam raras, se presentes.

Mas essas prerrogativas também possibilitam que uma corte como essa tenha capacidade de exercer um poder discricionário importante sobre políticas com razoável deferência de outros atores relevantes, cumprindo a primeira condição para que presidentes possam se aproveitar de situações de convergência. Mesmo do ponto de vista do possível fim de legitimidade institucional, Epstein & Knight argumentam que possíveis objetivos que visem garantir a legitimidade da Suprema Corte frente a outras instituições e Poderes, não apenas ocorrem incidentalmente como são eles mesmos meios para objetivos de política, por meio da alteração ou afirmação do status quo legal, e não fins em si mesmos.

Verificamos, por fim, que a primeira condição de convergência seria bastante relacionada com a ausência de dependência, já que a autonomia potencial de *policy making* é condicionada à independência, e não faria sentido se preocupar com relações de convergência quando se tem uma Corte completamente dependente.

### Convergência – Authoritative Policy Making Fático

Sendo possível o *policy making*, os dois modelos concordam que ele está garantido pela própria natureza das decisões de juízes. Enquanto os autores do modelo estratégico tratam isso de forma mais dispersa, até por ser um trabalho posterior e essa visão conformar um maior consenso, os autores do modelo atitudinal se valem de críticas à plausibilidade do modelo legal como eliminação de alternativas que não envolvam *fazer política(s)*.

Para isso, Segal e Spaeth atacam bases de sustentação do modelo legal, como os conceitos hermenêuticos de *plain meaning* (letra da lei) e *Legislative e Framers' intent* (análogo à intenção do legislador e do constituinte), o uso de precedentes em suas diversas formas (nos EUA e em países de Direito Comum, supostamente ele seria ainda mais importante, pelo princípio do *stare decisis*). Na primeira versão (SEGAL & SPAETH, 1993), também falam dos conceitos de *balancing* e de interesses societários e de *reasonableness*. Esses últimos guardam analogias, embora não equivalência, com a ponderação de princípios e a razoabilidade, por exemplo.

De modo geral e sucinto, os métodos interpretativos e de ponderação elencados seriam sabidamente insuficientes para se chegar a uma conclusão unívoca, enquanto os *intents* seriam nada menos que uma invenção, cega a questões básicas de impossibilidade de captação de intenções claras de uns ou outros em escolhas coletivas.<sup>14</sup> Os precedentes, embora usados de diversas formas pela Corte, seriam meros meios para argumentar por uma decisão ou outra. Para além do teste lógico, é realizado teste empírico para reforçar esse ponto (SEGAL & SPAETH, 2002, p. 279-311), não encontrando evidências que suportem o uso “desenviesado” de precedentes.

A conclusão geral para os autores é que há não apenas a competência e autoridade para o *policy making* judicial, mas também é isso que *justices* inevitavelmente fazem no exercício de suas atribuições, considerando os fatos e suas atitudes. Todas as características apresentadas refutariam a ideia de um poder de julgar sem fazer a lei, que não faria sentido para as atividades que juízes exercem na prática.

Mesmo que tenhamos reserva em aceitar o modelo atitudinal para o caso brasileiro – como veremos que é o que ocorre na nossa literatura em geral – isso não invalida as críticas elencadas. Ademais, se é verdade que juízes invariavelmente fazem

---

<sup>14</sup> Os autores citam como exemplo o famoso Teorema de Arrow; Arrow, K. *Social Choice and Individual Values*, 2ª edição, New Haven, Yale University Press, 1963.

política, temos nossa segunda condição para que a convergência seja possível presente. Se a forma como juízes fazem política não for precisamente de acordo com suas atitudes, mas levar em conta predominantemente questões estratégicas ou institucionais, isso não descartaria a possibilidade de preferências incorporadas a (motiv)ações políticas, passíveis de conhecimento (terceira condição de convergência) por quem os indica.

#### Convergência de Preferências e Estratégias de Escolha de *Justices*

Os autores elencados nos fornecem argumentos para pensar como juízes decidem uma vez no cargo, mas se focam muito pouco em como presidentes efetivamente conseguem conhecer essas preferências e, principalmente, sua margem de discricionariedade para escolher *justices* de acordo com suas preferências sinceras.

Segal e Spaeth (2002; p. 178-186) apontam que, embora a decisão final da escolha de uma indicação à Suprema Corte seja do presidente, as informações e o lobby por nomes específicos é notável. Esses diferentes atores forneceriam informações complementares que influenciariam o conhecimento de nomes viáveis por presidentes. Em outras palavras que não as dos autores, sinalizariam preferências de ministros, para que presidentes pudessem compreender quais estão mais próximas às suas. Seis fatores seriam levados em consideração na escolha: (1) filiação partidária e ideologia do juiz indicado; (2) ambiente político; (3) experiência prévia judicial; (4) região geográfica; (5) religião, raça e sexo; (6) amizade e patronagem. Alguns desses fatores, como o primeiro, o terceiro e o sexto apontam para nossa terceira condição para a convergência.

Já a quarta condição é mais complicada. Note, por exemplo, o segundo fator. O “ambiente político” importa porque presidentes indicam ministros, mas o sucesso ou fracasso das indicações depende da aprovação pela maioria absoluta de membros do Senado Federal.

Essa é outra regra que temos em comum com os EUA, e que torna a quarta condição para a convergência uma das mais complexas de se pensar, enunciando um dos maiores desafios de pensar meios efetivos para a convergência. Afinal, se a aprovação efetiva de candidatos à USSC passa pelo Senado, é de se esperar que

presidentes devem levar em conta as preferências dos membros dessa Casa para evitar indicar nomes que sejam recusados<sup>15</sup>.

O que a literatura analisada nos permite concluir preliminarmente é que há razoável consenso em relação à rejeição das relações de dependência, e aceitação das duas primeiras condições, e em certa medida, da terceira, para a possibilidade de presidentes indicarem ministros de acordo com as suas preferências. Verificamos também que há muitas semelhanças que permitiriam à primeira vista chegar a conclusões similares para o caso brasileiro. O grande entrave estaria, portanto, em compreender as possibilidades fáticas de presidentes escolherem *justices* de acordo com suas preferências sinceras. Essa condição fundamental permanece ainda em grande parte em aberto.

### **Brasil – Atores Relevantes e Blocos de Votação**

As semelhanças e diferenças do nosso sistema em relação ao dos EUA mobilizadas por diversos autores (OLIVEIRA e GAROUPA, 2011; SANTOS e Da ROS, 2008; ARGUELHES e RIBEIRO, 2010), a fim de pensar o funcionamento do processo de indicação e nomeação de ministros no nosso STF e seu comportamento decisório.

Para o Brasil, começaremos pelo processo de indicação e aprovação e chegaremos às conclusões preliminares sobre o comportamento decisório de ministros.

---

<sup>15</sup> Nos EUA, há hoje uma forte corrente que considera esses cálculos na concepção e refinamento de modelos estratégicos formais de escolha racional. Esses modelos variam razoavelmente em seus pressupostos e conclusões, mas são fortemente influenciadas pela teoria do eleitor mediano, aplicando-a em modelos que buscam unir os votos de ministros na Suprema Corte com as expectativas de atores que os escolhem. Por esse motivo, acabaram conhecidos como modelos de “Mover a Mediana” (Move-the-Median, ou MTM). São impulsionados a partir dos anos 1990 pela ideia de que a não-confirmação do justice Bonk no governo Reagan teria aberto uma nova era de confirmação política explícita (em contraposição a uma abordagem com ao menos a roupagem “técnico-jurídica”) de nomes para a Suprema Corte pelo Senado. Uma das ideias centrais desse modelo é a maior dificuldade política de indicação de senadores pivotais, ou seja, os que teriam potencial para completar uma maioria em cortes que tornam-se divididas quando da abertura de uma de suas vagas. Ver, por exemplo, Lemieux & Stewart (1990a e 1990b), Moraski & Shipan (1999), Krehbiel (2006) e McGrath e Rydberg (2013). Para uma crítica recente aos resultados substantivos dessa abordagem, ver Cameron e Kastellec (2015). Segal e Spaeth (2002) também chegam a realizar testes para tentar prever o tipo de *justice* indicado, considerando as ideologias do presidente, do senador mediano e da Suprema Corte. No Brasil, ainda não temos tentativas sistemáticas de modelos formais mais robustos para esse fim, mas veremos adiante alguns estudos que abordam teoricamente cálculos estratégicos semelhantes.

Oliveira e Garoupa (2011) nos trazem uma análise que se propõe mais diretamente a comparar o processo de escolha, principalmente na fase de aprovação pelo Senado, entre o Brasil e os EUA. De partida, cabe destacar uma diferença importante nos resultados: ainda que o artigo 101 de nossa Constituição Federal estabeleça que os ministros do STF são indicados pelo presidente da República e confirmados pelo Senado como nos Estados Unidos, aqui não houve na prática nenhum ministro não aprovado após sua indicação desde 1894. Nos EUA, a não aprovação de ministros também é rara, mas ocorreu em episódios muito mais recentes. Essa diferença não é trivial e torna necessária uma avaliação que busque compreender suas razões. Oliveira e Garoupa se focam em algumas explicações mais estruturais, não muito voltadas à racionalidade dos atores em si. Para eles, são três os fatores principais que explicariam as diferenças de comportamento entre o nosso Senado e o dos EUA na aprovação de ministros para Supremas Cortes: (a) a conformação de um sistema sem a tradição bipartidária dos EUA, que aqui tratamos sob a égide do presidencialismo de coalizão; (b) os riscos de apontar ministros no Brasil seriam menores, devido a diferenças culturais e ideológicas entre os dois países. Dessa forma, enquanto nos EUA há embates frequentes entre maiorias e minorias ideológicas, no Brasil isso seria menos acentuado; e (c) um Senado mais deferente, possivelmente associado à presença de um judiciário de carreira no Brasil, com poucas indicações políticas do Executivo nas instâncias inferiores e supostamente mais insulado de pressões políticas.

Quanto ao primeiro fator elencado, ele tem diversas implicações estratégicas. Por exemplo, supondo que presidentes possam de fato agir como atores racionais que antecipam as preferências de senadores medianos, levando-as em consideração em suas escolhas (a fim de que não sejam inviáveis a ponto de provocar a rejeição), essa informação parece envolver maior incerteza num sistema multipartidário como o nosso.

Entendemos que o segundo fator apontaria para uma relativização cabível para a forma como indicações são *vistas* e tratadas pela sociedade civil, e nas sabatinas do Senado. Entretanto, temos dúvidas em relação aos efeitos reais desse fenômeno.

O terceiro fator chamara a atenção para o perfil de carreira da magistratura como um todo. Enquanto há indicações para cargos em instâncias inferiores é observado nos EUA, o sistema brasileiro favorece a ascensão de magistrados de carreira, que não raro são os escolhidos para indicações ao STF. Do nosso ponto de vista, o insulamento a

pressões políticas decorrente dessa fórmula aponta para uma rejeição ainda mais enfática de possíveis relações de dependência, já que reduz as possibilidades de indicação de nomes de ministros com algum tipo de “apadrinhamento político de longo prazo”, sejam quais forem suas implicações. Possíveis consequências acerca da nomeação de ministros de perfil reconhecidamente mais profissionalizado, bem como outras explicações para a maior deferência do Senado nas indicações no Brasil serão tratadas adiante.<sup>16</sup>

A ideia de que presidentes terão o interesse de utilizar-se da ferramenta institucional da indicação de ministros como forma de influenciar é relativamente pacífica. Para Prado e Turner (2010), o estabelecimento do regime democrático e, mais especificamente, a alternância no poder, teria gerado incentivos institucionais para que o presidente da República se valha de estratégias que estenderiam sua influência para além de seu mandato, sendo a indicação de ministros ao STF uma das possíveis.

Duas estratégias para suprir as dimensões numérica (maximizar seus ministros frente aos de opositores) e temporal (manter a permanência de ministros na Corte pelo maior tempo possível) dessa demanda por extensão de influência seriam a de nomear ministros mais jovens ou aumentar o tempo de aposentadoria compulsória. A PEC da Bengala, portanto (em tramitação, mas não em pauta quando da publicação do estudo das autoras), poderia ser pensada alternativamente, ignorada a conjuntura específica na qual foi aprovada, como uma forma de estender a influência de presidentes, e não de restringi-la<sup>17</sup>. Essa é uma possibilidade que potencialmente amplia a esfera de disputa política em torno do processo de nomeação de ministros em relação aos EUA, onde a vitaliciedade sempre foi a regra. Como a aposentadoria tem um tempo previsto, pode ser que a princípio a independência seja pouco comprometida, mas o fato de esse tempo ser objeto de disputa de atores políticos talvez relativize essa descrição.

Em rápida resposta a Prado e Turner, Arguelhes e Ribeiro (2010) fazem a inclusão das dimensões estratégicas externas à lógica das atribuições da própria Corte da “barganha” e da “sinalização” na decisão pela indicação de ministros por presidentes,

---

<sup>16</sup> Para um estudo mais aprofundado sobre os padrões de recrutamento de ministros comparado entre Brasil e EUA, ver Santos e Da Ros (2008), que apontam semelhante lento e gradual incremento de indicações de nomes provenientes exclusivamente do meio jurídico.

<sup>17</sup> De fato, o controle do processo de nomeação e aposentadoria de ministros tem sido pensado como uma estratégia utilizada em alguns países da América Latina, só que por presidentes, minando sua independência. Ver Perez Liñan & Castagnola (2009).



dado o contexto político<sup>18</sup>. Além disso, ponderam teoricamente os possíveis efeitos das indicações.

Uma das críticas dos autores vai na direção de observar as diferentes preferências e cenários em jogo no presidencialismo de coalizão brasileiro, no qual o cálculo estratégico do presidente deve levar em conta essas preferências, que inclusive podem divergir dentro de um mesmo partido, e mesmo o seu próprio. Se a disciplina partidária é baixa na Casa Alta, pode ser que as preferências a serem consideradas na indicação de nomes ao STF sejam muito mais individualizadas, não bastando pensar em termos partidários. Pensando em negociações dentro do partido e da coalizão, por exemplo, os autores explicam que “[d]iferentemente do caso norte-americano, as interações envolvidas no processo de indicação no caso brasileiro podem levar a “ajustes” entre as preferências do presidente, as do seu partido e aquelas dos demais partidos que integram a coalizão de governo.” (p. 129).

Assim como enunciamos ao tratar da quarta condição para a convergência no caso americano, os autores concluem que os cálculos que devem ser levados em conta por um presidente “racional”, e também por senadores, envolvem grande complexidade.

Colocado de outra forma, se no Brasil nenhum ministro do STF teve sua posse negada pelo Senado Federal desde a Primeira República, isso não significa necessariamente uma deferência do Senado ante as propostas do Executivo nas relações de *accountability* horizontal envolvidas na aprovação de ministros. Lemos e Llanos (2007), ao estudarem o tempo de aprovação (relativamente curto) ou rejeição (com taxas de rejeição relativamente baixas) de indicações para diversos cargos pela câmara alta, lançam mão de uma hipótese de *acomodação*. Nela, os ministros seriam indicados desde o início por votos estratégicos de presidentes. Estes considerariam de antemão as preferências de senadores e, frente a um alto custo de não ter o ministro aprovado ou ver grande mora no processo de aprovação, procurariam indicar ministros que tivessem o

---

<sup>18</sup> Uma crítica essencial no trabalho de Arguelhes e Ribeiro (2010) é que os fins que podem ser pretendidos com a indicação de ministros poderiam ser não apenas internos à esfera imediata de atuação do tribunal, como o de tipicamente aumentar a influência de atores no desenho de políticas, mas também externos. Por exemplo, indicações de ministros específicos podem ser pensadas como meio de obter vantagens e apoio político em outras esferas (situações externas de barganha). Ou como meios de sinalizar ou se posicionar por uma questão ou causa específica, como a de inclusão de minorias, com indicação de ministros negros e ministras mulheres para a Corte (situações associadas a fins externos de sinalização). Embora isso possa ser verdade, deve ser pensado como mais um elemento complexificador a ser levado em conta em modelos que busquem explicar a escolha de ministros, e não uma rejeição do pressuposto de que interessa a presidentes que ministros votem em proximidade com suas preferências.

apoio necessário. Esse estudo parece constituir indício empírico da funcionalidade da hipótese de Dahl (1957), pela qual a coalizão dominante escolheria a Corte e, devido a isso (e não por mera deferência), as preferências da Corte seriam semelhantes às da coalizão. As autoras reafirmam posteriormente os achados com novas evidências e variáveis qualitativas (LEMOS & LLANOS, 2010) e quantitativas (2013), sugerindo que a *antecipação* presidencial seria preponderante em relação a sua *dominância*. Chamam atenção principalmente para como em um cenário de fragmentação partidária e governo de coalizão os presidentes frequentemente são constrangidos por sinalizações de outros atores do jogo político.

Entretanto, ainda que aceitemos a hipótese de acomodação, e consideremos que, bem como é verificado em estudos em geral do processo legislativo, não temos como precisar bem as preferências do(a) presidente em meio às da coalizão (LIMONGI & FIGUEIREDO, 2009) também na esfera da indicação de ministros, isso não informa se os julgamentos dessa corte de fato refletem as preferências da coalizão. Falta uma ponte efetiva entre o que se pretende ao indicar ministros e como essa pretensão pode ser alcançada, se for o caso.

Para Da Ros (2012), em consonância com Lemos e Llanos, a intensificação de indicação de juristas profissionais nos últimos anos pode ter ocorrido com a intenção de afastar controvérsias, embora a indicação de juristas profissionais, tanto no Brasil, quanto nos EUA, não reduziria a possível influência de fatores político-partidários nas escolhas que juízes fazem. Essa intensificação se daria também frente à importância que o tribunal ganha desde a Constituição de 1988, que o coloca entre os mais poderosos tribunais com jurisdição constitucional do mundo. Essa visão de um Tribunal poderoso é amplamente aceita na literatura de judicialização da política no Brasil por diversas razões, como as que versam sobre as competências e esfera de atuação do tribunal<sup>19</sup>, a ampliação de meios de acesso em nosso sistema híbrido<sup>20</sup> e os diversos usos que se faz da Corte tendo em vista esses meios de acesso<sup>21</sup>, para citar apenas alguns dos muitos exemplos. Essa literatura, bem como modelos estatísticos mais recentes<sup>22</sup> tem

---

<sup>19</sup> Vieira (2008).

<sup>20</sup> Arantes (1997; 2007; 2013).

<sup>21</sup> Taylor (2008, entre outros estudos do mesmo autor).

<sup>22</sup> Outros estudos recentes que utilizam modelos estatísticos para chegar a conclusões que apontam para a independência são os de Jaloretto e Mueller (2011) e Lopes (2013).

corroborado a hipótese de independência, mas na maioria das vezes aceitado com poucas ressalvas o papel político de “fazer a lei” em potencial.

Restam duas perguntas: afinal, como as políticas são feitas no STF? Como estabelecer de forma definitiva se essas políticas tem ou não relação, ainda que de convergência, com as preferências de atores externos (sejam eles o presidente, a coalizão, requerentes de ações e recursos ou outros atores)?

Voltemo-nos a alguns dos muitos estudos que tentaram respondê-las.

Considerando variáveis jurídicas, políticas e profissionais em uma amostra de 300 decisões em sede de ADI entre 1988 e 2003, Fabiana Luci de Oliveira (2011) conclui que o grande número de decisões unânimes reforçaria o profissionalismo como elemento chave para compreender o comportamento decisório dos ministros do STF. Quanto ao governo de decisão, a autora verifica que as chances de deferimento de decisões de mérito seriam maiores para o segundo mandato de FHC em relação ao primeiro entre 1988 e o início de 2003.

Quando falamos em estudos de influência de mandatos presidenciais no resultado da decisão de ministros, Taylor (2008) é referência por concluir para ADIs entre 1988 e 2002 (dessa vez todas com decisão final de mérito), entre outros resultados, que não parece haver influencia significativa do mandato no julgamento. Não obstante, ainda no mesmo trabalho (p. 171), o autor trabalha com a hipótese, pouco estudada na época, de que pode haver diferença entre os ministros indicados por Lula e seus predecessores.

De fato, mesmo com as altas taxas de unanimidade, é justamente ao analisar decisões majoritárias que Oliveira (2012) verifica agora indícios de coalizões e “panelinhas” entre ministros, inclusive do primeiro mandato do presidente petista. Entretanto, o estudo encontra indícios preliminares, e considera blocos de votações conjuntas, o que nos diz algo sobre coalizões de opinião ou preferências semelhantes, mas pouco sobre o conteúdo substantivo dessas preferências.

No mesmo sentido, de 2002 a 2012, Ferreira (2013) e Ferreira e Mueller (2014) realizaram a estimativa de pontos ideais pelo modelo espacial NOMINATE com duas dimensões e propôs que uma delas seria explicativa de interesses econômicos do governo federal e a outra ligada à autonomia estatal. A maioria formada no STF seria desfavorável a esta e favorável àquela, corroborando, mas de forma modesta, a visão de

que a Corte como um todo seria mais favorável ao Executivo Federal (como visto em autoras como Oliveira (2009)).

As análises elencadas até aqui tem em comum o fato de serem pouco conclusivas a respeito do conteúdo substantivo do que é decidido, e dizerem mais sobre como diferentes atores conseguiriam diferentes taxas de sucesso na Corte, ou como ministros tem inclinações a votarem juntos algumas vezes, sem ficar claras as contendas envolvidas nessas votações. Esse tipo de contribuição tem sido importante para ajudar a entender como ministros decidem, ou não decidem, e apontam para uma dificuldade de aplicar o modelo atitudinal ao caso brasileiro (tão preditivo nos EUA) até então. Entretanto, eles tem dificuldade de conseguir conectar de forma clara as decisões de ministros às preferências de atores participantes do processo de indicação (ou não tem essa intenção). Vejamos agora um estudo mais recente que conseguiu avançar nesse sentido.

Desposato, Ingram e Lannes Jr. (2015) empreendem análise robusta que questiona parte desses resultados anteriores. Ao analisar decisões majoritárias em ADIs julgadas entre março de 1989 e junho de 2010, concluem que a expansão de autoridade do STF, a partir da Reforma do Judiciário (EC 45/04), que amplia a autoridade da Corte ao implementar a súmula vinculante e a repercussão-geral, é um marco a partir do qual ministros passam a agir como claros *authoritative policy makers*, usando o termo de Segal e Spaeth nos estudos atitudinais já discutidos. Essa ação é verificada pelo distanciamento muito significativo e em bloco de ministros indicados por Lula nas decisões consideradas, mas apenas a partir de janeiro de 2005. Os autores explicam esse distanciamento pela ativação de crenças ideológicas latentes de ministros. Aqueles indicados por Lula, ao se verem com maior autoridade para decidir, podendo escolher os casos que julgam (repercussão geral) e fixando efeitos comuns a todos mesmo em decisões de revisão judicial difusa (súmula vinculante), teriam posicionamentos sistematicamente diferentes, sendo mais propensos a interpretações mais ampliativas da Constituição.

Essas conclusões são importantes porque apontam para uma ideologia e preferência por política que ocorreria precisamente em função da indicação presidencial. Se os outros estudos apontavam para indicações mais técnicas, por questões estruturais e inclusive pessoais de Lula (LEMOS & LLANOS, 2010), este

revelaria que justamente quando um componente central para a explicação atitudinal se faz presente – o *docket control* – há uma inclinação que, embora não siga as clássicas clivagens ideológicas de esquerda/direita (ou, no caso do próprio modelo atitudinal, liberal/conservador), segue um padrão claro. Esse padrão, pensado a partir de uma aplicação heterodoxa do modelo atitudinal, completaria um tipo de explicação de uma relação de convergência, com as quatro condições que descrevemos. Ou seja, temos uma corte que se vê e age como *policy maker* de um lado e um presidente que teria conseguido conhecer as preferências de atores por uma certa forma de fazer política judicial o suficiente para indicá-los sistematicamente. A quarta condição é evidentemente suprida pelo sucesso de Lula em si. Uma possível explicação que arriscamos para ela – caso a explicação acima seja aplicável – seria que um *policy making* pela afeição a métodos do mundo do direito seria uma nuance ideológica que escapou do crivo do Senado, ou mesmo passou por ele, o que possibilitou a indicação desses ministros com sucesso. Atentamos, porém, para a ressalva de que a única ponte que nos separaria aqui da plena plausibilidade do modelo legal seria teórica, e não empírica.

Mesmo esses autores, que encontram resultados paradigmáticos, o fazem sem olhar para as normas e casos que ministros estão efetivamente julgando. Dessa forma, conseguem dizer muito sobre uma alteração de comportamento da Corte a partir de um determinado período, mas pouco sobre as políticas que foram efetivamente julgadas. A conclusão de que a diferença ideológica restaria em formas diferentes de interpretar a Constituição, por exemplo, baseia-se empiricamente num estudo de caso de questionável capacidade de generalização, diferentemente dos outros achados dos autores<sup>23</sup>. Em outras palavras, a conclusão empírica de que ministros indicados por Lula votam em blocos coesos a partir de 2005 e sua interpretação não nos permitem de fato saber o que esses ministros estão julgando a partir de então, ou o que foi julgado antes. Essa não é uma deficiência desse estudo, mas uma lacuna pouco explorada na literatura.

---

<sup>23</sup> Não subscrevemos aqui a um “fetichismo quantitativista” que nega a virtude dos métodos qualitativos em produzir conhecimento; apenas ressaltamos que o caso estudado não tem capacidade de excluir muitas outras possíveis interpretações substantivas para a votação em bloco.

## Considerações Finais – Complexa Convergência e Preferências Substantivas

Ao mobilizarmos achados e teorias sobre o sistema político brasileiro e o estadunidense, verificamos importantes direcionamentos deste que podem nos ajudar a compreender aquele. Ao dividir os possíveis meios de influência de presidentes nos *justices* e ministros que indicam relações de dependência e divergência, buscamos mapear como algumas questões são resolvidas e como outras permanecem em aberto. Dentre as últimas, um dos principais desafios é compreender se presidentes conseguem efetivamente fazer valer suas preferências em Cortes Constitucionais.

De um modo geral, o que percebemos nas literaturas brasileira e estadunidense é um semelhante consenso em torno da independência de ministros em relação ao presidente que os indica, mas as posições acerca de como as preferências desses presidentes podem penetrar a corte são mais díspares aqui. As hipóteses de deferência do Senado brasileiro, bem como as de acomodação merecem ainda estudos mais aprofundados. A hipótese de acomodação sugere que talvez o estudo das preferências da coalizão predomine no processo de escolha e aprovação de ministros. Dessa forma, talvez estudar as preferências de ministros indicados por “Lula” seja na verdade estudar as preferências de Ministros indicados pelas “coalizões do governo Lula”.

Algo semelhante ocorre no estudo das relações entre Executivo e Legislativo no Brasil no caso da elaboração de políticas. Se o Executivo Federal tem altas taxas de sucesso (na aprovação de leis de sua autoria no Legislativo) e dominância (no tocante à produção legal) (FIGUEIREDO e LIMONGI, 1999), essas taxas escondem também acomodações, expressas na modificação dessas leis. Freitas (2013), por exemplo, ao estudar as alterações em leis iniciadas pelo Executivo e com veto total e parcial por dispositivo<sup>24</sup> concluiu que o Legislativo contribui, em média, com 36% dessas leis e que a coalizão governista tem papel preponderante nessas mudanças.

Assim, entre independência e caminhos abertos para pensar a convergência, faltam estudos sistemáticos que conectem *substantivamente* as preferências dos atores relevantes no processo de indicação e escolha de ministros e as dos próprios ministros. Nossa sugestão inicial nesse sentido é o uso das normas efetivamente julgadas como *proxy* para preferências. Assim, destrinchando os dispositivos mantidos e revogados em

---

<sup>24</sup> Para a definição e coleta dos dispositivos adicionados, removidos ou alterados, a autora utiliza de forma inovadora a Metodologia de Análise Constitucional, desenvolvida por Cláudio Couto e Rogério Arantes.

uma decisão “procedente em parte”, por exemplo, temos como compreender como cada ministro votou em cada questão e, assim, buscar conexões com o processo legislativo em si. Afinal, são os mesmos senadores e presidentes que indicam e aprovam ministros aqueles a discutir, iniciar, votar e vetar leis e atos normativos. Do ponto de vista da discussão que buscamos empreender aqui, isso sofisticaria a obtenção de dados que, com as teorias e análises apropriadas, nos ajudariam a avançar ainda mais na compreensão dos meios pelos quais o processo de indicação e nomeação de ministros pode se relacionar com o processo decisório destes, repensando (im)possíveis mecanismos de convergência. Outra possível contribuição dessa abordagem seria a possibilidade de compreender a *policy making* do Judiciário, em sua mais alta Corte, como espécie de relativização do sucesso do Legislativo e do Executivo Federal, verificando se e como as leis de sua iniciativa são anuladas ou suspensas provisoriamente em sede de liminar. Foi estudando o questionamento de dispositivos específicos, por exemplo, que Pogrebinschi (2011) trouxe importante achado para a relativização efetiva do conceito de ativismo judicial<sup>25</sup>.

Há um duplo descolamento que oxalá superaremos: o descolamento da compreensão do processo decisório de ministros e seu processo de indicação<sup>26</sup> e o descolamento do estudo do Poder Judiciário e dos desenvolvimentos acerca das relações entre outros poderes e atores relevantes em nosso sistema político. Se é que a Emenda Constitucional nº 88/2015 nos diz algo sobre o sistema político e a interação entre os Poderes, ela só pode fazê-lo porque sabemos sobre o que ela versa, e sabemos que antes dela havia a PEC da Bengala tramitando por um total de doze anos no Congresso, e depois dela houve a medida cautelar na ADI 5316 que, tramitando por um total de treze dias no STF, revogou parte substantiva de sua aplicação. Precisamos saber muito mais.

---

<sup>25</sup> A autora analisa o controle de normas do Congresso Nacional, verificando a efetiva invalidação dessas normas. Para isso, Pogrebinschi (2011) verificou que, de 1988 a 2009, 129 Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental tinham tido decisão final de mérito (desconsiderando decisões em sede de medida cautelar). Dessas, apenas 67 alteraram pelo menos um trecho de uma norma e apenas duas normas foram revogadas integralmente.

Essa análise só foi possível ao distinguir questionamento de lei integral de questionamento de apenas alguns dos dispositivos da lei, o que não é captado pela tricotomia decisória procedente/procedente em parte/improcedente no mérito, ou mesmo pelo (des)conhecimento e prejuízo preliminar da ação.

<sup>26</sup> Não queremos dizer aqui que estamos certos de que há necessariamente relações claras de dependência ou convergência a serem encontradas, mas apenas que não temos como descartar essa hipótese sem o devido aprofundamento.

## Referências Bibliográficas

- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. Educational Book Publishers, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Judiciário: entre a Justiça e a Política* In: Lucia Avelar; Antonio Octavio Cintra. (Org.). *Sistema Político Brasileiro: uma introdução*. 2 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: F Konrad Adenauer; Editora UNESP, 2007, pp. 81-115.
- \_\_\_\_\_. *Cortes Constitucionais* In Avritzer, L. (et al.) (Orgs.) *Dimensões Políticas da Justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 213. Pp. 195-206.
- ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Diego Molhano. “Indicações Presidenciais para o Supremo Tribunal Federal e suas finalidades políticas” *RDA – revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 255, p. 115-143, set./dez. 2010.
- BUCK, Pedro. *Fidelidade, Alibi ou Traição: Resignificação e perspectivas sobre o comportamento decisório do STF*. 2015. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo.
- CALDEIRA, G. 1987. *Public Opinion and the U.S. Supreme Court: FDR's Court-Packing Plan*. *American Political Science Review*, Los Angeles, v. 81, n. 4, p. 1139-1153.
- CAMERON, Charles M.; KASTELLEK, Jonathan P. *Are Supreme Court Nominations a Move-the-Median Game?*. Available at SSRN, 2015.
- CLAYTON, C. W. & GILLMAN, H. 1999. *Supreme Court Decision Making: New Institutional Approaches*. Chicago: University of Chicago.
- DA ROS, Luciano. *Juizes Profissionais? Padrões de carreira dos integrantes das Supremas Cortes de Brasil (1829-2008) e Estados Unidos (1789-2008)*. *Revista de Sociologia e Política (UFPR. Impresso)*, v. 20, p. 149-169, 2012.
- DAHL, R. A. *Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policymaker*. *Journal of Public Law*, n.6, 1957.
- DESPOSATO, Scott W.; INGRAM, Matthew C.; LANNES, Osmar P. *Power, Composition, and Decision Making: The Behavioral Consequences of Institutional Reform on Brazil's Supremo Tribunal Federal*. *Journal of Law, Economics, and Organization*, v. 31, n. 3, p. 534-567, 2015.
- DWORKIN, R. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.
- EPSTEIN, L., & KNIGHT, J. *The Choices Justices Make*. SAGE, 1997.
- FERREIRA, Pedro Fernando de Almeida Nery. *"Como decidem os ministros do STF: pontos ideais e dimensões de preferências"*. 2013. Dissertação de Mestrado. UnB.



FERREIRA, Pedro Fernando Almeida Nery; MUELLER, Bernardo. How judges think in the Brazilian Supreme Court: Estimating ideal points and identifying dimensions. *Economia*, v. 15, n. 3, p. 275-293, 2014.

FIGUEIREDO, A. C., & LIMONGI, F. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999.

FRANK, Jerome. *Law and the modern mind*. New York, Coward-McCann, 1949.

FREITAS, Andréa. *O Presidencialismo da coalizão*. 2013. 168 f. Tese de Doutorado em Ciência Política – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2013.

JALORETTO, M. F., & MUELLER, B. P. M. O Procedimento de Escolha dos Ministros do Supremo Tribunal Federal—uma análise empírica. *Economic Analysis of Law Review*, 2(1), 170-187, 2011.

KAPISZEWSKI, Diana. How courts work: Institutions, culture, and the Brazilian Supremo Tribunal Federal. *Cultures of legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, 2010.

KREHBIEL, Keith. *Supreme Court Appointments as a Move-the-Median Game*. 2006.

LEMIEUX, Peter; STEWART III, Charles H. *Senate confirmation of Supreme Court nominations from Washington to Reagan*. Working Paper, Stanford University, 1990a.

\_\_\_\_\_. *A Theory of Supreme Court Nominations*. In: *Conference on Political Economy*, Cambridge, MA. 1990b.

LEMOS, Leany B; LLANOS, Mariana. *O Senado e as aprovações de autoridades: um estudo comparativo entre Argentina e Brasil* In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol 22, n. 64, São Paulo, jun-2007.

\_\_\_\_\_. *The Supreme Court Nominations in Brazil (1985-2010): Presidential or Coalitional Preferences?* Artigo apresentado no V Encontro da Asociación Latinoamericana de Ciencia Política (ALACIP), 2010.

\_\_\_\_\_. *Presidential Preferences? The Supreme Federal Tribunal Nominations in Democratic Brazil*. *Latin American Politics and Society*, v. 55, n. 2, p. 77-105, 2013.

LIMONGI, Fernando; FIGUEIREDO, Argelina. *Poder de agenda e políticas substantivas*. INÁCIO, Magna y RENNO, Lucio. *Legislativo Brasileiro em Perspectiva Comparada*. Belo Horizonte: Editora da UFMG, 2009.

LLEWELLYN, Karl N. *Some realism about realism: Responding to Dean Pound*. *Harvard Law Review*, v. 44, n. 8, p. 1222-1264, 1931.

LOPES, Felipe de Mendonca. *Independência do judiciário : mensurando o viés político das cortes brasileiras*. Dissertação de Mestrado. FGV, 2013.

MADISON et. al. *Os artigos federalistas, 1787-1788*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira. 1993.

McGRATH e RYDBERG. The Marginality Hypothesis and Supreme Court Confirmation Votes in the Senate,” with UNDER REVIEW James A. Rydberg. Invited to revise and resubmit (2013); versão online do manuscrito disponível em: [https://www.academia.edu/4188839/The\\_Marginality\\_Hypothesis\\_and\\_Supreme\\_Court\\_Confirmation\\_Votes\\_in\\_the\\_Senate](https://www.academia.edu/4188839/The_Marginality_Hypothesis_and_Supreme_Court_Confirmation_Votes_in_the_Senate) (acesso em 21/04/2016).

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. O Espírito das Leis. São Paulo, Martins Fontes. 1996.

MORASKI, Bryon J.; SHIPAN, Charles R. The politics of Supreme Court nominations: A theory of institutional constraints and choices. *American Journal of Political Science*, p. 1069-1095, 1999.

OLIVEIRA, Maria Angela Jardim de Santa e GAROUPA, Nuno M. Choosing judges in Brazil: reassessing legal transplants from the US. *American Journal of Comparative Law*, v. 59, n. 2, 2011.

OLIVEIRA, F. L. Justiça, profissionalismo e política. O STF e o controle de constitucionalidade das leis no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2011.

\_\_\_\_\_. Processo decisório no Supremo Tribunal Federal: coalizões e 'panelinhas'. *Revista de Sociologia e Política (UFPR)*, v. 20, p. 139-153, 2012.

OLIVEIRA, Vanessa E. Poder judiciário: árbitro dos conflitos constitucionais entre estados e união In *Revista Lua Nova*, n. 78 São Paulo, 2009.

PEREZ-LIÑAN, Aníbal and CASTAGNOLA, Andrea. Presidential Control of High Courts in Latin America: A Long-term View (1904-2006). *Journal of Politics in Latin America*. 2009.

POGREBINSCHI, Thamy. Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Cap. 1, pp 17-60.

PRADO, Mariana; TÜRNER, Cláudia. A democracia e seu impacto nas nomeações das agências reguladoras e ministros do STF. *Revista de Direito Administrativo*, n. 250, p. 27-74, jan./abr. 2010.

PRITCHETT, C. H. The Roosevelt Court: A study in judicial politics and values, 1937-1947 (Vol. 21). Quid Pro Books, 1948.

ROGAT, Yosel. Legal Realism. *The encyclopedia of philosophy*, 1972.

SANTOS, André Marenco dos; DA ROS, Luciano. Caminhos que levam à Corte. *Revista de sociologia e política*, v. 16, n. 30, p. 131, 2008.

SANTOS, Fabrícia Cristina de Sá. O Supremo Tribunal Federal e os Processos de Habeas Corpus (1964-69). Projeto História. *Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História*. e-ISSN 2176-2767; ISSN 0102-4442, v. 29, n. 01, 2004.

SCHUBERT, G. A. The Judicial Mind: The attitudes and ideologies of Supreme Court justices, 1946-1963. Northwestern University Press, 1965.

\_\_\_\_\_. The Judicial Mind Revisited: Psychometric analysis of Supreme Court ideology, 1974.

SEGAL, Jeffrey A.; SPAETH, Harold J. The Supreme Court and the Attitudinal Model. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 1993.

\_\_\_\_\_. The Supreme Court and the Attitudinal Model Revisited. Cambridge University Press, 2002.

SPAETH. An Introduction to Supreme Court Decision Making: Revisited Edition. New York, Chandler Publishing, 1972, p. 65.

TAYLOR, Matthew. Judging policy: courts and policy reform in democratic Brazil. Stanford University Press, 2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV, v.8. p 441-463, Jul-Dez de 2008.